

Waarom de ‘buitenwereld’ aanbestedingen afwijst en hoe een wetswijziging dat kan veranderen

mr. dr. ds. T.H.G. (Tim) Robbe, Victor Advocaten / Vrije Universiteit en mr. M.J. (Martine) Vidal, Vereniging Nederlandse Gemeenten

Lezers van deze nieuwsbrief vragen zich wellicht af waarom ‘de buitenwereld’ zo moeilijk doet over (Europese) aanbestedingen. De gedachte is dat als een (semi)overheid de regels goed uitvoert, dit leidt tot een eerlijke opdrachtverstrekking. Goed aanbesteden zorgt ervoor dat de beste ondernemer de opdracht krijgt, zonder vriendjespolitiek. Die ‘buitenwereld’ bestaat niet alleen uit burgers en ondernemers, maar ook uit bestuurders, politici en beleidsambtenaren.

Achtergrond

Deze lezers gaan voorbij aan het feit dat de ‘buitenwereld’ anders kan aankijken tegen wat een eerlijke en rechtvaardige opdrachtverstrekking inhoudt. Aanbestedende diensten zijn immers ook politieke organisaties. Zij voeren niet alleen wetgeving uit, zoals de Aanbestedingswetgeving, maar leggen ook verantwoording af over hun beleid en handelen aan hun politieke gemeenschappen. Hierdoor komt een gemeentebestuur vaak in een spagaat terecht. Samen met jeugdzorgwerkers en inwoners kan het vinden dat de jeugdzorg prima verloopt. Toch dwingt de aanbestedingswetgeving na verloop van tijd tot een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure, ook als iedereen tevreden is over de huidige uitvoering.

Ook in Brussel klinkt de wens voor verandering: minder complexe en flexibeler aanbestedingsregels. Regionale en lokale overheden delen de behoefte van de ‘buitenwereld’: meer ruimte om in te kopen op een manier die recht doet aan de lokale en regionale context, in plaats van de huidige voorschriften.

Een belangrijke stap is het aannemen van een amendement door de Commissie ECON van het Europese Comité van de Regio's in januari 2026.² Dit amendement roept op tot ruimte voor de gewenste verandering en benadrukt dat nieuwe wetgeving rekening moet houden met de lokale en regionale context. Het pleit voor concrete maatregelen bij het inkopen van lokale en regionale diensten zonder grensoverschrijdend belang, waarbij burgers eindgebruikers zijn. In deze bijdrage werken wij vier redenen uit waarom wij deze wijziging wenselijk vinden. Wij maken daarvoor onder andere gebruik van het proefschrift *Verdelingsrecht en democratische rechtstaat* dat

in 2024 verscheen en artikelen die ideeën uit dat proefschrift later verder uitwerkten.³

1. Recht doen aan verschillende aanbestedingscontexten

Ten eerste maakt zo'n wijziging van de aanbestedingswetgeving het mogelijk voor lokale en regionale overheden recht te doen aan verschillende lokale contexten waarbinnen zij inkopen. Op dit moment gooit de wetgeving alle inkopen op één hoop. Is sprake van een overheidsopdracht, dan moet de aanbestedende dienst als hoofdregel een Europese aanbestedingsprocedure uitvoeren. Zo'n procedure is het best te omschrijven als een ‘competitief schema’ waarbij de aanbestedende dienst met een transparante selectieprocedure mededingingsruimte biedt aan potentiële gegadigden voor de opdracht. Er zijn winnaars en verliezers. Ook de meer flexibele procedures, zoals de procedure voor sociale en andere specifieke diensten, gaan nog steeds uit van dit competitieve schema. De uitzonderingen op de verplichting zijn er ook, maar de rechter laat steeds duidelijk merken dat aanbestedende diensten deze restrictief moeten uitleggen.

