

## **TBR 2019/93 De doe-het-zelvende overheid**

Auteur: mr. J.C. Binnerts

### **TBR 2019/93 De doe-het-zelvende overheid**

mr. J.C. Binnerts<sup>1</sup>

#### Samenvatting

In dit artikel wordt ingegaan op de ontwikkeling van inbesteden en de huidige stand van zaken ten aanzien van inbesteding van opdrachten door het Rijk en decentrale overheden.

Een overheidslichaam dat in een bepaalde behoefte wil voorzien, heeft de keuze om dat uit te besteden, of juist zelf te doen. De optie van het zelf doen is minder actueel in de bouw of bij levering van roerende zaken: veel overheden die zelf nog iets kunnen of willen bouwen of maken, zijn er niet. Maar zeker in de sfeer van de diensten - bijv. schoonmaak en onderhoud - ligt dat een beetje anders; daar is het nog wel een reële optie, dat een overheid dat zelf organiseert. De afgelopen jaren zijn er verschillende ontwikkelingen die in dat verband relevant zijn, die ik hierna zal bespreken.

#### **1. Doe-het-zelven versus uitbesteden, wat verstaan we daar onder?**

Een overheid kan een taak beleggen binnen de eigen rechtspersoon, bijvoorbeeld bij een - al dan niet daarvoor nieuw in te richten - dienstonderdeel. Dat is inbesteden pur sang. Van een overheidsopdracht in de zin van het aanbestedingsrecht zal geen sprake zijn.

Een overheid kan ook de taak via een opdracht één-op-één gunnen aan een afzonderlijke rechtspersoon, binnen de beperkingen van de artikelen 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet: als de overheid alleen of met andere overheden zeggenschap heeft over die rechtspersoon en die rechtspersoon voor het merendeel voor de betrokken overheid of overheden werkzaam is, geldt er geen (Europese) aanbestedingsplicht. Er is dan dus wel sprake van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet, maar er is geen regel die zich verzet tegen onderhandse gunning daarvan. Op de opdrachtverlening zullen dus hoogstens bepalingen van Hoofdstuk 1 toepassing kunnen vinden. De praktische betekenis daarvan lijkt beperkt tot het voorschrift van artikel 1.4, lid 3, dat de overheid aanspoort zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren. Dit quasi-inbesteden heeft met écht inbesteden gemeen, dat de markt er niet aan te pas komt; zij kunnen beschouwd worden als twee vormen van zelf-doen.

Die markt komt eerst in beeld, als de overheid werkelijk gaat uitbesteden, dat wil zeggen de opdracht in de “vrije markt” plaatst, in het algemeen na enigerlei vorm van concurrentiestelling/aanbesteding. De markt kan overigens ook weer uit beeld raken, als de overheid taken die voorheen waren uitbesteed, weer zelf gaat doen, via inbesteding of quasi-inbesteding.

## **2. Rijks Schoonmaak Organisatie**

In het regeerakkoord van 29 oktober 2012 (Rutte II) werd aandacht besteed aan de positie van werknemers aan de onderkant van de arbeidsmarkt. Het bevat de volgende passage:

“Door openstelling van de laagste loonschalen kunnen flexwerkers aan de onderkant van de arbeidsmarkt, zoals schoonmakers en cateringmedewerkers, gewoon weer in dienst worden genomen. De rijksoverheid zal op dit punt het goede voorbeeld geven”.

Dat goede voorbeeld heeft eruit bestaan dat het Rijk een Rijks Schoonmaak Organisatie (RSO) heeft opgericht, een onderdeel van het Ministerie van Sociale Zaken. Vervolgens heeft het Rijk geleidelijk aan bestaande schoonmaakcontracten met commerciële bedrijven af laten lopen c.q. niet verlengd, en de werkzaamheden gaandeweg bij de RSO belegd. Dat stuitte op weerstand van schoonmaakbedrijven, die een bodemprocedure begonnen. Die heeft geleid tot een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 24 januari 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:314 ). Die uitspraak bevat een aantal interessante overwegingen.

