



Universiteit Utrecht



Enkele observaties over burgerparticipatie en het aanbestedingsrecht

NVvA 21 juni 2018

Prof. mr. E.R. Manunza

Recht, Economie,
Bestuur en Organisatie



Verschillende rechtsinstrumenten voor burgerparticipatie

1. Oude kazerne verkopen op voorwaarde dat een gedeelte daarvan tot huisvesting van 'bewonerscomité' wordt bestemd.
2. Alleen die reders op de Utrechtse grachten toelaten die innoverende ideeën hebben om de grachten zo te benutten dat de bewoners van de stad daarvan het minste last van hebben.



Verschillende rechtsinstrumenten voor burgerparticipatie

3. Burgerinitiatief toelaten om ‘hun’ groen zelf te onderhouden (right to challenge).
4. Door bewoners in Utrechtse moestuinen gekweekte groenten en fruit voorkeur geven bij de inkoop van catering voor de universiteit.



Vervangen

Streven nieuwe marktdeelnemers
andere doelen na?

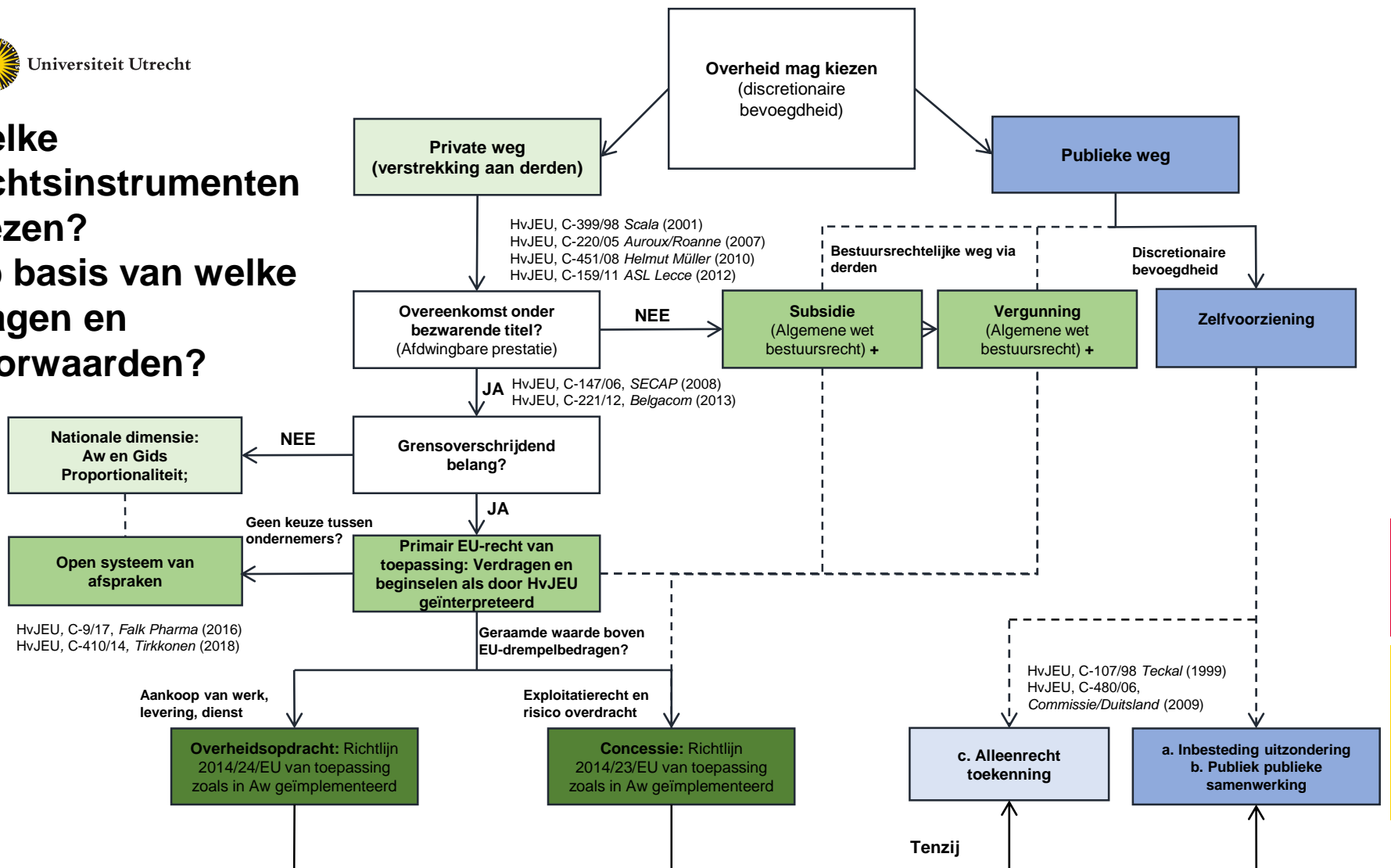
Rechtvaardiging om onderhands
opdrachten te verstrekken?