Waar de aanbestedingswetgeving geen rekening mee houdt, is dat dit competitief schema niet altijd past bij de context waarbinnen overheden inkopen. Een ministerie dat kantoormeubilair inkoop op een markt met mondiale spelers is een andere context dan een kleine gemeente die jeugdzorg inkoop van regionale of lokale spelers. In het eerste geval is sprake van een dyadische inkoop met weinig afhankelijkheden: een inkoper en een leverancier. Verliest de leverancier de aanbesteding, dan kan deze elders zijn producten verkopen. Het Ministerie koopt het kantoormeubilair voor zichzelf en is dus eindgebruiker. Hier levert een competitief schema het beste resultaat. In het tweede geval is sprake van een triadische inkoop met meerdere actoren: een inkoper, een dienstverlener en een (kwetsbare) burger. De drie zijn sterk verweven met het lokale netwerk. Verliest de jeugdzorgaanbieder de aanbesteding, dan kan dat vervelende gevolgen hebben voor de burger. Ook het overnemen van de positie van die aanbieder in het lokale netwerk is problematisch als deze diepgeworteld is in de gemeenschap en goede banden heeft met huisartsen, welzijnsorganisaties en andere aanbieders.

Als de Europese Commissie het amendement doorvoert in de nieuwe Europese aanbestedingsregels, dan kiest zij voor een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht voor lokale diensten. In dat geval kunnen lokale en regionale overheden effectieve lokale en regionale netwerken die diensten leveren aan burgers veel beter

² De tekst van het amendement: ‘Calls for concrete measures for regional and local public services of a non-cross border nature, such as child and youth care, elderly care, food services, sport facilities, and housing for homeless people and refugees, as they are not provided under European market conditions, and the regional and local context is of greater importance; these measures would better serve the underlying purpose: the fair and just distribution of primary social goods in liberal democracies.’ Paragraph 22, Draft Opinion Evaluation of the Public Procurement Directives ECON-VIII/007.

³ T.H.G. Robbe, *Verdelingsrecht en democratische rechtstaat: Democratische en rechtstatelijke overwegingen bij het met mededinging verdelen van schaarse vergunningen, subsidies, overheidsopdrachten en overheidseigendom*, Den Haag: Boom 2024; T.H.G., Robbe, ‘De rol van rechtvaardigheid bij het verdelen van schaarse rechten’, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun* 2024, Vol. 2024, No. 6, pp. 16-28; T.H.G. Robbe, ‘Context Matters: Reassessing Competition in European Public Procurement Law’, *Public Procurement Law Review* 2025, Vol. 34, No. 5, pp. 335-348.

beschermen. Een competitief schema uitvoeren is dan immers niet meer verplicht.

2. Recht doen aan verschillende manieren van verdelende rechtvaardigheid

Ten tweede maakt de wijziging van de aanbestedingswetgeving het mogelijk voor lokale en regionale overheden recht te doen aan verschillende manieren van verdelende rechtvaardigheid. Het proefschrift *Verdelingsrecht en democratische rechtsstaat* uit 2024 verbindt politieke filosofie aan het verdelingsrecht. In dat proefschrift maakt het aanbestedingsrecht, naast het recht dat ziet op het verdelen van schaarse vergunningen, schaarse subsidies en de verkoop van schaarse onroerende zaken (Didam) deel uit van dat *verdelingsrecht*. Het proefschrift toont aan dat verdelingsrecht uitgaat van voorkeursutilisme met een liberale ethiek: iedere burger en ondernemer moet in vrijheid zijn (levens)doelen kunnen nastreven. Om die doelen te bereiken, kunnen middelen nodig zijn, zoals overheidsopdrachten. Omdat er in potentie altijd meer opdrachtnemers zijn, moeten overheden hun opdrachten in concurrentie uitzetten om de vrijheid van alle ondernemers te waarborgen.

