



Universiteit Utrecht

Sociaal ondernemerschap en sociale ondernemingen binnen het aanbestedingsrecht

Nederlandse Vereniging voor
Aanbestedingsrecht – 21 juni 2018

mr. dr. Willem A. Janssen

Recht, Economie,
Bestuur en Organisatie

Spanningsveld

Consistente toepassing van de aanbestedingsregels
en het gelijkheidsbeginsel

VS.

Stimuleren van het sociaal ondernemerschap
en/of sociale ondernemingen

Reikwijdte van het spanningsveld

Overheidsopdracht gegund door een aanbestedende dienst
(art. 1.1 Awet 2012) → geen algemene uitzondering

Schriftelijke overeenkomst tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten

- Bilateraal
- Wilsovereenstemming
- Selectie

HvJEU in C-107/98 (*Teckal*); C-410/14 (*Dr. Falk*); C-9/17 (*Tirkkonen*)

Bezwarende titel

- Prestatie en tegenprestatie
- Rechtstreeks economisch belang
- Uitvoeringsverplichting en afdwingbaar in rechte → verschil met subsidie?

HvJEU, C-451/08 (*Helmut Müller*)



▲ Foto: gemeente Ede

Ede overtreedt expres aanbestedingsregels

EDE - Een bewonersbedrijf opzetten is nog niet zo makkelijk, blijkt in Ede. Hoewel inwoners van het buurtschap De Valk inmiddels een akkoord hebben met de gemeente Ede, mag dit eigenlijk niet via de aanbestedingsregels. Voor 120.000 euro per jaar gaan inwoners van het buurtschap de Valk de komende jaren zelf de openbare ruimte onderhouden.

Beperking van het spanningsveld (1/4)

Drempelwaarden

- Leveringen en diensten voor centrale overheid - 144.000,-
- Leveringen en diensten voor decentrale overheid - 221.000,-
- Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten - 750.000,-

Beperking van het spanningsveld (2/4)

Grensoverschrijdend belang

Lijn van het Hof Den Haag

- het economische belang van de overeenkomst;
- de plaats van uitvoering;
- de technische kenmerken.

HvJEU in C-221/22 (*Belgacom*);
C-147/06 (*SECAP*)

Lijn van het Hof Den Bosch

- Aanvullend criterium o.b.v. daadwerkelijke klachten van ondernemers uit andere lidstaten

HvJEU in C-318/05 (*Tecnoedi*)

Beperking van het spanningsveld (3/4)

Hoge Raad (18/05/2018)

“Een duidelijk grensoverschrijdend belang kan met name blijken uit de **economische waarde van de geplande overeenkomst, gezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de specifieke kenmerken ervan** (zie onder meer de arresten Belgacom, punt 29, Tecnoedi, punt 20, en Borta/Klaipedos, punt 44). Het gaat hier niet om vereisten waaraan, **al dan niet cumulatief**, voldaan dient te zijn, maar om factoren die in het bijzonder voor het oordeel van de rechter van belang kunnen zijn. De rechter moet behalve deze factoren **ook de eventuele andere relevante omstandigheden van het geval in zijn oordeel betrekken** (vgl. het arrest Enterprise Solutions, punten 20 en 22).

Andere in de rechtspraak van het HvJEU genoemde factoren zijn **het belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers, mits dit belang reëel en niet fictief is** (zie het arrest Borta/Klaipedos, punt 44), en de omstandigheid dat eventuele uit andere lidstaten afkomstige inschrijvers geconfronteerd kunnen worden met eisen en extra lasten in verband met de verplichting zich aan te passen aan het juridische en bestuurlijke kader van de lidstaat waar de opdracht wordt uitgevoerd en om te voldoen aan taalvereisten (zie het arrest Tecnoedi, punt 25).

Niet is vereist dat marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit (zie het arrest Belgacom, punt 31).”