Vervangen

Lokale problemen door lokale
marktspelers laten oplossen?

Right to challenge in art. 2.6.7 WMO:
aan burgers als 'ingezetenen' wordt een
bevoorrechte positie toegekend

Welke rechtsinstrumenten kiezen? Op basis van welke vragen en voorwaarden?



Legenda: (+ dienstenrichtlijn kan ook van toepassing zijn)

Overheid kiest o.b.v. discretionaire bevoegdheid voor publieke uitvoering

Verstrekking aan derden buiten eigen organisatie: voornamelijk nationale kwesties en nationaal recht (bij subsidie- en vergunning-verstrekking ook doorwerking van EU-recht in nationaal bestuursrecht)

Verstrekking aan derden buiten eigen organisatie bij grensoverschrijdende dimensie: EU primair recht (en nationaal recht)

Verstrekking aan derden buiten eigen organisatie: nog verdergaande verplichtingen uit EU primair en secundair recht zoals in Aanbestedingswet 2012 (Aw) geïmplementeerd.

Onderscheid tussen rechtsinstrumenten fundamenteel; grenslijnen bepalen toepassing rechtsgebied

- a. Inbesteden
- b. open systeem van afspraken
- c. subsidie
- d. concessie
- e. overheidsopdracht



Keuze uit verschillende rechtsinstrumenten

(Klassieke) overheidsopdracht:

schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel
voor werken, leveringen, diensten
tussen **ondernemer(s)** en aanbestedende dienst(en)

- (iets naar eisen opdrachtgever uitvoeren)
- bezwarende titel:
 - prestatie en tegenprestatie
 - remuneratie? Of enkel ter stimulering?
 - Ander financieel voordeel?
 - Rechtstreeks Economisch Belang (REB)?

➤ **Zijn “burgers” ondernemers?**



Vervangen

De 'ondernemer' in het aanbestedingsrecht

Historie

- Jaren 70: **aannemer, leverancier**
- Jaren 90: **dienstverlener**
- 1987: HvJ Commissie / Italie C-199/85: “**ondernemer / onderneming**”
 - “Vraag is: “Is er sprake van een handelsbelemmering? Is er sprake van economische activiteit waar marktdeelnemers bereid en in staat zijn te verrichten?”
- 1998: HvJ EG BFI C-360/96: “**marktdeelnemer**”
- 2007: Aroux C-220/05: marktdeelnemer die zicht ertoe verbindt de in een overeenkomst bedoelde werken te verwezenlijken moet als aannemer worden aangemerkt” (44).
- 2009: HvJEU, CoNISMa C-305/08:
 - Vraag is ‘wie mag inschrijven’?
- Europese Commissie richtlijnvoorstel (2014): **economisch subject, economic operator, opérateurs économique, wirtschaftsteilnehmer**
- Definitieve versie richtlijn: **ondernemer**



Art. 2(10) richtlijn 2014/24/EU

Begrip ondernemer:

“elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam ...die de uitvoering van werken en / of de levering van producten en /of het verlenen van diensten **op een markt aanbiedt.**”

Art. 1.1 Aanbestedingswet

Vele benamingen om de opdrachtnemer aan te duiden

Aannemer
Concessiehouder
Dienstverlener
Gegadigde
Inschrijver
Leverancier
Ondernemer

Art. 1.1 Aanbestedingswet

Vele benamingen om de opdrachtnemer aan te duiden:

- Ondernemer
 - ✓ Aannemer
 - ✓ Leverancier
 - ✓ Dienstverlener
- Concessiehouder

- Gegadigde
- Inschrijver

Art. 1.1 Aanbestedingswet

Vele benamingen om de opdrachtnemer aan te duiden:

- **Ondernemer**
 - ✓ Aannemer
 - ✓ Leverancier
 - ✓ Dienstverlener

.....die goederen, werken, diensten op de markt aanbiedt
- Concessiehouder

ondernemer aan wie een concessieopdracht is gegund
- Gegadigde
- Inschrijver



Zijn burgers ondernemers i.d.z. van het aanbestedingsrecht?