Door van de verplichting voor een competitief schema af te stappen, krijgen lokale en regionale overheden de mogelijkheid om ook andere politieke filosofieën uit te werken in de wijze waarop zij opdrachten willen verstrekken. Voorkeursutilisme met een liberale ethiek is namelijk niet de enige manier om schaarste rechtvaardig te verdelen. Direct gunnen op basis van bewezen 'verdiens' is bijvoorbeeld een alternatief. Lokale en regionale overheden krijgen dan de mogelijkheid om de overeenkomst met een jeugdzorgaanbieder die naar volle tevredenheid van alle belanghebbenden zijn diensten verleent steeds opnieuw te verlengen, zonder aanbestedingsprocedure. Dit kan veel rust geven en zelfs de dienstverlening verbeteren.⁴

3. Het corrigeren van een gebrek aan legitimiteit in het Unierecht: de Europese juridische basis is er niet

Ten derde maakt de wijziging van de aanbestedingswetgeving het mogelijk een gebrek aan legitimiteit te corrigeren in het Unierecht. Uit het proefschrift blijkt dat binnen het Europese aanbestedingsrecht vraagtekens zijn te zetten bij klassieke arresten van het Hof van Justitie EU (de Europese rechter) die een competitief schema introduceerden voor opdrachten die niet (geheel) onder de Europese aanbestedingswetgeving vielen. Concessieopdrachten waren bijvoorbeeld vóór 2014 uitgezonderd van die wetgeving. Toch introduceerde de Europese rechter op grond van een interpretatie van beginselen, die soms niet eens terug te vinden zijn in het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU), al in 2000 met het arrest *Telaustria* een competitief schema.⁵ Het verwees bovendien naar een arrest met daarin een transparantieplichting voor concessiehouders jegens concessieverleners en maakte daar een transparantieplichting voor alle aanbestedende diensten van.⁶ Alle volgende arresten die dit competitief schema hanteren voor andere expliciet door de Uniewetgever niet gereguleerde opdrachten, zoals onder-

drempelige opdrachten, zijn wel steeds terug te voeren op dit arrest *Telaustria*.⁷

De voorgestelde wijziging zou met zich brengen dat het competitieve schema niet (meer) van toepassing is voor lokale en regionale overheden die diensten inkopen voor burgers, ongeacht hun waarde en ongeacht hun grensoverschrijdend belang. Mocht de Uniewetgever dat moeten rechtvaardigen, dan kan dat met het subsidiariteitsbeginsel (besluiten zo dicht mogelijk bij de burger nemen) en het beginsel van lokaal zelfbestuur (principle of local self-government). Uit verschillende onderzoeken blijkt dat bij Europese aanbestedingen minimaal sprake is van deelname van inschrijvers uit andere lidstaten en dat deze voor dienstverlening die lokale overheden inkopen voor hun burgers zelfs vrijwel afwezig is. In die gevallen is het zeer de vraag of de Europese wetgever doeltreffender is dan de regionale en lokale overheden.

Met het verankeren van een expliciete uitzondering voor lokale diensten kan de wetgever mogelijk voorkomen dat de Europese rechter met het interpreteren van aanbestedingsbeginselen via een achterdeur toch weer een competitief schema introduceert. Het amendement komt volgens ons de legitimiteit van het Unierecht dus ten goede, omdat het een correctie is op die jurisprudentie en bovendien tegemoetkomt aan een – redelijke en terechte – wens van lokale en regionale politieke gemeenschappen die de lokale en regionale overheden vertegenwoordigen. Wat lokaal is te regelen, moet lokaal blijven. Een inmenging van Europa is dan niet gewenst en niet effectief.