De schoonmaakbranche voerde in hoofdzaak drie argumenten aan tegen de beslissing van de Staat om schoonmaakwerk rijksbreed van de markt te halen en in eigen beheer uit te voeren, t.w. strijd met het aanbestedingsrecht, staatsteun- en mededingingsbezwaren en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De strijdigheid met het aanbestedingsrecht werd onderbouwd met de stelling dat de Staat niet als één aanbestedende dienst beschouwd mag worden. Dat zou meebrengen dat opdrachten aan de RSO, gegeven door onderdelen die niet onder het Ministerie van Sociale Zaken ressorteren, bijvoorbeeld de Raad voor de Kinderbescherming, niet als inbesteding mochten worden gezien. Steun voor die stelling bood een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts van 20 maart 2015 (nr 198), waarin een onderdeel van het ene ministerie een opdracht had verschaft aan een onderdeel van een ander ministerie. De Commissie nam aan dat hier niet van inbesteden gesproken kon worden en dat beide ministeries als zelfstandige aanbestedende diensten beschouwd moesten worden. Daarmee week de Commissie af van een eerdere uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 14 november 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967 ).

De rechtbank hield echter voet bij stuk en verwierp dit argument van de schoonmaakbedrijven. Het feit dat de opdrachtgevende onderdelen en de RSO geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hebben, leidt ertoe dat er geen civielrechtelijk afdwingbare overeenkomsten tussen hen tot stand komen en dan blijft het aanbestedingsrecht buiten toepassing. Daarbij overwoog de rechtbank ook dat - uit de considerans van de richtlijn, maar ook uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG - volgt dat het aanbestedingsrecht niet afdoet aan de vrijheid voor een aanbestedende dienst om een taak zelf uit te voeren in plaats van deze als overheidsopdracht uit te besteden. Tenslotte werd steun gevonden in een uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg van 28 januari 2009 (ECLI:EU:T2009:19), waarin een opdracht die de Raad aanvankelijk in de markt had willen plaatsen, uiteindelijk

bij een dienst van de Commissie werd belegd. Het Gerecht nam aan dat van een aan te besteden overheidsopdracht geen sprake is, als opdrachtgever en opdrachtnemer tot dezelfde rechtspersoon behoren.

Strijd met staatssteun- en mededingingsrecht zag de rechtbank ook niet. Zij overwoog daartoe dat als de Staat zelf in een behoefte voorziet, het betreffende onderdeel dat daarmee is belast - de RSO - geen onderneming is, althans niet zolang de RSO geen diensten aan derden verleent. De RSO oefent dan geen economische activiteit uit maar verricht interne werkzaamheden binnen dezelfde rechtspersoon. Ook hier vindt de rechtbank steun in de genoemde uitspraak van het Gerecht van 28 januari 2009. Daarin werd overwogen dat een bureau zonder commercieel oogmerk dat gericht is op zuiver interne behoeften van de Europese gemeenschap niet als een (openbare) onderneming kon worden gekwalificeerd. Het feit dat de RSO financieel gesteund werd door de Staat, leidde dus niet tot de conclusie dat sprake was van staatssteun in de zin van artikel 107 VwEU, dat immers ziet op steun aan een onderneming.

In de RSO-casus ging het om inbesteden-pur-sang. Te constateren valt dat bij quasi-inbesteding wel steeds sprake is van een zelfstandige entiteit, die op een markt actief is en dus als onderneming moet worden aangemerkt. Deze biedt immers diensten aan in concurrentie met de markt; dat geldt m.i. ook als deze uitsluitend voor de betrokken overheidslichamen werkzaam is, maar zeker als deze daarnaast - al is het noodzakelijkerwijs in beperkte mate - voor derden werkzaamheden verricht. Staatssteun- en mededingingsbezwaren zullen dan wel een rol kunnen spelen.

