

Publicatie



Notitie Europees aanbesteden, staatssteun en SW-bedrijven

november 2008

Antwoorden op veelgestelde
aanbestedings- en staatssteunvragen
van gemeenten in hun verhouding met
SW-bedrijven.



EUROPA decentraal

Notitie Europees aanbesteden, staatssteun en SW-bedrijven

Antwoorden op veelgestelde aanbestedings- en staatssteunvragen van gemeenten in hun verhouding met SW-bedrijven

Inhoudsopgave

1. Inleiding	
1.1 Waarom deze notitie?	2
1.2 Hoe is deze notitie opgebouwd?	2
2. De Wet Sociale Werkvoorzieningen (WSW) en SW-bedrijven	
2.1 De WSW en wat er is veranderd in 2008	3
2.2 Welke verschijningsvormen kent een Sociale Werkvoorziening (SW-bedrijf)?	4
3. Europese aanbestedingsaspecten bij opdrachten aan SW-bedrijven	
3.1 Algemene Europese aanbestedingskwesties bij opdrachten aan SW-bedrijven	7
3.2 Specifieke Europese aanbestedingskwesties bij opdrachten aan SW-bedrijven	9
3.3 Welke overige aanbestedingskwesties spelen er?	16
4. Staatssteunaspecten en SW-bedrijven	
4.1 Staatssteunproblematiek en SW-bedrijven	18
4.2 Welke vormen van steun onder de WSW kwalificeren als staatssteun?	19
4.3 Uitzonderingen op grond van de algemene groepsvrijstellingsverordening?	21

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld.

Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl.

Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.



1. Inleiding

1.1 Waarom deze notitie?

Bij Europa decentraal komen steeds meer vragen binnen over Europees aanbesteden en Sociale Werkvoorzieningen (SW-bedrijven). Gemeenten willen vooral weten hoe zij met inachtnaam van de Europese aanbestedingsregelgeving een opdracht kunnen wegzetten bij een SW-bedrijf. Er blijkt behoefte aan een verdiepingsnotitie waarin alle juridische aanbestedingskwesties die hiermee verband houden nogmaals op een rijtje worden gezet. De inkooptechnische aspecten van het wegzetten van opdrachten bij SW-bedrijven worden niet besproken. Voor meer informatie hierover verwijzen wij u naar www.pianoo.nl. Deze notitie van Europa decentraal vervangt de oude factsheet van Europa decentraal 'Aanbesteden in de praktijk: sociale werkplaatsen' uit 2005.

De Europese aanbestedingsregels zijn onder meer opgesteld om de concurrentie op de markt te vergroten. Daarom is één op één gunning in principe niet toegestaan volgens de Europese Commissie. Het komt vaak voor dat een gemeente vanuit politiek-sociale overwegingen een opdracht toch graag wil wegzetten bij een SW-bedrijf. De Europese aanbestedingsregelgeving laat hier enige ruimte voor. Het is bijvoorbeeld mogelijk een overheidsopdracht voor te behouden aan een SW-bedrijf.

De (on)mogelijkheden die onder de Europese aanbestedingsregelgeving bestaan om een opdracht weg te zetten bij een SW-bedrijf en de juridische aanbestedingskwesties die daarbij aan de orde komen, worden in deze publicatie besproken. De voor deze publicatie relevante regelgeving over Europese aanbesteding staat beschreven in richtlijn 2004/18 ('de richtlijn').

Een oorzaak voor de vaker opkomende vragen over toepassing van de aanbestedingsregels bij opdrachten aan SW-bedrijven is de wijziging van de Wet Sociale Werkvoorzieningen (WSW) op 1 januari 2008. De wijzigingen in de WSW raken een aantal discussiepunten betreffende de toepassing van de Europese aanbestedingsregelgeving. Deze punten worden besproken.

Bovendien komen bij de toepassing van de nieuwe WSW vaker Europese staatssteunvragen op. Hier wordt kort aandacht aan besteed in het laatste gedeelte van deze publicatie.

1.2 Hoe is deze notitie opgebouwd?

Zoals aangegeven in de vorige paragraaf is een belangrijke aanleiding voor deze publicatie de wijziging van de Wet Sociale Werkvoorziening (WSW). Paragraaf 2.1 bespreekt daarom eerst de wijzigingen in de WSW. Vooral de veranderde financieringsstructuur en taakverdeling tussen het Rijk, de gemeenten en SW-bedrijven komen aan bod. Door de veranderingen in de financieringsstructuur zal een gemeente bijvoorbeeld vaker dan vroeger geconfronteerd worden met de vraag of bij het wegzetten van een overheidsopdracht bij een SW-bedrijf wordt voldaan aan de eisen die gelden voor quasi-inbesteden. Als er sprake is van quasi-inbesteden is de richtlijn niet van toepassing en hoeft de opdracht niet Europees te worden aanbesteed.

Vervolgens gaat paragraaf 2.2 in op de wijzen waarop juridisch vorm kan worden gegeven aan een SW-bedrijf. Deze publicatie behandelt de volgende vier verschijningsvormen: een SW-bedrijf ingericht als een gemeentelijke tak van dienst, als een gemeentelijk bedrijf, via een gemeenschappelijke regeling of als een zelfstandig bedrijf. Bij de toepassing van de Europese aanbestedingsregelgeving en de uitzonderingsgronden in de richtlijn is het relevant voor welke organisatievorm er is gekozen.

Paragraaf 3.1 gaat kort in op een aantal algemene Europeesrechtelijke vraagstukken, gerelateerd aan de problematiek van opdrachtverlening aan SW-bedrijven. Hier passeren de begrippen Europees aanbesteden, overheidsopdracht, Europese verdragsbeginselen,



drempelwaarden en IIA en IIB diensten de revue. Deze begrippen zijn relevant voor de later te behandelen vraagstukken bij toepassing van de richtlijn.

Paragraaf 3.2 behandelt vervolgens de mogelijkheden die onder de richtlijn bestaan om een opdracht weg te zetten bij een SW-bedrijf. Aan bod komen de constructies inbesteden, quasi-inbesteden, alleenrecht en voorbehoud. Als een opdracht op basis van een van deze constructies wordt gegund aan een SW-bedrijf, dan is het aanbestedingsregime van de richtlijn in principe niet van toepassing. In paragraaf 3.3 wordt een aantal overige aanbestedingskwesties besproken. Denk aan de dienstenconcessie-overeenkomst alsmede de mogelijkheid om zogenaamde sociale criteria te verbinden aan een opdracht.

De staatssteunkwesties die spelen in het kader van deze publicatie staan in hoofdstuk 4 centraal. Eerst wordt kort besproken wat staatssteun is. Paragraaf 4.2 gaat vervolgens in op de vraag welke vormen van steun onder de WSW kwalificeren als staatssteun. Als er geen beroep kan worden gedaan op één van de uitzonderingen, moet de steun worden aangemeld bij de Europese Commissie. Paragraaf 4.3 behandelt de algemene groepsvrijstellingsverordening. Deze verordening komt pas om de hoek kijken als de steun aan bedrijven voor het te werk stellen van arbeidsgehandicapten wél aan te merken is als staatssteun. Als de staatssteun voldoet aan de criteria die worden gesteld in de vrijstellingsverordening, hoeft de steun niet te worden aangemeld.

De Wet WSW en SW-bedrijven

2.1 De WSW en wat er is veranderd in 2008

De Wet Sociale Werkvoorziening (WSW) maakt het mogelijk dat mensen met een handicap ook kunnen werken. De formele verantwoordelijkheid voor uitvoering van de WSW ligt bij de afzonderlijke gemeenten. Bij de uitvoering van de WSW wordt vaak gebruik gemaakt van SW-bedrijven. Een SW-bedrijf wordt door het Besluit uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken (Buswbw) gedefinieerd als een 'arbeidsomgeving waar gewerkt wordt in een dienstbetrekking onder aangepaste omstandigheden'. Bij het inschakelen van een SW-bedrijf door een gemeente moet onderscheid worden gemaakt tussen de aanwijzing van een SW-bedrijf door de gemeente ten behoeve van de uitvoering van de WSW (aanwijzingsbesluit ex artikel 2 WSW) en het door de gemeente formuleren van een opdracht tot dienstverlening door het SW-bedrijf (overheidsopdracht ex artikelen 1 en volgende van de richtlijn). Een overheidsopdracht van een gemeente aan een SW-bedrijf moet vaak onder de Europese aanbestedingsregels worden aanbesteed. Bij een aanwijzingsbesluit zal in de regel geen sprake zijn van een overheidsopdracht tot dienstverlening in de zin van de richtlijn. Zie hierover nader paragraaf 3.

In januari 2008 is de WSW gewijzigd. De financieringsstructuur en de taakverdeling tussen het Rijk, de gemeenten en SW-bedrijven is hierdoor veranderd. Vroeger ging de rijkssubsidie vaak naar het openbaar lichaam dat onder de Wet Gemeenschappelijke Regeling (WGR) was opgericht om de WSW uit te voeren. Het openbaar lichaam legde verantwoording af voor het uitvoeren van de WSW. Nu zijn de gemeenten verantwoordelijk voor het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten die binnen de gemeente wonen. Om deze taak uit te voeren krijgt iedere gemeente direct een jaarlijkse rijkssubsidie. De hoogte van de subsidie is afhankelijk van het aantal SW-geïndiceerden die in de gemeente wonen.

Door deze wijzigingen in de financieringsstructuur hebben gemeenten een grotere financiële sturing. Dit kan bij de toepassing van de aanbestedingsregelgeving voor de gemeente vaker dan vroeger leiden tot de vraag of bij het wegzetten van een overheidsopdracht bij een SW-bedrijf wordt voldaan aan de vereisten voor quasi-inbesteden. In dat geval is de Europese aanbestedingsrichtlijn namelijk niet van toepassing. Volgens de richtlijn hoeft de opdracht dan niet te worden aanbesteed. Op quasi-inbesteden wordt verder ingegaan in paragraaf 3.2.



