

# Het Müller-arrest (C-451/08) in Europeesrechtelijk perspectief

Voorjaarsvergadering NVvA

1 juni 2010

Utrecht

Anne Fischer-Braams

# Onderwerpen

- 1. Müller-arrest geen verrassing
- 2. Gewijzigd concept interne markt sinds Lissabon
- 3. Versterking rol lokale en regionale autoriteiten sinds Lissabon: erkenning recht zelfbestuur
- 4. Pré-Lissabon rechtspraak HvJ EU
- 5. Concept-rapport Rühle 5 februari 2010
- 6. Müller-arrest 25 maart 2010 nader bezien
- 7. Monti-rapport 9 april 2010
- 8. *Self-assessment* en behoefte aan *guidance*

# 1. Müller-arrest geen verrassing

- Na *Roanne/Auroux*-arrest verwarring en onduidelijkheid
- Müller-arrest toch geen verrassing
- Verkoop grond geen overheidsopdracht

Vgl. HvJEU 6 mei 2010, zaken C-145/08 en 149/08, *Club Hotel Loutraki*, r.o. 59: aandelenoverdracht bij privatisering valt niet onder aanbestedingsrichtlijnen

- Prestatie (uitvoering van werken) moet voor AD  
**“rechtstreeks economisch belang”** hebben

Nieuwe toverformule: vgl. “duidelijk grensoverschrijdend belang” (o.m. *SECAP*) en “concreet korte termijn perspectief” openstelling private deelname (*Sea*)

- Begrip eisen
- Realisatieplicht essentieel

## 2. Gewijzigd concept interne markt sinds Lissabon

1957

- Gemeenschappelijke markt

1985

- Interne markt

2010

- Single Market (Monti-rapport)

## 2. Gewijzigd concept interne markt sinds Lissabon

Art. 4 lid  
1 EG

- beginsel van een open markteconomie met **vrije mededinging**

Art. 3 lid  
3 VEU

- **sociale** markteconomie met een groot concurrentievermogen

## 3. Erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur

- Lokale autonomie en recht DA(E)B naar eigen keuze te organiseren, sinds Verdrag van Lissabon voor het eerst verankerd in **primair Unierecht**, te weten in:
  - (vernieuwde) Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)
  - Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU)
  - Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang

## 3. Erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur: VEU

- **Artikel 4 lid 2 VEU:** “De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. (...)”

## 3. Erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur: VWEU

- **Artikel 14:** “(...) en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang (...) zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen, met name economische en financiële, voorwaarden die hen in staat stellen hun taak te vervullen (...) onverminderd de bevoegdheid van de lidstaten om, met inachtneming van de Verdragen, dergelijke diensten te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.”

## 3. Erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur: Protocol nr. 26

**Artikel 1:** “De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 14 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie omvatten met name:

- de essentiële rol en de ruime discretionaire bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers; (...)”

## 3. Erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur: Protocol nr. 26

- **Artikel 2:** “De bepalingen van de Verdragen doen op generlei wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om niet-economische diensten van algemeen belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren.”

## 3. Samenvatting erkenning recht regionaal en lokaal zelfbestuur

Artikel 4 lid 2  
VEU

Art. 14 VWEU  
(oud 16 EG)

Protocol nr.  
26

## 4. Pré-Lissabon rechtspraak HvJEU

Lokale autonomie/bereik aanbestedingsregels:

- HvJEU 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*)
- HvJEU 9 juni 2009 zaak C- 480/06 (*Landkreise*)
- HvJEU 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*)
- HvJEU 9 oktober 2009, zaak C-573/07 (*Sea*)
- HvJEU 15 oktober 2009, zaak 196/08 (*Acoset*)

Zie over bereik transparantieverplichting primair Unierecht: conclusie A-G Bot 17 december 2009, zaken C-203/08 en C-258/08 (*Betfair*)

## 4. Pré-Lissabon rechtspraak HvJEU

- In reeks arresten, voor inwerkingtreding Verdrag van Lissabon, heeft Hof verwezen naar recht lokaal zelfbestuur en verduidelijkt dat overheden de op hen rustende taken van algemeen belang kunnen verrichten met eigen middelen of in samenwerking met andere overheden
- Hof geeft geen blanco cheque voor publieke samenwerkingsvormen
- Stelt voorwaarden, waaronder geen (concreet korte termijn perspectief op) private deelname (*Landkreise en Sea*)