ECLI:NL:HR:2018:720, ECLI:NL:HR:2018:722

Beperking van het spanningsveld (4/4)

HvJEU in C-318/05 (*Tecnoedi*), r.o. 22:

“Benadrukt moet in dit verband worden dat **het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die – in abstracto bezien – aanwijzingen daarvan zouden kunnen opleveren**, maar dat dit belang op positieve wijze dient te blijken uit de beoordeling – in concreto – van de opdracht in kwestie. Inzonderheid kan de verwijzende rechter niet slechts een aantal elementen aan het Hof overleggen op basis waarvan niet kan worden uitgesloten dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, maar hij moet juist de gegevens verstrekken waaruit dit grensoverschrijdend belang blijkt.”

Hoge Raad, r.o. 3.6.3:

“3.6.3 (...) Deze overweging dient te worden begrepen in het licht van het geval dat in dat arrest aan de orde was. De prejudiciële vraag stelde aan de orde of een wettelijke regeling die abnormaal lage inschrijvingen uitsloot, in strijd was met het Unierecht. **De verwijzende rechter had overwogen dat ‘niet kan worden uitgesloten’ dat de desbetreffende opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoonde, en hij had daarbij onvoldoende doen blijken dat beantwoording van de prejudiciële vraag van belang was voor het te beslechten geschil** (arrest *Tecnoedi*, punt 22 slotzin, punt 23 en punt 26). De door het hof aangehaalde overweging van het HvJEU is gericht tot de verwijzende rechter en heeft geen betrekking op de stelplicht van partijen.”

Stimuleren van sociaal ondernemerschap

Het inrichten van een aanbesteding om sociaal ondernemerschap te stimuleren (Juridisch leaflet, 'Maatschappelijk Aanbesteden', PPRC)

- Nadruk EU Commissie en NL overheid

Voorbeelden (over het algemeen van belang voor MKB):

- Opnemen van sociale voorwaarden en criteria, zoals 'social return';
- Functioneel specificeren;
- Percelenregeling (art. 2.18 Awet 2012);
 - De waarde van het perceel van werk niet meer € 1 mln. bedraagt en van een dienst niet meer dan € 80.000;
 - De waarde van het perceel niet meer dan 20% van de waarde van de totale opdracht is (lid 3).
- Verplichting o.b.v. art. 1.5 lid 3 Awet 2012.

Stimuleren van sociale ondernemingen

Voorbehouden

- Art. 2.82 Awet 2012;
- Art. 2.82a Awet 2012.

→ Toonbeeld van de EU sociale markt economie

Interpretatie

- Rechtspraak op NL en EU niveau?
- Awet 2012 + Memorie van Toelichting + EU wetsgeschiedenis.

Voorbehouden voor alle sociale ondernemingen? (1/2)

- Geen uniforme definitie in de EU;
- EU Commissie (2011):

"A social enterprise is an operator in the social economy whose **main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders**. It operates by **providing goods and services for the market** in an entrepreneurial and innovative fashion and **uses its profits primarily to achieve social objectives**. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involves employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities."

Social Business Initiative Communicatie ('SBI') – 2011

EU Verordening Nr. 346/2013 inzake Europese Social Entrepreneurship Fondsen (EUSEF)

Voorbehouden voor alle sociale ondernemingen? (2/2)

Social Enterprise NL:

"Een sociale onderneming:

- heeft **primair een maatschappelijke missie**: impact first!
- realiseert dat als zelfstandige onderneming die een dienst of product levert;
- is financieel zelfvoorzienend, gebaseerd op handel of andere vormen van waarde-uitruil, en dus beperkt of niet afhankelijk van giften of subsidies;
- is sociaal in de wijze waarop de onderneming wordt gevoerd: (i) **winst mag**, maar de financiële doelen staan **ten dienste** van de missie: **het vergroten van de maatschappelijke impact. Winstneming door eventuele aandeelhouders is redelijk**; (ii) bestuur en beleid zijn gebaseerd op een **evenwichtige zeggenschap** van alle betrokkenen; (iii) **fair** naar iedereen; (iv) bewust van haar ecologische voetafdruk; en (v) is transparant"