Binnen de nieuwe WSW ligt de nadruk meer op het bevorderen van de reïntegratie van arbeidsgehandicapten. Was voorheen het uitgangspunt dat arbeidsgehandicapten voornamelijk binnen SW-bedrijven werkten 'in een beschutte werkomgeving'; de centrale overheid wil nu dat er meer arbeidsgehandicapten bij een 'reguliere werkgever' gaan werken. Om de reïntegratie te bevorderen, is daarom in de nieuwe WSW sterker dan voorheen de mogelijkheid benadrukt om arbeidsgehandicapten te detacheren en arbeidsgehandicapten een begeleid werktraject aan te bieden, met het doel om de WSW-geïndiceerde zo regulier mogelijk te plaatsen. Dit kan via een SW-bedrijf of via een privaat reïntegratiebedrijf.¹ In deze notitie ligt verder de nadruk op het te werk stellen van arbeidsgehandicapten via een SW-bedrijf. De constructies detacheren en begeleid werken maken het mogelijk voor arbeidsgehandicapten om bij een 'reguliere werkgever' te werken.

Bij detachering blijft de werknemer in dienst bij het SW-bedrijf of de gemeente. De werkgever loopt dan geen risico wanneer de werknemer bijvoorbeeld ziek of arbeidsongeschikt wordt.

Bij begeleid werken komt de werknemer in dienst van de werkgever. De werkgever wordt door middel van loonkostensubsidie gecompenseerd als de werknemer een lagere arbeidsproductiviteit heeft. Dankzij de zogenaamde 'no-risk-polis' (artikel 29b Ziektewet) is de werkgever niet verantwoordelijk voor het doorbetalen van het loon in geval de werknemer ziek of arbeidsongeschikt wordt.

Bij de toepassing van deze constructies kunnen zich staatssteunvragen voordoen. Staatssteun is steun die een onderneming (bijvoorbeeld een SW-bedrijf of een inlenende werkgever) een niet-marktconform voordeel geeft in strijd met het EG-verdrag. Het is als gemeente belangrijk op de hoogte te zijn van de regels voor staatssteun. Op de staatssteunregelgeving wordt kort ingegaan in hoofdstuk 4.

2.2 Welke verschijningsvormen kent een SW-bedrijf?

Een SW-bedrijf kent verschillende verschijningsvormen. Voor de toepassing van de Europese aanbestedingsregelgeving is het onder meer belangrijk voor welke vorm er lokaal of regionaal is gekozen en hoe de rechtspersoonlijke verhouding tussen gemeente(n) en een SW-bedrijf is. Is het SW-bedrijf bijvoorbeeld een eigen gemeentelijk bedrijf, dan hoeft een opdracht vaak niet te worden aanbesteed volgens de Europese richtlijn. Er kan dan namelijk sprake zijn van de uitzonderingsgrond inbesteden. In paragraaf 3.2 wordt uitgebreid ingegaan op de uitzonderingsgronden inbesteden, quasi-inbesteden, alleenrecht en voorbehoud, en de consequenties die deze uitzonderingsgronden hebben voor de toepassing van de richtlijn.

In de context van deze publicatie worden de volgende vier verschijningsvormen behandeld: een SW-bedrijf ingericht als een gemeentelijke tak van dienst, als een gemeentelijk bedrijf, via een gemeenschappelijke regeling of als een zelfstandig bedrijf.²

1. Gemeentelijke tak van dienst – Als een SW-bedrijf is ingericht als een gemeentelijke tak van dienst, dan is het bedrijf onderdeel van de gemeente. Het SW-bedrijf heeft dan geen eigen rechtspersoonlijkheid, maar valt onder de rechtspersoon gemeente. Als de gemeente waar het SW-bedrijf onder valt een opdracht wil geven aan dit SW-bedrijf, kan er sprake zijn van inbesteden. De Europese richtlijn is dan niet van toepassing.

2. Gemeentelijk bedrijf – Als een SW-bedrijf is ingericht als een gemeentelijk bedrijf, dan is de gemeente de enige aandeelhouder. Het SW-bedrijf heeft dan wel eigen rechtspersoonlijkheid, en valt dus niet onder de rechtspersoon gemeente. Als de gemeente een opdracht wil geven aan dit SW-bedrijf, dan kan er sprake zijn van quasi-inbesteden. De

¹ U vindt meer informatie over het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten met behulp van private reïntegratiebedrijven in de publicatie 'De WSW in beweging. Een uitgave van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in het kader van de modernisering van de Wet sociale werkvoorziening' (juni 2006).

² Zie de VNG publicatie *De WSW in beweging*, genoemd in noot 1.



opdracht hoeft dan niet Europees te worden aanbesteed. De Europese richtlijn is namelijk niet van toepassing.

3. *Via een gemeenschappelijke regeling en instelling van een openbaar lichaam* – Het komt vaak voor dat gemeenten bij de uitvoering van de WSW willen samenwerken. Zij kunnen dan hun taken en bevoegdheden onder de WSW via de Wet Gemeenschappelijke Regelingen (WGR) overdragen aan een openbaar lichaam (zie artikel 8 WGR), ook wel werkvoorzieningschap ('schap') genaamd. Dit openbaar lichaam wordt ingesteld bij de gemeenschappelijke regeling van de samenwerkende gemeenten, en heeft altijd eigen rechtspersoonlijkheid.

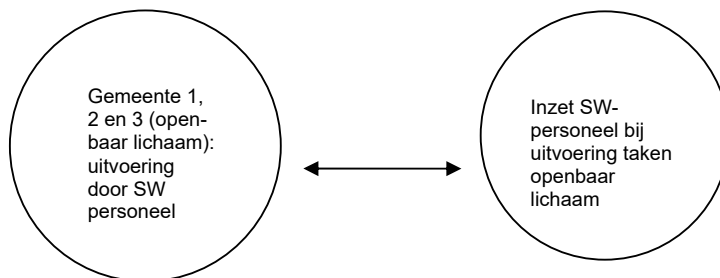
De uitvoeringstaak van het openbaar lichaam is het zorgdragen dat aan zoveel mogelijk ingezetenen die geïndiceerd zijn, een dienstbetrekking wordt aangeboden voor het verrichten van arbeid onder aangepaste omstandigheden (artikel 1 lid 3 WSW).

Gemeenten kunnen ervoor kiezen om in de gemeenschappelijke regeling, waar zij publieke uitvoeringstaken onder de WSW bij een openbaar lichaam neerleggen, vast te leggen dat voor de uitvoering van die taken SW-personeel wordt ingezet (zie figuur 1). Het zal daarbij vooral gaan om de uitvoering van publieke taken. De bestuurlijke controle op dit openbaar lichaam wordt volledig door de deelnemende gemeenten uitgevoerd. De inzet van het SW-personeel maakt onderdeel uit van de oprichting en doelstelling van het openbaar lichaam. Er is in deze constructie niet zozeer sprake van een SW-bedrijf maar eerder van een openbaar lichaam/ een schap als een SW-entiteit. Het SW-personeel is in dienst van het openbaar lichaam (met uitzondering van degenen die begeleid werken).

Wanneer meer ruimte wordt gelaten voor commerciële activiteiten van een SW-bedrijf, zal eerder gekozen worden voor de inschakeling van een verzelfstandigd SW-bedrijf (verschijningsvorm 4). Gemeenten kunnen namelijk ook kiezen voor de mogelijkheid om de uitvoeringstaken van het openbaar lichaam via een aanwijzingsbesluit ex artikel 2 lid 2 WSW aan een SW-bedrijf toe te wijzen. Zie hiervoor de volgende verschijningsvorm nr. 4.

Wanneer de deelnemende gemeenten in de gemeenschappelijke regeling als openbaar lichaam overheidsopdrachten (zie paragraaf 3.1) verlenen aan 'zichzelf' (aan dit openbare lichaam) binnen het kader van de afspraken gemaakt in dit openbaar lichaam, kan sprake zijn van het inbestedingsvraagstuk. De Europese richtlijn is in dat geval niet van toepassing. Als een gemeente buiten het kader van deze gemaakte afspraken zou willen overwegen een overheidsopdracht aan het openbaar lichaam te verlenen zou theoretisch het quasi-inbestedingsvraagstuk opgeworpen kunnen worden maar zal in de praktijk vaak blijken dat niet aan de gestelde vereisten wordt voldaan. Zie paragraaf 3.2.

Figuur 1 Openbaar lichaam opgericht onder de WGR met uitvoeringstaken uit de WSW



4. *Via een gemeenschappelijke regeling en de oprichting van een zelfstandig bedrijf* – Tenslotte kan een SW-bedrijf worden ingericht als een zelfstandig bedrijf (bijvoorbeeld een NV of een stichting). In de praktijk is vaak de gemeente of, in geval van een openbaar lichaam/een schap zijn de gemeenten waaronder het geprivatiseerde SW-bedrijf valt, de enige aandeelhouders van het SW-bedrijf. Soms ook is er sprake van een 'joint-venture', waarbij het aandeelhouderschap onderling meer verdeeld is, bijvoorbeeld 70%-30%. Als zelfstandig SW-bedrijf is het mogelijk een contract te sluiten met een individuele gemeente of met bijvoorbeeld een openbaar lichaam opgericht onder de WGR (zie figuur 2). In dit openbaar lichaam zitten, zoals besproken in de voorgaande paragraaf, meerdere gemeenten die samen willen werken bij de uitvoering van de WSW. De gemeenten hebben er in deze constructie, in tegenstelling tot de constructie weergegeven in figuur 1, niet voor gekozen om de WSW-taak te integreren in de oprichting van het openbaar lichaam maar om via een publiekrechtelijk aanwijzingsbesluit van het openbaar lichaam een SW-bedrijf met de uitvoeringstaak te belasten, het bedrijf te verzelfstandigen en onder te brengen in een privaatrechtelijke rechtspersoon met eigen handelingsbevoegdheid. In de praktijk zijn verzelfstandigde SW-bedrijven ooit begonnen in een constructie als beschreven in figuur 1 en is door de deelnemende gemeenten besloten middels privatisering van het SW-bedrijf dit meer op afstand te zetten. Daarom sluiten de gemeenten een contract af met het zelfstandige SW-bedrijf. De gemeente(n) blijven in de praktijk de WSW-uitvoering laten verzorgen door het verzelfstandigde SW-bedrijf waarvan zij aandeelhouder zijn. De SW-werknemers zijn in dienst bij het openbaar lichaam en gedetacheerd bij het zelfstandige SW-bedrijf.

Als een SW-bedrijf zelfstandig is en dus eigen rechtspersoonlijkheid heeft, kan er in het geval van opdrachtverlening van de gemeenschappelijke regeling aan het SW-bedrijf soms sprake zijn van quasi-inbesteden. De Europese aanbestedingsregels zijn dan niet van toepassing.