## 4. Pré-Lissabon rechtspraak HvJEU

- Verdrag Lissabon in werking 1 december 2009: codificeert erkenning recht op regionaal en lokaal zelfbestuur in primair Unierecht
- HvJEU heeft daarvoor al in diverse uitspraken recht op lokaal zelfbestuur erkend
- HvJEU wegbereider: ruimte voor uiteenlopende (wets)tradities in lidstaten en voor nationale (lokale) overheden om wijze borging publieke belangen te kiezen: zelf doen, publiek-publieke samenwerking, PPS, overlaten aan markt (particuliere sector)

## 5. Concept-rapport Rühle

- Draft Report Rühle on new developments in public procurement, 2009/2175(INI) 5 februari 2010
- Crisis doet zien: overheidsaanbestedingen van vitaal economisch belang
- Doelen herziening in 2004 aanbestedingsrichtlijnen (vereenvoudiging, modernisering en flexibilisering aanbestedingsprocedures) **niet** bereikt
- Nog steeds: rechtsonzekerheid, administratieve lasten, complexiteit

## 5. Concept-rapport Rühle -2

- Laakt gebrek aan coördinatie en evenwichtig beleid Commissie
- Roept om: betere coördinatie tussen diensten van de Commissie beleid overheidsaanbestedingen, met oog voor proportionaliteit en impact voor praktijk, en ontwikkeling van gemeenschappelijke publieke strategie voor overheidsaanbestedingen
- Kritisch over overvloedig gebruik Commissie van *soft law* instrumenten (handleidingen, richtsnoeren, mededelingen)

## 5. Concept-rapport Rühle - 3

- Bereik aanbestedingsregels openbare dienstenconcessies (*Eurawasser*) en PPS (*Acaset*) duidelijk
- Strikte uitleg *Roanne* bij *town planning* leidt tot nooit bedoelde toepassingen, hopelijk volgt Hof A-G Mengozzi
- Voor (ecologisch) duurzaam en innovatief aanbesteden Commissie-initiatieven, niet voor maatschappelijk verantwoord aanbesteden (ondanks verbreding sinds Lissabon met sociale doelstellingen)

## 5. Concept-rapport Rühle - conclusie

Nu geen herziening aanbestedingsrichtlijnen want:

- Rechtsbeschermingsrichtlijn moet daarin meegenomen worden om verdere versnippering van aanbestedingsrecht tegen te gaan
- Rb richtlijn nog niet in alle lidstaten omgezet; praktische impact kan niet worden ingeschat
- Onvoorzienbare gevolgen huidige financiële en economische crisis voor lokale overheden; nu rechtsbasis wijzigen, leidt tot meer onzekerheid en vertraging in aanbestedingsprocedures

## **6. HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller*) - 1**

Sprake van REB als aanbestedende dienst(r.o. 49-52):

- Eigenaar wordt van werk waarop opdracht betrekking heeft
- Krachtens rechtstitel zal kunnen beschikken over uit te voeren werk met oog op openbare bestemming (bijv. erfpacht, huur, gebruiksrecht)
- Economisch voordeel kan behalen uit toekomstig gebruik of toekomstige overdracht werk (meer dan wijziging grondwaarde, vgl. conclusie Mengozzi)
- Financieel deelneemt aan verwezenlijking werk
- Risico loopt bij economische mislukking werk

## 6.HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller*) – 2

- Niet relevant of werk op initiatief van overheid tot stand komt? (vgl. standpunt A-G: overheidsinitiatief)
- “Door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen”: maatregelen om “kenmerken van het werk” te definiëren en/of “beslissende invloed” op het ontwerp uit te oefenen
- Onderzoek voorgelegde bouwplannen of besluit daarover in uitoefening regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw: onvoldoende
- Realisatieplicht voorwaarde voor toepassing aanbestedingsrichtlijnen (oplossing Reiswijzer: afnameplicht met teruglevering als niet binnen bepaalde termijn wordt gebouwd?)