Voorbehouden in de Awet 2012 (1/3)

Art. 2.82 Awet 2012

1. De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht **voorbehouden** aan

sociale werkplaatsen en aan **ondernemers** die de maatschappelijke en professionele integratie van **gehandicapten of kansarmen** tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid,

mits ten minste **30%** van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

Voorbehouden in de Awet 2012 (2/3)

Art. 2.82a Awet 2012

1. De aanbestedende dienst kan de deelneming aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voorbehouden aan een organisatie als beschreven in het tweede lid, mits de opdracht diensten betreft die vallen onder de CPV-codes, genoemd **in artikel 77, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU**.

2. Een **organisatie** als bedoeld in het eerste lid voldoet aan de hierna volgende voorwaarden:
 - a. haar doel is het vervullen van een **taak van algemeen belang** die verband houdt met de in het eerste lid bedoelde diensten,
 - b. winsten worden opnieuw **geïnvesteed** met het oogmerk het doel van de organisatie te behartigen of worden **uitgekeerd of herverdeeld** en uitkering of herverdeling van winsten geschiedt op grond van participatieve overwegingen,



Voorbehouden in de Awet 2012 (3/3)

Art. 2.82a Awet 2012

- c) **de beheers- of eigendomsstructuren** van de organisatie die de opdracht uitvoert, zijn gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie of vergen de actieve participatie van werknemers, gebruikers of belanghebbenden, en
 - d) door de aanbestedende dienst is uit hoofde van dit artikel in de **drie jaar** voor de gunningsbeslissing aan de organisatie **geen opdracht gegund** voor de diensten in de te gunnen opdracht.
3. De looptijd van een overeenkomst, gegund overeenkomstig dit artikel, is niet langer dan **drie jaar**.
4. De aankondiging van de opdracht vermeldt een voorbehoud als bedoeld in het eerste lid.



De juridische vorm van sociale ondernemingen

- Soms specifieke erkenning in lidstaten, VK (bijv. Community Interest Company), België, Griekenland en Italië;
- Juridische vorm wordt niet beperkt in algemene zin;
- In een concreet geval kan een privaatrechtelijke vorm wel meer marktgeoriënteerd worden geacht.

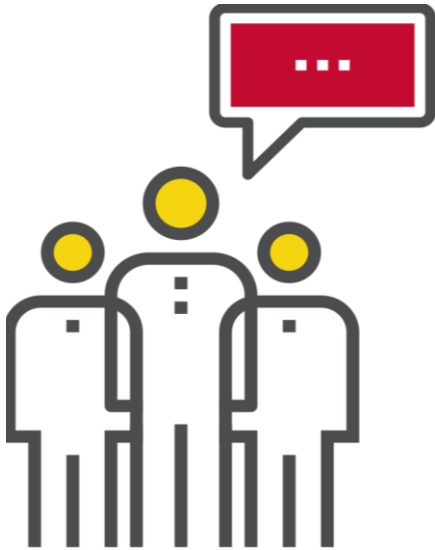
HvJEU in C-458/03 (*Parking Brixen*)

De toekomst - 2024

- Stel: de maatschappelijke ontwikkelingen zetten door!
- Hervorming aanbestedingsrichtlijnen in 2024?
 - Verbreding toepassingsbereik voorbehouden?
 - Introductie uitzondering voor burgerinitiatieven?

Resumerend

1. Contractuele verhoudingen tussen aanbestedende diensten en burgerinitiatieven/sociale ondernemingen kunnen aanbestedingsplichtig zijn;
2. Drempelwaarden en grensoverschrijdend belang kan ‘problematiek’ beperken;
3. Ruimte voor stimuleren sociaal ondernemerschap;
4. Beperkte toepasbaarheid voorbehouden voor sociale ondernemingen.
5. 2024: meer ruimte?



Vragen?

Contact

Email: w.a.janssen@uu.nl

Twitter: [@wajanssen](https://twitter.com/wajanssen)

LinkedIn: [@willemajanssen](https://www.linkedin.com/in/willemajanssen)