Ook dient bij opdrachtverlening van het openbaar lichaam aan een SW-bedrijf rekening te worden gehouden met het feit dat het SW-personeel dat taken zou moeten uitvoeren in dienst is van het openbaar lichaam. Er dient dan rekening te worden gehouden met de vormgeving van de 'opdracht': is er wel sprake van een overheidsopdracht of is er louter sprake van een dienstbetrekking tussen het openbaar lichaam en de SW-er? ³

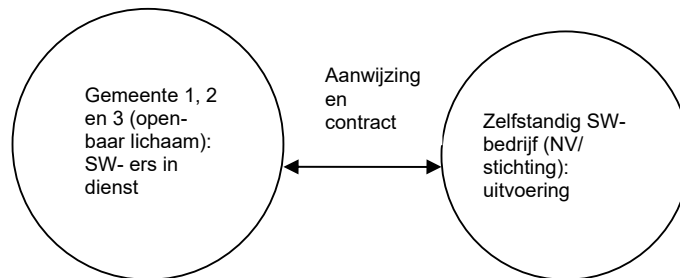
Tot slot kan er sprake zijn van afspraken tussen het openbaar lichaam en het zelfstandige SW-bedrijf die lijken op een tussen twee verschillende aanbestedende diensten gevestigd alleenrecht tot het verlenen van diensten.

³ Zie de uitzonderingsgrond uit artikel 16 sub e uit richtlijn 2004/18/EG, die bepaalt dat de richtlijn 'niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten inzake arbeidsovereenkomsten'. Zie ook rechtsoverwegingen 36 van richtlijn 2004/17 en 34 van richtlijn 2004/18. Louter het arbeidsrechtelijk sluiten van een arbeidsovereenkomst tussen bijvoorbeeld de gemeente en de SW-geïndiceerde (zie artikel 2 lid 1 WSW en de beschrijving van 'dienstbetrekking' in artikel 11 lid 1 WSW) betreft geen overheidsopdracht. Wanneer een gemeente bijvoorbeeld met een SW-bedrijf afspraken maakt over bepaalde dienstverlening waarbij gecontracteerde SW-ers (zie ook artikel 1 lid 3 WSW) worden ingezet kan het echter wel gaan om 'een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot de verlening van diensten' en dient gecontroleerd te worden in hoeverre er sprake is van een overheidsopdracht. Zie paragraaf 3.1 van deze notitie.



Figuur 2

Openbaar lichaam opgericht onder de WGR;
Aanwijzing ex art. 2 WSW en contract met zelfstandig SW-bedrijf



De uitzonderingsgronden inbesteden, quasi-inbesteden, alleenrecht en het voorbehouden van opdrachten aan SW-bedrijven worden verder besproken in paragraaf 3.2.

3. Europese aanbestedingsaspecten bij opdrachten aan SW-bedrijven

3.1 Europese aanbestedingskwesities bij opdrachten aan SW-bedrijven

Overheidsopdracht

Voor de toepassing van de Europese aanbestedingsregelgeving is het belangrijk of er sprake is van een overheidsopdracht. Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel. Dit betekent dat er een op geld waardeerbare tegenprestatie moet worden geleverd door de aanbestedende dienst voor het uitvoeren van de opdracht door de onderneming.

De overeenkomst moet zijn gesloten tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten. De staat, territoriale lichamen en publiekrechtelijke instellingen zijn aan te merken als een aanbestedende dienst. Gemeenten vallen als territoriaal lichaam dus onder de definitie van een aanbestedende dienst. Ook gemeenschappelijke regelingen vallen onder de definitie van aanbestedende dienst. SW-bedrijven zijn in het algemeen aan te merken als een ondernemer. Zij bieden namelijk producten en diensten aan op de markt. SW-bedrijven kunnen echter ook zo zijn ingericht dat zij kunnen worden aangemerkt als een aanbestedende dienst. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 3.2.

Als een gemeente een opdracht gunt aan een SW-bedrijf (als ondernemer), is in de regel sprake van een overheidsopdracht.

De informatie in deze notitie ziet op de situatie dat een gemeente (of een gemeenschappelijke regeling van gemeenten) een opdracht verleent aan een SW-bedrijf, derhalve een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van de richtlijn aangaat. Zoals eerder aangehaald, is er in het geval van de uitvoering van de WSW ook vaak sprake van gemeenschappelijke regelingen, aanwijzingsbesluiten en delegatie van bevoegdheden en taken van gemeente(n) aan SW-bedrijven. Dergelijke publiekrechtelijke besluiten zouden niet moeten worden opgevat als een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn. In de praktijk kan het echter wel voorkomen dat dergelijke besluiten dusdanig worden ingericht dat zij ook zouden kunnen worden aangemerkt als 'het aangaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel' etc. Gemeenten dienen zich er derhalve van bewust te zijn dat zij tijdens hun bestuursrechtelijke besluitvorming wel tevens overheidsopdrachten in de zin van de richtlijn aan het formuleren kunnen zijn, waaraan aanbestedingsrechtelijke consequenties kunnen zijn verbonden. Daarnaast is het bij dergelijke bestuursrechtelijke besluitvorming tevens van belang de implicaties ten aanzien van de toepassing van de uitzonderingsgronden in de richtlijn aangaande alleenrechtverlening en (quasi-) inbesteding te bezien.



Kijk voor meer informatie over overheidsopdrachten op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/539/Overheidsopdrachten.html>

De Europese verdragsbeginselen

Overheidsopdrachten die buiten de toepassing van de richtlijn vallen, hoeven niet volgens het aanbestedingsregime van de richtlijn te worden aanbesteed. Dit is bijvoorbeeld het geval voor opdrachten beneden de drempelwaarden en voor dienstenconcessieovereenkomsten. De afgelopen jaren is onder meer uit de jurisprudentie van het Hof en de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie⁴ gebleken dat opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijn vallen, zoals de zogenaamde IIB-diensten, vaak toch Europees moeten worden aanbesteed. Deze aanbestedingsplicht volgt uit de Europese verdragsbeginselen. Onder deze beginselen vallen het non-discriminatie beginsel op grond van nationaliteit, het gelijkheidsbeginsel en het objectiviteitsbeginsel. Uit het non-discriminatiebeginsel op grond van nationaliteit en het beginsel van gelijke behandeling volgt een transparantieverplichting. Deze transparantieverplichting houdt in dat een opdracht vóóraf moet worden gepubliceerd. Op deze wijze kunnen alle ondernemingen die geïnteresseerd zijn in de opdracht informatie verkrijgen over de opdracht vóóordat deze wordt toegewezen, waardoor zij ook kunnen meedingen naar de opdracht.

Opdrachten die niet relevant zijn voor de interne markt, hoeven niet aan deze transparantieverplichting te voldoen. Op dergelijke opdrachten zijn de Europese beginselen namelijk niet van toepassing. Of een opdracht relevant is voor de interne markt, hangt onder meer af van de aard en geschatte omvang van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie en de geografische ligging van de plaats van uitvoering. De aard van de markt in kwestie waarop de opdracht speelt moet onder andere beoordeeld worden op basis van de omvang en de structuur van die markt en de handelspraktijken. Wanneer het waarschijnlijk is dat bedrijven over de grens en in andere delen van het land ook interesse hebben in de opdracht, moet de aankondiging van de opdracht hierop ook worden afgestemd en bijvoorbeeld via het internet bekend worden gemaakt. Op deze manier worden ook belangstellenden uit andere lidstaten en uit andere delen van het land in staat gesteld zich in te schrijven voor de opdracht.

Kijk voor meer informatie over de Verdragsbeginselen op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/125/Jurisprudentie.html>.

De drempelwaarden

Volgens de Europese richtlijn hoeven gemeentelijke overheidsopdrachten voor leveringen en dienstverlening beneden de drempelwaarde van 206.000 euro niet Europees te worden aanbesteed. Zoals besproken in de vorige paragraaf kan er uit de Europese verdragsbeginselen tóch een aanbestedingsplicht volgen. De nadere uitwerking hiervan, ook op nationaal niveau, vindt mede plaats in het kader van de discussie over een mogelijk toekomstige Aanbestedingswet.

Kijk voor meer informatie over de drempelwaarden de site van Europa decentraal: http://www.europadecentraal.nl/menu/359/EG_Verdragsbeginselen.html en <http://www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html>.

Soorten diensten

De Europese richtlijn maakt onderscheid tussen IIA-diensten en IIB-diensten. Onder IIA-diensten vallen onder andere schoonmaakwerkzaamheden en leerlingenvervoer. Onder IIB-diensten vallen onder andere bepaalde diensten op het gebied van groenonderhoud,

⁴ Mededeling van de Commissie 2006/C 179/2 (zomer 2006), zie ook http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/wetenregelgeving/Interpretatieve_mededeling_transparantie.pdf



catering- en horecadiensten. Op IIA-diensten is het aanbestedingsregime van de richtlijn volledig van toepassing. Op IIB-diensten is slechts een gedeelte van het aanbestedingsregime van de richtlijn van toepassing. Alleen de regels over technische specificaties en het achteraf publiceren van de gunning van de opdracht zijn van toepassing op IIB-diensten. Bij het opstellen van de technische specificaties is het wel belangrijk de verdragsbeginselen in acht te nemen, zoals het beginsel van gelijke behandeling.

Ook al is op IIB diensten een beperkt aanbestedingsregime van toepassing, toch kan er - zoals eerder besproken- uit de Europese verdragsbeginselen soms tóch een aanbestedingsplicht volgen. Zolang er geen grensoverschrijdend belang kan worden aangetoond, hoeft een opdracht voor IIB-diensten dus niet vooraf te worden gepubliceerd.

Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal: http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/42_Toepasselijke_aanbestedingsregime_bij_IIB_diensten.pdf.
<http://www.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html>

3.2 Specifieke Europese aanbestedingskwesities bij opdrachten aan SW-bedrijven

Er bestaan diverse mogelijkheden om als gemeente een opdracht bij een SW-bedrijf weg te zetten. Een aantal van die mogelijkheden raakt de Europese richtlijn wanneer het gaat om inbesteden, quasi-inbesteden, alleenrecht en het voorbehouden van een opdracht aan een SW-bedrijf.