## 6.HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller*) - 3

- Aanbestedende dienst kan geen concessie voor werken verlenen als aannemer eigenaar is van de grond (A-G: tenzij o.g.v. nationaal recht AD na bepaalde tijd eigendomsrecht of soortgelijk recht verkrijgt)
- Concessiehouder moet zelf voornaamste economische, en in elk geval wezenlijke, risico van exploitatie dragen (vgl. *Eurawasser*)
- Concessieverlening onbepaalde duur in strijd met Unierechtsorde, met name vanwege mededingingshandhaving (vgl. *Presstext*)

## 6.HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller*) - 4

- Verkoop grond en latere gunning overheidsopdracht voor werken kunnen onder omstandigheden als een juridische eenheid worden beschouwd (Modling-constructie)
- In casu niet aan orde (geen realisatieplicht, geen bindende verbintenissen)
- Zou oordeel Hof anders uitvallen als verkoop grond en verstrekking overheidsopdracht voor werken in een hand zouden liggen?

## 6.HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller*) - slot

- Afbakening werkingsfeer aanbestedingsrichtlijnen, geen louter functionele uitlegging (vgl. conclusie A-G)
- A-G: afbakenen aan hand van objectieve voorwaarden in richtlijn zelf (afgeleid recht)
- Voorrang afgeleid recht als sprake is van volledige harmonisatie transparantieplichten, dan niet transparantieplichten binnenhalen via primaire Unierecht (vgl. artikel TNB nr. 4 inzake alleenrecht)
- Op bepaalde punten (definitie kenmerken werk en beslissende invloed) nog onduidelijkheid; ruimte voor interpretatieverschillen

## 7.Monti-rapport

- Opdracht Barroso oktober 2009
- Rapport oud-Commissaris Mededinging 9 april 2010
- Doel: ontwikkeling nieuwe politiek realistische strategie voor versterking single market
- Afscheid van begrip interne Markt
- Markt is middel, geen doel op zich: *“The market is a good servant but a bad master”*
- Lissabon: markt en sociale componenten verzoenen, minder vertrouwen in rol markt
- Sprake van integratiemoeheid, marktmoeheid en hervormingsmoeheid

## 7.Monti-rapport - 2

Monti onderscheidt vier clusters lidstaten:

1. Continentale sociale markteconomieën (oorspronkelijke Verdragsluitende partijen)
2. Angelsaksische lidstaten (markt is heilig)
3. Nieuwe lidstaten
4. Noordelijke lidstaten

Stammenstrijd: landen met Angelsaksische traditie moeten bereid zijn sociale overwegingen mee te nemen; landen met sociale markteconomie moeten mededinging omarmen

## 7.Monti-rapport - 3

1957 Verdrag van Rome: bereidheid tot integratie

1985 Witboek Delors: idem

Anno 2010: marktgebaseerde integratie werkt niet meer  
zoals in beginperiode

*Acquis communautaire*: Commissie hoedster van de  
Verdragen onder toezicht Hof

Nieuwe regels: **consensus** cruciaal

Van Angelsaksisch model naar Rijnlands of Europese model?

## 7.Monti-rapport - 4

- Par. 3.3 *Social services and the single market*, diverse aanbevelingen (p. 74/75), waaronder:
  - Vergroot de flexibiliteit van de staatssteunregels die van toepassing zijn bij financiële compensatie
  - Herzie aanbestedingsregels en breng ze op één lijn met de regels over compensatie: *“Given the very positive overall response to the state aid package, the Commission should review the procurement rules with a view of aligning them with the rules on compensation in order to ensure a consistent approach concerning small services of general economic interest.”*

## 7.Monti-rapport - 5

- EU-aanbestedingsrecht: **sleutelrol** vorming en handhaving *single market*
- Vragen: Is hervorming beleid openbare aanbestedingen nodig? Moet herziening leiden tot betere integratie van horizontale beleidsdoelen in aanbestedingen?
- Voor sommige diensten (maatschappelijke diensten) meer flexibiliteit nodig; voor B-diensten nagaan of uitsluiting volle regime nog geldig is
- Mogelijkheden aangrijpen tot vereenvoudiging en vermindering administratieve lasten en MKB-onvriendelijkheid