Tenslotte gaat de rechtbank in op de stelling dat de oprichting van de RSO en de overheveling van voorheen uitbesteed werk daarheen, strijdig zou zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank verwierpt ook die argumenten. Voorop staat dat de Staat vrijheid heeft om te kiezen voor uitbesteding van taken bij marktpartijen dan wel de uitvoering ervan in eigen beheer. De nadelige gevolgen van het van de markt halen van het schoonmaakwerk acht de rechtbank niet evident onevenredig met de daarmee beoogde positieve effecten. De rechtbank vindt daarbij van belang dat een en ander door de Staat met een zekere geleidelijkheid is aangepakt en niet al te onverhoeds, terwijl de Staat het betrokken personeel heeft overgenomen.

### 3. Motie Amhaouch c.s.

Hoewel de betrokken bedrijven dus weinig succes in de rechtszaal hadden, is ondertussen bij de Tweede Kamer wel enige belangstelling ontstaan voor de mogelijke keerzijde van het fenomeen, dat overheden ook kunnen kiezen voor zelf doen in plaats van uitbesteden. De Kamer nam begin 2018 een motie aan van het lid Amhaouch c.s. (*Kamerstukken II 2017/18, 34 775-XIII-80*). Daarin werd stilgestaan bij het feit dat transparantie bij dergelijke keuzes ontbreekt, *'waardoor ondernemers niet of te laat op de hoogte zijn van voorgenomen investeringen, waardoor zij geen mogelijkheid hebben om te laten zien of zij een beter alternatief kunnen bieden'*. Daarom werd de regering verzocht om een onderzoek naar de instelling van een openbaar digitaal register, waar overheden alle voorgenomen beslissingen rond investering en quasi-investeringen vooraf zouden moeten melden.

Ter uitvoering daarvan heeft de Minister een onderzoek laten doen naar de mate waarin bij lagere overheden investering aan de orde is en de wijze waarop dit verloopt<sup>2</sup>. Dat onderzoek is uitgevoerd bij een groot aantal gemeenten in de vorm van een enquête. Wie verwacht had dat er bij gemeenten een trend zou zijn om taken van de markt af te halen, vindt geen steun in de conclusies van het rapport; er lijken tussen 2012 en 2017 weinig wijzigingen te zijn geweest om taken van de markt te halen, beslissingen daartoe worden ad hoc genomen en een duidelijk patroon met betrekking tot de mate van investering (bijvoorbeeld meer bij grotere gemeenten, of meer bij links georiënteerde gemeenten) is ook niet vastgesteld.

Daarnaast heeft de Minister VNO-NCW en de VNG verzocht om een analyse van concrete gemeentelijke investeringen die gemeenten de afgelopen jaren hebben uitgevoerd. Die analyse is gaande, maar schijnt nog geen duidelijke conclusies te hebben opgeleverd, anders dan dat de informatieverschaffing aan marktpartijen beter kan.

In een kamerbrief van 21 december 2018 (*Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr.10*) schrijft de Minister in ieder geval ruimte te zien voor het beter betrekken van (de effecten op) ondernemers in de besluitvorming rond investering en kondigt zij aan de Kamer aan het einde van het eerste kwartaal te informeren over de verdere uitvoering van de motie. Dat is voor zover bekend nog niet gebeurd.

### 4. Voorlopige stand van zaken

Het voorgaande overziende, lijkt er buiten het Rijk geen sterke tendens om taken van de markt te halen. Er zijn geen beperkingen die een overheid die kiest voor investering in acht moet nemen; de vrijheid om daarvoor te kiezen lijkt zeer groot. Als ervoor gekozen wordt om een activiteit van de markt te halen en via quasi-investering onder te brengen bij een afzonderlijke rechtspersoon, moet men wel bedacht zijn op het feit dat die rechtspersoon vermoedelijk een onderneming in de zin van staatssteunrecht is. Dat brengt mee dat steunverbod een factor is, waar rekening mee gehouden moet worden.

Een verplichting om de keuzes omtrent investering op een relevant moment met de markt te communiceren (al dan niet via een register), lijkt nog ver weg.

- 1 Jan Coen Binnerts is advocaat bij Pot Jonker te Haarlem.

<sup>2</sup><https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/12/04/beleidsonderzoek-inbesteden-gemeenten> >.