Inbesteden – Als een gemeente een opdracht geeft aan een SW-bedrijf dat onderdeel is van dezelfde rechtspersoon gemeente, is er vaak sprake van inbesteden. Het SW-bedrijf moet dan rechtens niet te onderscheiden zijn van de gemeente. Dit betekent dat het bedrijf geen eigen rechtspersoonlijkheid mag hebben. Als er een opdracht wordt gegeven aan een dergelijk bedrijf, dan is er geen sprake van een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn. Een overheidsopdracht vereist immers dat er een overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer. Dit vereist *gescheiden* rechtspersoonlijkheid. Een SW-bedrijf heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid als het bedrijf is ingericht als een gemeentelijke tak van dienst. De opdracht hoeft dan dus ook niet Europees te worden aanbesteed. Uit de Europese verdragsbeginselen volgt niet alsnog een aanbestedingsplicht. De opdracht hoeft dus ook niet vooraf te worden gepubliceerd.⁵

Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/507/Inbesteden.html> en <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>.

Praktijkvoorbeeld

De gemeente Loom wil graag een opdracht van 245.000 euro wegzetten bij haar eigen SW-bedrijf. Het SW-bedrijf reinigt de publieke afvalbakken en zorgt er voor dat zwerfafval van de straat wordt gehaald. Het SW-bedrijf is ingericht als een dienst van de gemeente. Moet de opdracht Europees worden aanbesteed?

Nee, ondanks dat de opdracht boven de drempel van 206.000 euro uitkomt, hoeft de opdracht niet Europees te worden aanbesteed. Het SW-bedrijf is ingericht als een dienst van de gemeente. Het bedrijf heeft dus geen eigen rechtspersoonlijkheid maar is onderdeel van de rechtspersoon gemeente. Er kan een beroep worden gedaan op inbesteden.

⁵ Europese Commissie, *Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, Sec(2007) 1514, p. 5.



Quasi-inbesteden – Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat er ook sprake kan zijn van quasi-inbesteden. Het gaat dan bijvoorbeeld om een opdracht van een (samenwerkingsverband van) gemeente(n) aan een aan haar gelieerde onderneming (derhalve 2 verschillende rechtspersonen)⁶. In het *Teckal* arrest⁷ van het Hof van Justitie EG zijn twee eisen gesteld waar aan moet zijn voldaan.

Toezicht

Ten eerste moet er sprake zijn van 'toezicht door de gemeente(n) op het bedrijf zoals op zijn eigen diensten'. Dit criterium wordt eng geïnterpreteerd door het Hof. Het toezichthoudende orgaan moet een doorslaggevende invloed hebben (niet alleen) op de strategische doelstellingen en op de belangrijke beslissingen van het bedrijf. Deze concrete invloed moet niet alleen bij een bepaalde gunningsbeslissing blijken maar in het algemeen, bijvoorbeeld ook uit de statuten. Indien de Raad van Bestuur van de uitvoerende organisatie zodanig ruime bevoegdheden ten aanzien van het beheer heeft, die ze zelfstandig kan uitoefenen, kan er volgens het Hof van Justitie EG in de zaak AGESP⁸ geen sprake zijn van toezicht zoals op eigen diensten. De gemeente(n) hadden in deze zaak geen enkele bijzondere controlebevoegdheid om het handelen van de Raad van Bestuur te beperken. In uitspraak Coname⁹ bepaalt het Hof van Justitie EG dat in een zaak waar de gemeente 0,97% van het aandelenkapitaal bezit in de uitvoerende organisatie dat 'zelfs al zou de noodzaak voor een gemeente om controle uit te oefenen op een andere vennootschap een eventuele ongelijke behandeling objectief kunnen rechtvaardigen, de deelneming van 0,97 % door de gemeente in het aandelenkapitaal van die vennootschap immers zo klein is dat ze een dergelijke controle niet mogelijk maakt'.

In de zaak *Parking Brixen* heeft het Hof bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van 'toezicht door de gemeente op het bedrijf zoals op zijn eigen diensten' naar de volgende elementen gekeken:¹⁰

- a. de rechtsvorm,
- b. de (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal,
- c. het maatschappelijke doel,
- d. de territoriale uitbreiding van de activiteiten, en
- e. de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd.

Uit de zaak *Parking Brixen* blijkt dat het Hof er op gebrand is dat er geen privékapitaal in het bedrijf wordt opgenomen. Opname van privékapitaal in een bedrijf leidt er toe, dat er geen sprake is van toezicht zoals op eigen diensten. Dit heeft het Hof voor het eerst bepaald in de zaak *Stadt Halle*.¹¹ In de zaak *Parking Brixen* benadrukt het Hof dat ook de rechtsvorm van het bedrijf investering van privékapitaal niet mogelijk mag maken (a). Als een SW-bedrijf bijvoorbeeld is ingericht als een NV (zie het eerder genoemde figuur 2) dan is er een grotere kans dat er privékapitaal in het bedrijf wordt opgenomen. De aandelen van een NV staan namelijk niet op naam en zijn vrij overdraagbaar. Ook het verplicht openstellen van het bedrijf voor privékapitaal leidt ertoe dat er geen sprake is van toezicht (b).

Als een bedrijf wordt opengesteld voor privékapitaal gaan private belangen een rol spelen. Hierdoor krijgt het bedrijf een commerciële inslag. De gemeente die toezicht houdt op het SW-bedrijf moet dan ook het volledige kapitaal van het SW-bedrijf in handen hebben. Als gemeenten samenwerken in een samenwerkingsverband, bijvoorbeeld zoals beschreven in figuur 2, dan moeten de gemeenten voor een legitiem beroep op de quasi-inbestedingsgrond

⁶ Daarbij kan de andere rechtspersoon zowel een publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersoon betreffen.

⁷ Zaak C-107/98, HvJ EG, 18-11-1999, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

⁸ Zaak C-340/04, HvJ EG, 11-5-2006, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

⁹ Zaak C-231/03, HvJ EG 21-7-2005, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

¹⁰ Zaak C-458/03, HvJ EG, 13-10-2005, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

¹¹ Zaak C-26/03, HvJ EG, 11-1-2005, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>



het maatschappelijk kapitaal van het SW-bedrijf *gezamenlijk* in handen hebben. Dit is duidelijk geworden in de zaak *Asemfo Tragsa*.¹²

In de recente zaak *Coditel* heeft de Advocaat Generaal (AG) bovendien bepaald, dat als gemeenten het maatschappelijk kapitaal van een bedrijf *gezamenlijk* in handen hebben en er geen privékapitaal in het bedrijf is opgenomen, dit erop wijst dat er sprake is van toezicht zoals op eigen diensten.¹³ In het geval van een samenwerkingsverband als in figuur 1 wordt er door de AG dus vrij snel aangenomen dat er sprake is van toezicht zoals op eigen diensten. Hoe het Hof van Justitie hier over denkt moet nog blijken. Haar uitspraak in de zaak *Coditel* wordt binnen afzienbare tijd verwacht.

Het Hof heeft in *Parking Brixen* ook geoordeeld dat hoe ruimer het maatschappelijke doel, hoe onwaarschijnlijker het is dat de gemeente op al deze activiteiten toezicht kan uitoefenen. De afbakening van het maatschappelijke doel is dan ook belangrijk bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van toezicht (c).

Ook als het bedrijf een grote geografische markt heeft, is het onwaarschijnlijk dat de gemeente in staat is toezicht uit te oefenen (d). De afbakening van de geografische markt is dan ook belangrijk bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van toezicht.

Ten slotte is het belangrijk hoeveel invloed de gemeente heeft op het bestuur van het bedrijf. Heeft de gemeente bijvoorbeeld bijzondere controlebevoegdheden of een bijzonder stemrecht, dan is het waarschijnlijk dat zij invloed kan uitoefenen op het bedrijf zoals op haar eigen diensten. Als het bestuur sterk verzelfstandigd is, dan is dit waarschijnlijk niet het geval (e).

Merendeel van de activiteiten ten behoeve van de gemeente

Het tweede *Teckal*-criterium vereist dat 'het merendeel van de werkzaamheden van het bedrijf worden verricht ten behoeve van de gemeente'. In de jurisprudentie (zie het eerder genoemde arrest AGESP) van het Hof van Justitie is dit criterium ook strikt geïnterpreteerd. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de activiteiten die het bedrijf voor derden verricht *marginiaal* moeten zijn. Als gemeenten samenwerken in een samenwerkingsverband, bijvoorbeeld zoals beschreven in figuur 2, dan moet het merendeel van de werkzaamheden van het SW-bedrijf in kwestie worden verricht ten behoeve van *al* deze gemeenten.

Als er sprake is van quasi-inbesteden hoeft de opdracht niet Europees te worden aanbesteed volgens de richtlijn. Uit de Europese verdragsbeginselen volgt niet alsnog een aanbestedingsplicht. De opdracht hoeft dus ook niet vooraf te worden gepubliceerd.¹⁴

Als gevolg van de nieuwe financieringsstructuur tussen het Rijk, gemeenten en SW-bedrijven in de nieuwe WSW kan een gemeente vaker worden geconfronteerd met het vraagstuk van (quasi-) inbesteden. SW-bedrijven krijgen voortaan via de gemeente subsidie voor het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten. Gemeenten hebben hierdoor meer financiële sturing. Bovendien oefenen zij in sterkere mate toezicht uit. Als zij een opdracht geven aan een SW-bedrijf dat tevens door hun wordt gefinancierd, dan kan er sprake zijn van quasi-inbesteden. Door de financiële sturing kan er eerder sprake zijn van 'toezicht door de gemeente op het bedrijf zoals op zijn eigen diensten' dan onder de oude WSW. Wel moet er dan ook aan het tweede criterium zijn voldaan voordat er sprake is van quasi-inbesteden; 'het merendeel van de werkzaamheden van het bedrijf moet worden verricht ten behoeve van de gemeente'.

¹² Zaak C-295/05, HvJ EG, 19-4-2007, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

¹³ Zaak C-324/07, AG HvJ EG, 4-6-2008, <http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html>

¹⁴ Europese Commissie, *Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*, Sec(2007) 1514, p. 5.



Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal:
<http://www.europadecentraal.nl/menu/507/Inbesteden.html>
<http://www.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html> en

Praktijkvoorbeeld

De gemeente Leevel wil graag samen met de gemeenten Sleuven en Grebbel een openbaar lichaam oprichten onder de wet gemeenschappelijke regelingen (WGR). Dit openbaar lichaam voert de WSW uit. De publiekrechtelijke taken en bevoegdheden onder de WSW zijn door de gemeenten overgedragen aan het openbaar lichaam. Het openbaar lichaam heeft de feitelijke uitvoeringstaken vervolgens via een aanwijzingsbesluit ex artikel 2 WSW opgedragen aan een SW-bedrijf, dat zich bezighoudt met het creëren van werkplekken voor de SW-geïndiceerden in de drie gemeenten. Het SW-bedrijf heeft eigen rechtspersoonlijkheid, en valt niet onder de rechtspersoonlijkheid van het openbaar lichaam. (zie figuur 2). De drie gemeenten hebben wel het totale aandeelhouderschap. De gemeente Grebbel wil graag een opdracht voor dienstverlening ter waarde van 600.000 euro wegzetten bij het SW-bedrijf. Moet de opdracht Europees worden aanbesteed?

Nee, ondanks dat de opdracht de drempel overschrijdt hoeft de opdracht waarschijnlijk niet onder de Europees richtlijn te worden aanbesteed. Er kan namelijk sprake zijn van quasi-inbesteden. Het aandeelhouderschap binnen het SW-bedrijf is geheel in handen van de drie gemeenten. Het SW-bedrijf met eigen rechtspersoonlijkheid is een gelieerde onderneming van (onder meer) de gemeente Grebbel. De gemeenten - die gezamenlijk het openbaar lichaam hebben opgericht – moeten wel 'toezicht zoals op eigen diensten' uitoefenen op het SW-bedrijf. Het SW-bedrijf moet bovendien het merendeel van haar activiteiten verrichten ten behoeve van de drie gemeenten. Anders is er geen sprake van quasi-inbesteden. Zie voor eventuele staatssteunaspecten paragraaf 4.

Praktijkvoorbeeld

De gemeente Ploo heeft na overleg met de politie uit de regio een stichting opgericht die zich bezighoudt met beveiliging. In de stichting werken alleen SW-geïndiceerden. De stichting krijgt een groot deel van haar inkomsten uit een subsidie van de gemeente. Het bestuur van de stichting bestaat uit vijf wethouders van de gemeente Ploo. De gemeente wil graag een opdracht voor het beveiligen van gemeentelijke gebouwen wegzetten bij de stichting. De opdracht heeft een waarde van 620.000 euro. Moet de opdracht Europees worden aanbesteed?

Nee, ondanks dat de opdracht de drempel overschrijdt hoeft de opdracht waarschijnlijk niet onder de richtlijn Europees te worden aanbesteed. Er kan namelijk sprake zijn van quasi-inbesteden. De Stichting betreft een van de gemeente rechtspersoonlijk te onderscheiden entiteit, maar wel een aan de gemeente gelieerde onderneming. Het bestuur van de stichting bestaat alleen uit wethouders van de gemeente Ploo. Er is dus waarschijnlijk sprake van 'toezicht zoals op een eigen dienst' door de gemeente op de stichting. De wethouders moeten overigens wel doorslaggevende invloed hebben op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen. Ook moet de stichting het merendeel van haar activiteiten verrichten voor de gemeente Ploo. Anders kan er geen zijn sprake van quasi-inbesteden. Zie voor eventuele staatssteunaspecten paragraaf 4.

Alleenrecht – Het vraagstuk van de alleenrechtverlening doet zich zeer regelmatig voor bij publiek-publieke samenwerkingsverbanden op het gebied van diensten. Een aanbestedende dienst kan aan een andere aanbestedende dienst een alleenrecht geven voor het verlenen van diensten (artikel 18 richtlijn 2004/18). Dit alleenrecht moet wel een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben. Met andere woorden, het alleenrecht moet zijn grondslag vinden in de wet of een bestuursrechtelijke bepaling (bijvoorbeeld een raads- of



collegebesluit, een vastgestelde gemeentelijke verordening). Deze wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen moeten verenigbaar zijn met de Europese verdragsbeginselen. Bij de 'bepalingen die met het EG-Verdrag verenigbaar zijn' moet gedacht worden aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Bij de verlening van een alleenrecht geldt in zijn algemeenheid dat rekening moet worden gehouden met het op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze verlenen van het alleenrecht. Met alleenrecht wordt bedoeld op een recht op grond waarvan de opdrachtnemer de enige is die een dienstverrichting binnen een bepaalde geografische zone mag uitvoeren en tot slot moet een alleenrecht ook specifiek zijn verleend voor de betreffende activiteit.

Aanbestedende dienst

Een gemeente is, als een territoriaal lichaam, aan te merken als een aanbestedende dienst. Een SW-bedrijf ingericht als een gemeentelijke tak van dienst is uit dien hoofde ook aan te duiden als een aanbestedende dienst. Het SW-bedrijf valt namelijk onder de rechtspersoon gemeente; zij heeft geen eigen rechtspersoonlijkheid.

Ondanks dat het SW-bedrijf is aan te duiden als een aanbestedende dienst, is het niet mogelijk een opdracht op basis van alleenrecht te gunnen aan dit bedrijf. Het is alleen mogelijk een opdracht op basis van alleenrecht te gunnen aan een SW-bedrijf, dat juridisch te onderscheiden is van de opdrachtgever, in dit geval de gemeente. Het alleenrecht moet namelijk door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst worden verleend. Aangezien een SW-bedrijf ingericht als een gemeentelijke tak van dienst onder dezelfde rechtspersoon als de gemeente valt, is hier geen sprake van. Als het SW-bedrijf niet juridisch te onderscheiden is van de opdrachtgever is er in de regel sprake van inbesteden.

SW-bedrijven die niet onder dezelfde rechtspersoon als de gemeente vallen, kunnen vaak ook worden aangemerkt als een aanbestedende dienst. Het SW-bedrijf kan dan vallen onder de definitie van een publiekrechtelijke instelling. Dit is het geval als aan de volgende drie criteria is voldaan.

Ten eerste moet het SW-bedrijf zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is. In de zaak *BFI Holding*¹⁵ heeft het Hof van Justitie dit criterium nader toegelicht. Een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is, is een behoefte waarin de overheid om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of waarop zij beslissende invloed wil behouden. Om te beoordelen of hier sprake van is, wordt onder andere gekeken of de overheid al lang vrijwel geheel zelf voorziet in de behoefte. Het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten is al geruime tijd een publiekrechtelijke taak. Van 1950 tot begin jaren '90 heeft de gemeente zelf voorzien in deze behoefte. Sinds de jaren '90 is er gewerkt aan het privatiseren van SW-bedrijven. Het vervullen van de behoefte aan werkplekken voor arbeidsgehandicapten is toen niet geheel over gelaten aan de markt. Deze behoefte kan namelijk niet door markt worden gereguleerd. Bedrijven die arbeidsgehandicapten een werkplek bieden, hebben daarom recht op een subsidie. Bovendien zijn onder de WSW de gemeenten verantwoordelijk om werkplekken voor arbeidsgehandicapten te creëren. Zij behouden dus beslissende invloed op de wijze waarop in deze behoefte wordt voorzien. Dat particuliere ondernemingen feitelijk in de behoefte voorzien, doet er in principe niet toe.¹⁶

Tenslotte heeft het Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid aangegeven dat de uitvoering van de WSW door de Nederlandse overheid wordt gezien als een taak van

¹⁵ Zaak C-360/96, HvJ EG 10-11-1998, <http://www.europadecentraal.nl/menu/337/Alleenrecht.html>

¹⁶ Zie ook weer C-360/96, BFI Holding, eerder genoemd in noot 12.



algemeen belang.¹⁷ Het is daarom waarschijnlijk dat een SW-bedrijf in elk geval voorziet in een behoefte van algemeen belang van niet industriële of commerciële aard, wanneer zij de taak vervult zoals in de voorgaande alinea is beschreven. Dit neemt niet weg dat SW-bedrijven ook commerciële activiteiten kunnen ontplooiën, in welk geval niet wordt voldaan aan het eerste criterium van de definitie van publiekrechtelijke instelling.

Ten tweede moet het SW-bedrijf (eigen) rechtspersoonlijkheid hebben. Een zelfstandig SW-bedrijf heeft eigen rechtspersoonlijkheid. SW-bedrijven die middels een aanwijzingsbesluit van een openbaar lichaam zijn belast met uitvoeringstaken voor de WSW, hebben vaak eigen rechtspersoonlijkheid.

Ten slotte moet het SW-bedrijf of de rechtspersoon waar het SW-bedrijf onder valt, in hoofdzaak worden gefinancierd door of onder toezicht of zeggenschap staan van de gemeente. Een aanbestedende dienst heeft zeggenschap op de onderneming als zij, bijvoorbeeld, de bevoegdheid heeft de leden van het bestuur aan te wijzen. Dit laatste criterium wordt functioneel uitgelegd door het Hof van Justitie.

Het enkele feit dat een onderneming hoofdzakelijk wordt gefinancierd door een gemeente is al voldoende om het laatste criterium te vervullen. Dit heeft het Hof van Justitie bevestigd in de zaak *Bayerischer Rundfunk*.¹⁸ Met 'hoofdzakelijk gefinancierd door de overheid' wordt bedoeld dat de inkomsten van de organisatie voor meer dan de helft moeten voortvloeien uit een overheidsbijdrage. Dit heeft het Hof bepaald in het *Cambridge*-arrest.¹⁹

Als een SW-bedrijf niet is aan te merken als een andere aanbestedende dienst dan de gemeente(n), is het niet mogelijk een opdracht op basis van het artikel 18 alleenrecht direct te gunnen.

Wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling

In paragraaf 3.1 van deze publicatie werd reeds gewezen op het feit dat gemeenten bij bestuursrechtelijke besluitvorming zich bewust moeten zijn van mogelijke implicaties ten aanzien van bijvoorbeeld de toepassing van de aanbestedingsrichtlijn bepalingen inzake het alleenrecht.