## 7.Monti-rapport - 6

- Herziening aanbestedingsbeleid moet “wrijving” met beleidsvrijheid nationale en lokale overheden aanpakken
- Verduidelijken in-house concept; alle marges WTO/GPA benutten om *scope of action* overheid te vergroten (stelt ook voor klassieke sectoren onderhandelingsprocedure met bekendmaking als standaardprocedure voor en erkenningensysteem nutssector!)
- Verplichte eisen stellen in verband met horizontale beleidsdoelen: innovatieve producten/technologieën op gebied klimaatverandering en energie, aanzet tot O&I, sociale cohesie, armoedereductie, werkgelegenheid

## 7.Monti-rapport - 7

- Aanbevelingen (p. 78):
  - *“Re-think public procurement policy tot make it simpler, more effective and less onerous for national and local authorities; Strengthen SMEs participation by applying the Small Business Act Code of Conduct;*
  - *Clarify the rules applicable to “in-house” provision;*
  - *Make public procurement work for innovation, green growth and social inclusion by imposing specific mandatory requirements.”*

## 7.Monti-rapport - 8

- *Acquis communautaire* omvat 1521 richtlijnen en 976 verordeningen; richtlijnen vormen 80% van regels single market
- Voordeel: aanpassing mogelijk aan plaatselijke voorkeur/situatie
- Nadeel: tijdsverloop tussen vaststelling en omzetting, risico niet-omzetting of goudgerande nationale uitwerking
- Verordening alternatief? Duidelijk, voorspelbaar, effectief, level playing field, mogelijkheid private handhaving. N.B. niet efficiënt als nationale discussie wordt verschoven naar EU-niveau

## 7.Monti-rapport - slot

Aanbevelingen wetgeving (“*ma non troppo*”):

- gebruik waar mogelijk verordeningen in plaats van richtlijnen;
- gebruik waar passend 28<sup>e</sup> regime als ad hoc oplossing

Het 28<sup>e</sup> regime is een mogelijkheid, een alternatief voor, geen vervanging van nationale wetgeving. Toepasselijkheid afhankelijk van “scope” betrokken activiteit onderneming of burger (EU-breed of nationaal), vgl. Vo. nr. 2157/2001 over statuut Europese vennootschap, rechtsbasis art. 352 VWEU (oud art. 308 EG)

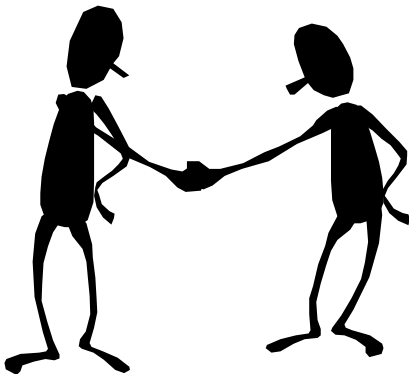
## 8. Self assessment en behoefte aan guidance - 1

- Aanbesteding en staatssteun communicerende vaten of gescheiden registers?
- Vgl. Roanne (prejudiciële procedure)
- Vgl. staatssteunbeschikkingen Haaksbergen, Mill en St. Hubert, Oosterhout
- Feit is dat in nationale procedures beide argumenten regelmatig hand in hand gaan (vgl. Noordwijk: niet-marktconforme grondprijs beschouwd als tegenprestatie gemeente in kader opdracht, vgl. uitgifte grond voor containerterminal)

## 8. Self assessment en behoefte aan guidance - slot

- Verenigbaar verklaring gemelde staatssteun biedt tevens comfort op aanbestedingsaspecten; Commissie oordeelt als collegium; DG IM kijkt actief mee met DG COMP
- Commissie bezig met aanpassing Mededeling inzake verkoop van gronden en gebouwen van overheidsinstanties , PB EU 1997, C-209/3
- Wordt dat een *alignment* van staatssteun- en aanbestedingsaspecten (in kader GBO)?
- Om zelf beoordeling te kunnen maken bij GBO hebben lokale overheden en marktpartijen behoefte aan geïntegreerde aanpak en duidelijkheid vooraf

# Bedankt voor uw aandacht



**Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten**

**Laan van Vredenoord 19**

**2289 DA Rijswijk**

**Tel: 070-307 8960**

[info@aanbestedingsadvocaten.nl](mailto:info@aanbestedingsadvocaten.nl)

[a.fischer@aanbestedingsadvocaat.nl](mailto:a.fischer@aanbestedingsadvocaat.nl)

[www.aanbestedingsadvocaten.nl](http://www.aanbestedingsadvocaten.nl)