In 2007

Commissie tegen Italië, C-119/06.

In 2014

ASL Spezzino

tegen

San Lorenzo Soc.Coop.sociale,

Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus,

Croce Rossa Italiana Comitato regionale Liguria, C-113/03

(NB: Alleen entiteiten zonder winstoogmerk konden deelnemen!)



Hoe groot is de sociale waarde van vrijwilligerswerk?

▪ Art. 118 Italiaanse Grondwet: beginsel van vrijwilligerswerk

Burgers, individueel of in vereniging, kunnen deelnemen aan de uitvoering van taken van algemeen belang, met steun van de overheid o.b.v. subsidiariteit.

▪ Kaderwet nr. 266 – inzake vrijwilligerswerk (Legge-quadro nr. 266 sul volontariato):

Ze verrichten werkzaamheden: “persoonlijk, spontaan en gratis, zonder winstoogmerk, zelfs niet indirect, en uitsluitend uit liefdadigheid”



HvJ EU en vrijwilligers als ondernemers i.d.z. van het aanbestedingsrecht

- Ondernemer hoeft geen ‘onderneming’ te zijn
- Geen specifieke rechtsvorm vereist
- Geen stabiele of regelmatige aanwezigheid op de markt
 - AG Mazák in CoNISMa (HvJ volgt de conclusie): “richtlijn geen definitie begrip ondernemer, behalve dat ieder persoon kan zijn die diensten, werken, leveringen op een markt aanbiedt. Geen reden om aan te nemen dat ...op systematische basis iets aangeboden moet worden op een markt.”

Volgens C- 574/12; C-159/11; C-119/06; C-305/08; C-386/11; C-203/14; C-568/13; C-391/15; C-159/11 e.a.



HvJ EU en vrijwilligers als ondernemers i.d.z. van het aanbestedingsrecht

- Ondernemer hoeft geen ‘onderneming’ te zijn
- Geen specifieke rechtsvorm vereist
- Geen stabiele of regelmatige aanwezigheid op de markt
- Geen winstoogmerk:
 - Afwezigheid daarvan sluit niet uit dat een entiteit een economische activiteit kan verrichten in ‘mededinging op de markt’ en daarom aan aanbestedingen kan deelnemen (C-119/07)

Volgens C- 574/12; C-159/11; C-119/06; C-305/08; C-386/11; C-203/14; C-568/13; C-391/15; C-159/11 e.a.



HvJ EU en vrijwilligers als ondernemers i.d.z. van het aanbestedingsrecht

- Ondernemer hoeft geen ‘onderneming’ te zijn
- Geen specifieke rechtsvorm vereist
- Geen stabiele of regelmatige aanwezigheid op de markt
- Geen winstoogmerk
- Geen limitatieve opsomming (zoals in Italiaanse) wet ‘wie’ aan de procedure kan deelnemen; dat werkt beperkend

Zie C- 574/12; C-159/11; C-119/06; C-305/08; C-386/11; C-203/14;
C-568/13; C-391/15; C-159/11 e.a.



HvJ EU en vrijwilligers als ondernemers i.d.z. van het aanbestedingsrecht

- Ondernemer hoeft geen ‘onderneming’ te zijn
- Geen specifieke rechtsvorm vereist
- Geen stabiele of regelmatige aanwezigheid op de markt
- Geen winstoogmerk
- Geen limitatieve opsomming (zoals in Italiaanse) wet ‘wie’ aan de procedure kan deelnemen; dat werkt beperkend
- Enkel vergoeding van de kosten? Alsnog ‘overheidsopdracht’(ro. 52; HvJEU in Casta C-54/14, 2016)

Zie C- 574/12; C-159/11; C-119/06; C-305/08; C-386/11; C-203/14; C-568/13; C-391/15; C-159/11 e.a.



Vervangen

Zou de vraag dan dienen te luiden?

“op basis waarvan kunnen we vaststellen dat ‘reguliere’ ondernemers geen maatschappelijke impact hebben?”



Onderscheiden is fundamenteel

- 1) Open systeem van afspraken is geen overheidsopdracht:
 - goederen op de markt aankopen
 - door tijdens de gehele looptijd van dat systeem
 - overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren
 - tegen vooraf vastgestelde voorwaarden,
 - waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt

- 2) Grensoverschrijdend belang?

Fundamentele EUWV en basisbeginselen van toepassing
(HvJ EU Falck-Pharma 2 juni 2016)