Artikel 2 lid 2 van de Wet Sociale Werkvoorziening bepaalt dat het college een privaatrechtelijke persoon kan aanwijzen ten behoeve van de uitvoering van deze wet. Hoewel deze bepaling het college de bevoegdheid geeft haar taken over te dragen, kan deze bepaling niet worden aangemerkt als een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarbij het alleenrecht wordt gevestigd. Een daadwerkelijke aanwijzing van een gemeente of openbaar lichaam waarbij een privaatrechtelijke persoon (bijvoorbeeld een zelfstandig SW-bedrijf als bedoeld in figuur 2) wordt aangewezen zou, wanneer die aanwijzing geschiedt aan een bepaalde privaatrechtelijke persoon die tevens kwalificeert als een (andere) aanbestedende dienst (zie informatie hierboven onder kopje aanbestedende dienst), wellicht wel een bestuursrechtelijke bepaling (collegebesluit) kunnen betreffen waarbij een alleenrecht tot dienstverlening wordt gevestigd. Ditzelfde kan gelden voor het besluit van een gemeente tot oprichting van- en deelname in een gemeenschappelijke regeling ('bestuursrechtelijke bepaling') waarbij een alleenrecht tot dienstverlening bij 'een andere aanbestedende dienst' (bijvoorbeeld een openbaar lichaam als bedoeld in figuur 1) wordt gevestigd. Voor een legitieme vestiging van dergelijke alleenrechten moet dan vervolgens nog wel worden voldaan aan de vereisten zoals beschreven in de eerste alinea van het onderwerp 'alleenrecht' in deze paragraaf (pagina 13).

¹⁷ Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid, *Notitie Sociale werkvoorziening en regelgeving op het terrein van overheidssteun, aanbesteden, gescheiden boekhouding en BTW*, 22 april 2008,

http://docs.minszw.nl/pdf/102/2008/102_2008_1_19604.pdf.

¹⁸ Zaak C-337/06, HvJ EG, 13-12-2007

¹⁹ Zaak C-380/98, HvJ EG, 3-10-2000,

http://www.europadecentraal.nl/menu/351/Publiekrechtelijke_instelling.html



Toepassing verdragsbeginselen

Diensten'opdrachten' die op basis van een legitiem gevestigd alleenrecht zijn 'gegund', vallen niet onder het aanbestedingsregime van de Europese richtlijn. Het is nog niet geheel duidelijk of, en in hoeverre op de vestiging van het alleenrecht ook de Europese verdragsbeginselen van toepassing zijn. Als dit het geval zou zijn, dan zou dat een voorafgaande publicatieplicht met zich mee kunnen brengen, voordat wordt overgegaan tot vestiging van het alleenrecht bij bestuursrechtelijke of wettelijke bepaling. De richtlijn biedt hierover geen duidelijkheid. Deze stelt alleen dat de *wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarop het alleenrecht gebaseerd is*, verenigbaar met de verdragsbeginselen moeten zijn.

Vaak verleent een gemeente een alleenrecht als zij invloed wil behouden op de dienst uit overwegingen van algemeen belang. Als de Europese verdragsbeginselen van toepassing zouden zijn op de vestiging van een alleenrecht, dan zou er een voorafgaande publicatieplicht van de opdracht of de vestiging van het alleenrecht kunnen bestaan. Meerdere (private) partijen kunnen dan meedingen naar de opdracht, waardoor de gemeente niet meer in staat is zelf te bepalen aan wie zij het alleenrecht verleent. Hierdoor verliest de gemeente de beslissende invloed die de reden was voor het verlenen van het alleenrecht. De wens de dienst binnen het publieke domein te houden zou kunnen dienen als een objectieve rechtvaardiging voor het niet toepassen van de Europese verdragsbeginselen.

In de literatuur wordt aangenomen dat de Europese verdragsbeginselen niet van toepassing zijn op de vestiging van een alleenrecht.²⁰ In de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over de toepassing van het transparantiebeginsel op procedures voor het plaatsen van opdrachten die niet of gedeeltelijk onder de Europese richtlijn vallen, wordt alleenrecht niet genoemd. Ook het Hof van Justitie heeft zich hier nog niet expliciet over uitgelaten. Het blijft vooralsnog dus onduidelijk of, en zo ja in hoeverre, de Europese verdragsbeginselen ook van toepassing zijn op de vestiging van een alleenrecht.

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), die de Europese richtlijn implementeert in de Nederlandse rechtsorde lijkt een ander uitgangspunt te nemen. In het Bao staat namelijk wel dat de *totstandkoming* van het alleenrecht in overeenstemming met het EG-verdrag moet zijn. Voor meer informatie over de Bao verwijzen wij u naar de factsheet *Veelgestelde vragen Bao van juni 2007*: http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/factsheet_Bao_juni07_webversie_def.pdf.

De mogelijkheid om een opdracht te gunnen op basis van alleenrecht wordt restrictief geïnterpreteerd door de rechter. Als gemeente is het daarom het beste de mogelijkheid een alleenrecht te verlenen niet lichtvaardig te gebruiken.

Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/500/Alleenrecht.html> en <http://www.europadecentraal.nl/menu/337/Alleenrecht.html>.

Praktijkvoorbeeld

De gemeente Poulen wil graag een opdracht voor het onderhoud van de plantsoenen in de gemeente wegzetten bij een SW-bedrijf, dat actief is in haar gemeente. Het bedrijf heeft eigen rechtspersoonlijkheid. De gemeente heeft een kwart van de aandelen van het SW-bedrijf in handen. Het gaat om een opdracht van 320.000 euro. Moet deze opdracht

²⁰ Pinto, M., Hoek, J., *Alleenrecht en voorafgaande publicatieplicht*, Tijdschrift aanbestedingsrecht, juni 2007, p. 213-222. Bergevoet, J.W.A., *De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd*, NTER, nr. 4, 2008. Hebly, J.M., Wilman, F.G., *Aanbestedingsrecht in beweging: meer recente ontwikkelingen*, NTER, nr. 10, 2007, p. 207-209, van den Berge, I., Mutsaers, M., *Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, deel 1*, Tijdschrift aanbestedingsrecht, juni 2008, p. 249



Europees worden aanbesteed? En zo ja, kan de gemeente het SW-bedrijf de opdracht gunnen op basis van de uitzonderingsgrond alleenrecht?

Ja, de opdracht moet wel Europees worden aanbesteed onder de richtlijn. Er is sprake van een overheidsopdracht en de opdracht overschrijdt de drempel van 206.000 euro. De opdracht kan dus niet één op één worden gegund aan het SW-bedrijf. Of de gemeente de opdracht op basis van de uitzonderingsgrond alleenrecht kan gunnen aan het SW-bedrijf is discutabel. Het gaat hier wel om een dienst: het onderhouden van het plantsoen. Het SW-bedrijf moet wel kwalificeren als een publiekrechtelijke stelling en een andere aanbestedende dienst dan de gemeente zijn. Bovendien moet het alleenrecht op basis van de wet of bijvoorbeeld een raads- of collegebesluit zijn gegeven. Tenslotte moeten de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarop het alleenrecht is gebaseerd in overeenstemming zijn met de verdragsbeginselen. Met name bij deze laatste toets doen zich in de praktijk veel vragen voor. De aanbestedingsregels van de Europese richtlijn zijn niet van toepassing op een opdracht die op basis van een legitiem gevestigd alleenrecht is gegund.

Voorbehoud – Een gemeente kan een opdracht ook voorbehouden aan een SW-bedrijf. De definitie van een SW-bedrijf wordt in de Bao opgehangen aan de definitie van een SW-bedrijf in het Besluit uitvoering sociale werkvoorziening en begeleid werken (Buswbw). In het Buswbs is een SW-bedrijf gedefinieerd als de 'arbeidsomgeving waar gewerkt wordt in een dienstbetrekking onder aangepaste omstandigheden'. Bovendien wordt voor toepassing van het voorbehoud in zowel de Europese richtlijn als het de Bao de aanvullende eis gesteld, dat meer dan de helft van de werknemers van het SW-bedrijf personen met een arbeidshandicap moeten zijn.

Een gemeente kan niet één specifiek SW-bedrijf een opdracht voorbehouden. Uit de Europese richtlijn volgt namelijk dat op het voorbehouden van een opdracht aan een SW-bedrijf het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel van toepassing zijn. Dit betekent dat de opdracht open moet worden gesteld voor inschrijvingen van *alle* SW-bedrijven.

Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal: http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Aanbestedingen/praktijk/factsheet_Bao_juni07_webversie_def.pdf.

Praktijkvoorbeeld

De gemeente Ronkel wil een opdracht voor het beheer en onderhoud van de openbare ruimten wegzetten bij een lokaal SW-bedrijf. Het gaat om een opdracht ter waarde van 290.000 euro. Kan de opdracht worden voorbehouden aan dat SW-bedrijf?

Nee, een opdracht kan niet worden voorbehouden aan één specifiek SW-bedrijf. Andere SW-bedrijven moeten kunnen concurreren met het lokale SW-bedrijf om de opdracht. Het is dus niet zeker dat het lokale SW-bedrijf als winnaar uit de bus komt als de gemeente Ronkel besluit via het voorbehoud een opdracht aan een SW-bedrijf te willen gunnen.

3.3 Welke overige aanbestedingskwesties spelen er?

Concessieovereenkomst voor diensten

In de voorgaande paragraaf is uitgebreid ingegaan op vier meest voorkomende mogelijkheden om een opdracht weg te zetten bij een SW-bedrijf. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om een opdracht via een dienstenconcessie bij een SW-bedrijf weg te zetten. Bij een dergelijke concessieovereenkomst wordt er een uitsluitend recht gegeven aan een SW-bedrijf om een bepaalde dienst te exploiteren. Als een opdracht op basis van een



dienstenconcessie wordt gegund, is de Europese richtlijn niet van toepassing. Maar volgens de EG verdragsbeginselen kan er wél een aanbestedingsplicht bestaan, als de opdracht relevant is voor de interne markt. Dit heeft het Hof van Justitie onder meer bepaald in de zaak *Coname*.²¹ Deze aanbestedingsplicht houdt in dat de opdracht vooraf moet worden gepubliceerd. Of een opdracht relevant is voor de interne markt is afhankelijk van de omvang van de opdracht, de aard van de markt en de geografische markt (zie paragraaf 3.1).

Er worden zelden concessieovereenkomsten gesloten tussen gemeenten en SW-bedrijven. Dit komt doordat SW-bedrijven vaak kwalificeren als aanbestedende dienst. In de praktijk wordt dan eerder aansluiting gezocht met het instrument van het alleenrecht. Met deze mogelijkheid moet wel zorgvuldig worden omgesprongen. Zie paragraaf 3.2. Bovendien kan er ook voor worden gekozen de opdracht voor te behouden aan een SW-bedrijf. Deze oplossing is veel minder vergaand dan het verlenen van concessie of een alleenrecht.

Kijk voor meer informatie over concessieovereenkomsten op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/502/Concessies.html>.

Sociale criteria

Het is mogelijk sociale criteria te verbinden aan de uitvoering van een opdracht. Zo is het bijvoorbeeld mogelijk om, bij het opstellen van de contractuele voorwaarden, als voorwaarde te stellen dat de opdracht moet worden uitgevoerd met behulp van arbeidsgehandicapten. In het geval dat de aanbestedingsprocedure van de richtlijn wordt gevolgd, bestaan er de volgende mogelijkheden om sociale criteria aan een opdracht te verbinden.

Ten eerste kunnen sociale criteria een rol spelen bij het opstellen van technische specificaties. Het sociale criterium moet dan wel dienen ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst. Zo kan bij de uitvoering van werken als sociaal criterium worden gesteld dat het gebouw toegankelijk moet zijn voor gehandicapten. Bij het opstellen van technische specificaties moeten de Europese verdragsbeginselen worden gerespecteerd.

Ten tweede kunnen sociale criteria een rol spelen in de selectiefase. De criteria moeten dan wel direct met de beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers te maken hebben. Dit betekent dat inschrijvers alleen beoordeeld mogen worden op basis van criteria, die verband houden met hun economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid. Gaat het bijvoorbeeld om het gunnen van een opdracht voor het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten, dan kan er als eis worden gesteld dat de opdrachtnemer ervaring heeft met werken met arbeidsgehandicapten.

In de gunningsfase spelen sociale criteria een beperkte rol. De toepassing van die criteria moet er dan toe leiden dat de opdracht wordt gegund aan de economisch voordeligste inschrijving. Bovendien moeten de (sociale) criteria die in de gunningsfase worden gesteld, te maken hebben met het voorwerp van de opdracht. Dit betekent dat in het algemeen niet als gunningscriterium kan worden gesteld, dat de opdracht wordt uitgevoerd met behulp van arbeidsgehandicapten, omdat een dergelijke voorwaarde vaak geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Dit kan worden afgeleid uit de zaak *Wienstrom* van het Hof van Justitie.²² Zowel in de selectie- als in de gunningsfase moet er rekening worden gehouden met de Europese verdragsbeginselen.

Meer ruimte biedt de mogelijkheid om aanvullende bijzondere voorwaarden ten aanzien van de uitvoering van de opdracht te stellen. Deze voorwaarden spelen pas een rol als na de toepassing van de gunningscriteria twee of meer economische gelijkwaardige inschrijvingen

²¹ Zaak C-231/03, HvJ EG, 21-7-2005, <http://www.europadecentraal.nl/menu/342/Transparantie.html>

²² Zaak C-448/01, HvJ EG, 4-12-2003, http://www.europadecentraal.nl/menu/336/Sociale_en_milieucriteria.html



zijn overgebleven. Bij het toepassen van aanvullende bijzondere voorwaarden moeten de Europese verdragsbeginselen ook worden gerespecteerd.

Als aanvullende bijzondere voorwaarde kan bijvoorbeeld worden gesteld dat vijf procent van het arbeidspersoneel bij de uitvoering van de opdracht arbeidsgehandicapten moeten zijn. Het bedrijf dat aan deze voorwaarde kan voldoen, krijgt de opdracht. Een dergelijke voorwaarde kan vaak niet worden gesteld in de selectie- of gunningsfase, wanneer het geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Wel moet deze aanvullende bijzondere voorwaarde uitdrukkelijk in de aankondiging worden vermeld. Bovendien moeten de Europese verdragsbeginselen, waaronder het discriminatieverbod op grond van nationaliteit, worden gerespecteerd.

Ten slotte is het mogelijk in de contractuele voorwaarden verplichtingen op te nemen over het gebruik van arbeidsgehandicapten bij de uitvoering van de opdracht. Deze contractuele verplichting kan dezelfde inhoud hebben als een bijzonder aanvullend criterium. Het onderscheid tussen deze twee mogelijkheden is niet geheel duidelijk. Het lijkt dat de eerste in een andere context (namelijk in het uiteindelijke contract en niet als bijzondere aanvullende voorwaarde na het resteren van 2 gelijkwaardige inschrijvingen) wordt gebruikt. Ook bij het opnemen van contractuele verplichtingen moeten de Europese verdragsbeginselen gerespecteerd worden. Dit betekent onder andere, dat de voorwaarden al in de aankondiging van de opdracht moeten worden vermeld. Ook is het belangrijk bij het opstellen van de contractuele verplichtingen het gelijkheidsbeginsel, en met name het discriminatieverbod op grond van nationaliteit, te respecteren. De contractuele voorwaarden mogen geen verkapte selectie- of gunningscriteria zijn.

Op IIB-diensten is een beperkt aanbestedingsregime van toepassing. De regels over selectie en gunning zijn niet van toepassing op IIB-diensten. Hierdoor bestaat er meer ruimte voor sociale criteria.

Op opdrachten voor het verrichten van IIB-diensten die relevant zijn voor de interne markt, zijn de Europese verdragsbeginselen van toepassing (zie paragraaf 3.1). Dit betekent onder andere dat het gelijkheidsbeginsel moet worden gerespecteerd. Een vereiste dat de opdracht alleen uitgevoerd mag worden door lokale bedrijven die arbeidsgehandicapten uit de omgeving willen gebruiken bij de uitvoering van de opdracht, leidt dan ook waarschijnlijk tot een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Kijk op de site voor meer informatie op de site van Europa decentraal:
http://www.europadecentraal.nl/menu/515/Sociale_en_milieucriteria.html en
http://www.europadecentraal.nl/menu/336/Sociale_en_milieucriteria.html

4. Staatssteun en SW-bedrijven

4.1 Staatssteunproblematiek en SW-bedrijven

Staatssteun is steun die met staatsmiddelen is betaald. De steun moet aan een onderneming worden verleend en deze onderneming moet daar een voordeel van hebben. Dit voordeel moet de onderneming onder normale marktomstandigheden niet hebben gehad. Een onderneming wordt door het Hof van Justitie gedefinieerd als: 'elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm of wijze van financiering.' Een winstoogmerk is niet vereist.

Het is bovendien noodzakelijk dat het voordeel selectief is. *Bepaalde* ondernemingen of sectoren moeten bevoordeeld worden. Steun waar alle ondernemingen in Nederland bij gebaat zijn, levert dus geen staatssteun op. Onder de WSW stelt iedere gemeente zijn eigen beleid op. De steun aan een (SW-)bedrijf onder de WSW is daarom in de regel selectief.



Ten slotte moet het voordeel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en een (potentiële) invloed op de tussenstaatse handel hebben. De Europese Commissie oordeelt vaak al snel dat aan dit criterium is voldaan. Bij het voldoen aan de eerste drie criteria moet de steun daarom in principe al worden aangemeld, tenzij er evident sprake is van een activiteit met slechts lokaal bereik. Of er sprake is van een activiteit met een lokaal bereik hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. De Commissie kijkt onder andere naar de precieze structuur van de relevante markt, het al dan niet bestaan van merkbare mededinging en het aantal ondernemingen dat op deze markt actief is.²³ Een groot SW-bedrijf dat wasknijpers produceert en deze exporteert, voert waarschijnlijk geen activiteit uit met een lokaal bereik. Twijfelt u of een activiteit slechts lokaal bereik heeft, neem dan contact op met de helpdesk van Europa decentraal: http://www.europadecentraal.nl/menu/181/Stel_een_vraag.html.

De Europese Commissie beoordeelt of de steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en of deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten (potentieel) ongunstig beïnvloedt. Als er geen beroep kan worden op één van de uitzondering is de steun in beginsel verboden. Maar als de positieve effecten op de mededinging tussen de lidstaten groter zijn dan de negatieve effecten, kan de Europese Commissie de steun goed keuren. Steun die de de minimis-drempel van 200.000 euro per drie kalenderjaren niet overschrijdt, hoeft niet te worden aangemeld, als de voorwaarden van de de-minimisverordening in acht worden genomen.²⁴ Kijk voor meer informatie over de de-minimisverordening op de site van Europa decentraal: http://www.europadecentraal.nl/menu/412/De_minimis.html.

4.2 Welke vormen van steun onder de WSW kwalificeren als staatssteun?

In het kader van deze publicatie zijn de volgende drie vormen van steun belangrijk. Ten eerste geven gemeenten steun aan SW-bedrijven voor het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten. Ten tweede kunnen ook 'normale' ondernemingen die arbeidsgehandicapten een werkplek bieden, aanspraak maken op steun van de gemeente. Ten derde kan er sprake zijn van staatssteun als de gemeente een opdracht geeft aan een SW-bedrijf en voor het uitvoeren van deze opdracht geen marktconforme prijs betaalt.

SW-bedrijven voeren sociale diensten uit. Sociale diensten zijn onder de staatssteunregels te onderscheiden in 'gewone economische activiteiten' en diensten van algemeen belang (DAB) (zie figuur 3). Een DAB is een dienst die volgens de overheid van algemeen belang is en waarvoor specifieke openbaardienstverplichtingen gelden. Op 'gewone economische activiteiten' zijn de staatssteunregels volledig van toepassing. Op sommige DAB zijn de staatssteunregels ook volledig van toepassing. Dit geldt voor DAB met een economisch karakter, bekend als diensten van algemeen economisch belang (DAEB). DAB met een niet-economisch karakter vallen buiten de staatssteunregels. Een organisatie die een niet-economische activiteit uitvoert valt namelijk in die hoedanigheid niet onder de definitie van een onderneming.²⁵ DAB met een niet-economisch karakter zijn onder andere de zogenaamde typische overheidstaken. Voorbeelden van deze verschillende activiteiten vindt u hieronder.

In het verdrag van Lissabon hebben de EU-lidstaten voor de eerste keer duidelijk vastgesteld dat de DAB te onderscheiden zijn in diensten van algemeen economisch belang (DAEB) en niet-economische diensten van algemeen belang (NEDAB).²⁶ In het EG verdrag werd alleen verwezen naar DAEB en dit begrip werd niet nader gedefinieerd.²⁷

²³ Zaak C-75/97, HvJ EG, 17-6-1999, Maribel.

²⁴ Vrijstellingsverordening 1998/2006.

²⁵ Europese Commissie, *Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment*, COM 2007 725 Final.

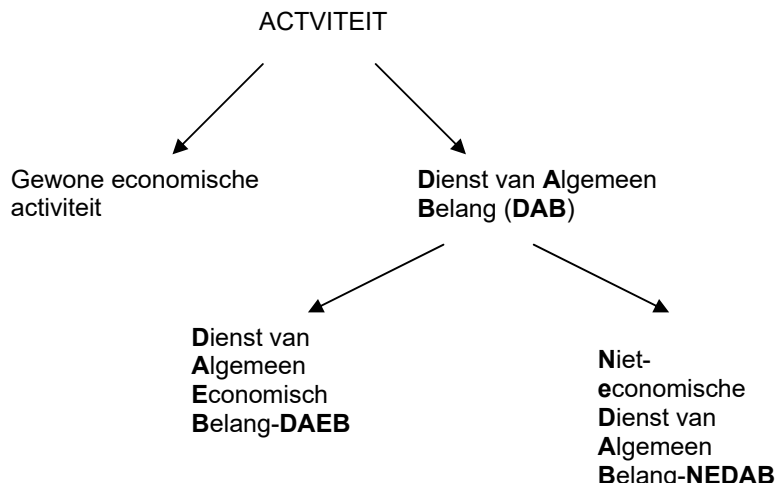
²⁶ Verdrag van Lissabon (nog niet in werking getreden), Protocol 9,

http://www.europadecentraal.nl/menu/704/Protocol_DAB_Hervormingsverdrag.html.

²⁷ Artikelen 16 en 86 EG verdrag.



Figuur 3



Een voorbeeld van een sociale dienst die kwalificeert als een 'gewone economische activiteit' is een commerciële re-integratiedienst voor werklozen onder een SW-bedrijf. Op een dergelijke activiteit zijn de staatssteunregels volledig van toepassing.

Het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten onder de WSW is volgens het ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid (SZW) geen 'gewone economische activiteit', maar een DAB met een niet-economisch karakter.²⁸ Het feit dat SW-bedrijven diensten verlenen en goederen leveren is namelijk ondergeschikt aan het nastreven van de doelstelling van de WSW: het uitvoeren van maatschappelijke zinvolle arbeid. Dat het ter werk stellen van arbeidsgehandicapten leidt tot een product, is een gevolg en niet het doel van de WSW. De steun die gemeenten geven aan SW-bedrijven voor de uitvoer van de WSW is volgens het ministerie dan ook niet te kwalificeren als staatssteun. De staatssteunregels zijn hierop niet van toepassing.

Als een SW-bedrijf naast de DAB een 'gewone economische activiteit' uitvoert, is het belangrijk de boekhouding te scheiden.²⁹ Zo kan worden gegarandeerd dat de subsidie die bedoeld is voor de DAB – het creëren van werkplekken voor arbeidsgehandicapten – niet ten goede komt aan een commerciële activiteit, zoals het aanbieden van een re-integratiedienst voor werklozen.

Ten tweede kunnen ook 'normale' ondernemingen die arbeidsgehandicapten een werkplek bieden, aanspraak maken op steun van de gemeente in de vorm van loonkostensubsidie en compensatie voor verminderde productiviteit. Deze steun kwalificeert in de regel als staatssteun. Het komt echter vaak voor dat deze steun de de minimis-drempel niet haalt, omdat dergelijke ondernemingen slechts enkele arbeidsgehandicapten in dienst hebben. Als dit het geval is, hoeft deze steun niet te worden aangemeld. Overschrijdt de steun de minimis-drempel, dan moet de steun wél worden aangemeld, tenzij de onderneming een succesvol beroep kan doen op de vrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun. Hier wordt nader op ingegaan in paragraaf 4.3.

Ten derde kan er sprake zijn van staatssteun als de gemeente een opdracht geeft aan een SW-bedrijf en vervolgens voor het uitvoeren van de opdracht een prijs betaalt die hoger ligt

²⁸ Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid, *Notitie Sociale werkvoorziening en regelgeving op het terrein van overheidssteun, aanbesteden, gescheiden boekhouding en BTW*, 22 april 2008, http://docs.minszw.nl/pdf/102/2008/102_2008_1_19604.pdf.

²⁹ Transparantierichtlijn, 2006/111/EG.



dan de marktconforme prijs. Dit heeft Hof van Justitie onder andere bepaald in de zaak *Spanje tegen de Commissie*.³⁰ Het bedrijf heeft dan een voordeel dat zij niet zou hebben gehad onder normale marktomstandigheden. Onder normale omstandigheden had de prijs namelijk lager gelegen.

In de WSW is expliciet opgenomen dat de gemeente een 'vergoeding moet bedingen voor de door zijn werknemer verrichte arbeid dan wel voor tengevolge van zijn arbeid geleverde goederen of diensten'. Deze vergoeding mag bovendien 'de concurrentieverhoudingen niet onverantwoord beïnvloeden'.³¹ Deze verplichting heeft zowel betrekking op betalingen voor door de gemeentelijke sociale werkvoorziening geleverde goederen en diensten, als op de vergoeding die aan de gemeente moet worden betaald als zij de werknemer ter beschikking stelt van een derde om (onder aangepaste omstandigheden) arbeid te verrichten. Ook de vergoeding die de gemeente geeft voor het uitvoeren van een opdracht door een SW-bedrijf, mag de mededinging dan ook niet onverantwoord beïnvloeden. Dit betekent dat de gemeente een marktconforme prijs moet bieden. Als deze bepaling wordt gerespecteerd, is er geen sprake van staatssteun.

Door een opdracht volgens het aanbestedingsregime van de Europese aanbestedingsrichtlijn te gunnen, kan worden gegarandeerd dat de gemeente een marktconforme prijs betaalt voor het uitvoeren van de opdracht door het SW-bedrijf. Als een opdracht niet Europees wordt aanbesteed, is er meer kans dat er wel sprake is van staatssteun. Dit is bijvoorbeeld het geval bij alleenrecht, voorbehoud en soms bij quasi-inbesteden. Als een opdracht op één van deze wijzen wordt gegund, zijn de aanbestedingsprocedures van de richtlijn immers niet van toepassing. Het is dan ook belangrijk dat als een opdracht op één van deze wijzen wordt gegund, er een marktconforme prijs wordt afgesproken voor het verlenen van de dienst. Wat een marktconforme prijs is, kan worden vastgesteld door een marktonderzoek of een benchmark uit te voeren.

Als er sprake is van staatssteun en er geen beroep kan worden gedaan op één van de uitzonderingen, moet de steun worden aangemeld bij de Europese Commissie. Zij beoordeelt of de steun de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en of de steun het interstatelijke handelsverkeer (potentieel) nadelig beïnvloedt.

Kijk voor meer informatie op de site van Europa decentraal: <http://www.europadecentraal.nl/menu/113/Voorpagina.html>.

4.3 Uitzonderingen op grond van de algemene groepsvrijstellingverordening?

In de zomer van 2008 is de vrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun³² vervangen door de algemene groepsvrijstellingsverordening nr. 800/2008. Deze is op 28 augustus 2008 in werking getreden. In de algemene groepsvrijstellingsverordening zijn bepalingen opgenomen over staatssteun aan ondernemingen voor het creëren en het behoud van werkplekken voor arbeidsgehandicapten. Deze steun kan bijvoorbeeld door middel van een loonkostensubsidie zijn vormgegeven.

De vrijstellingsverordening is alleen van toepassing op steun boven de 200.000 euro en beneden de 15 miljoen euro per drie kalenderjaren aan een onderneming. Als de steun beneden de 200.000 euro blijft, kan de gemeenten er immers voor kiezen de de-minimis-verordening toe te passen. De steun hoeft dan niet te worden aangemeld. Overschrijdt de steun wel de de-minimis-drempel, dan hoeft de steun toch niet te worden aangemeld als de gemeente een beroep kan doen op de algemene groepsvrijstellingsverordening.

³⁰ C-342/96, HvJ EG, 29-4-1999, Spanje-Commissie

³¹ Artikel 5 WSW

³² Verordening 2204/2002, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/oj/2002/l_337/l_33720021213nl00030014.pdf.



De algemene groepsvrijstellingsverordening stelt de volgende criteria. Ten eerste mag maximaal 75% van de loonkosten voor het te werk stellen van een arbeidsgehandicapte gedurende de gehele periode waarin de arbeidsgehandicapte in dienst is, worden vergoed door de steun. In de 'oude' vrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun was dit percentage lager, namelijk 60 procent. Bovendien mag de steun alleen worden gebruikt om werkgelegenheid te *scheppen*. De gesubsidieerde werkgelegenheid mag andere banen dan ook niet verdrücken.

In 2004 heeft het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een beleidsaanbeveling opgesteld over loonkostensubsidie en staatssteun.³³ Deze beleidsaanbeveling is bedoeld om de gemeenten te ontlasten van de administratieve verplichtingen welke voortvloeiden uit de toepassing van de 'oude' vrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun. Deze beleidsaanbeveling stelt nog twee aanvullende criteria. Ten eerste mag de steun niet worden ingezet voor individuele ad hoc-maatregelen. De steun moet verleend worden op basis van algemene wettelijke steunregelingen en gebaseerd zijn op objectieve criteria. Bovendien moet in de wettelijke regeling expliciet worden verwezen naar de vrijstellingsverordening. Ten tweede mag de steun niet gericht zijn op één bepaalde sector, bijvoorbeeld de landbouwsector. Dergelijke steun moet apart worden aangemeld. Deze beleidsaanbeveling is gericht op de toepassing van de vrijstellingsverordening werkgelegenheidssteun. Het is nog niet bekend of deze aanbeveling ook van toepassing is op de algemene groepsvrijstellingsverordening.

Extra kosten die de onderneming moet maken voor het te werkstellen van een arbeidsgehandicapte, bijvoorbeeld door de aanschaf van speciale kantoormeubelen, mogen onder voorwaarden ook worden vergoed.

Voor meer informatie over de algemene groepsvrijstellingsverordening zie de site van Europa decentraal:

<http://www.europadecentraal.nl/menu/411/Vrijstellingsverordeningen.html>.

Voor meer informatie over de vrijstellingsverordening werkgelegenheid en de beleidsaanbeveling van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (2004) verwijzen wij u door naar de factsheet 'loonkostensubsidie en staatssteun' van 15 mei 2007:

http://www.europadecentraal.nl/documents/dossiers/Staatssteun/factsheet_LKS_website.pdf.

³³ Ministerie van Sociale zaken en Werkgelegenheid, Verzamelbrief 7 april 2004, Bijlage VI, *Loonkostensubsidie en Europese regelgeving: beleidsaanbeveling*, http://www.europadecentraal.nl/documents/Brief_SZW_bijlage.pdf.