4. Het corrigeren van een gebrek aan legitimiteit in het nationale verdelingsrecht: de Nederlandse juridische basis is er ook niet

Tot slot maakt de wijziging van de aanbestedingswetgeving het mogelijk een gebrek aan legitimiteit te corrigeren in het nationale verdelingsrecht. In het nationale verdelingsrecht geldt namelijk sinds de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen* van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit 2016 een zogenoemde mededingingsverplichting voor het verdelen van schaarse vergunningen.⁸ Dat zijn vergunningen waar in potentie meer gegadigden voor bestaan. Wie de conclusie van AG Widdershoven bij deze uitspraak leest, merkt direct op dat deze mededingingsverplichting is geïnspireerd op Unierecht, waaronder het Europese aanbestedingsrecht en de Dienstenrichtlijn.⁹ De verplichting is na 2016 door de Afdeling geïntroduceerd voor schaarse subsidies, en in 2025 voor begrotingssubsidies.¹⁰ De Hoge Raad heeft in 2021, onder verwijzing naar de uitspraak *Speelautomatenhal Vlaardingen*, de verplichting tot slot aangenomen als overheidslichamen schaarse onroerende zaken verkopen (Didam-jurisprudentie).¹¹

Het proefschrift zet ook bij deze jurisprudentie vraagtekens bij de legitimiteit. Waar de Europese rechter in het Unierecht nog deels verwijst naar beginselen die door de Europese wetgever zijn vastgelegd in het VwEU, ontbreekt bij deze nationale jurisprudentie de

⁴ Deze mogelijkheid bestaat al in het Verenigd Koninkrijk. De National Health Service (BHS) kan op deze grond direct opdrachten verstrekken aan zorgaanbieders in het 'Provider Selection Regime', Direct Award process C. Zie: <https://www.england.nhs.uk/commissioning/how-commissioning-is-changing/nhs-provider-selection-regime/>

⁵ HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*).

⁶ Het Hof verwees naar HvJ EG 18 november 1999, C-275/98, ECLI:EU:C:1999:567 (Unifon-Scandinavie).

⁷ Bijvoorbeeld: HvJ EG 3 december 2001, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654 (*Vestergaard*); HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, ECLI:EU:C:2010:182 (*Wall*); HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Betfair*).

⁸ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

⁹ Conclusie 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421 (*Speelautomatenhal Vlaardingen*).

¹⁰ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (*Geobox*); ABRvS 23 juli 2025, ECLI:NL:RVS:2025:3399 (*Peel en Maas*).

¹¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (*Didam I*); HR 15 november 2024, ECLI:NL:HR:2024:1661 (*Didam II*).

wetgeving volledig. De nationale rechters baseren de verplichting uitsluitend op het beginsel van gelijke kansen. Hierdoor introduceert de rechter een competitief schema, ook voor niet overheidsopdrachten zoals subsidies, vergunningen en grondverkopen. De Nederlandse rechters gaan dus nog een stapje verder dan Europa en zetten de Nederlandse wetgever, en ook lokale en regionale wetgevers, zonder duidelijke democratisch-rechtsstatelijke grondslag buiten spel. Met alle gevolgen van dien: vele rechtszaken en grote onzekerheid bij het verdelen van schaarse publieke middelen.

De voorgestelde wijziging van Europese aanbestedingswetgeving kan dit gebrek aan legitimiteit in het nationale verdelingsrecht pijnlijk blootleggen. Want als de nationale mededingingsverplichting is geïnspireerd op Unierecht, maar dat Unierecht verlaat het competitief schema voor lokale en regionale overheden die diensten inkopen voor burgers, waarom zou dat schema dan nog wel gelden bij bijvoorbeeld subsidies aan welzijnsinstellingen? De Nederlandse rechter kan moeilijk volhouden dat in Nederland dan een competitief schema moet gelden in de vorm van een mededingingsverplichting als ook de Uniewetgever met deze lijn zou breken. Dat zou tot incoherenties leiden die rechters juist ogenschijnlijk wilden oplossen met de introductie van die verplichting.

Conclusie

Wij hopen dat de Europese Commissie het amendement goed uitwerkt in de nieuwe Europese aanbestedingsregels en recht doet aan de wens van de 'buitenwereld' om de context bij inkopen mee te laten spelen. Het vervallen van de aanbestedingsplicht voor lokale en regionale opdrachten zonder grensoverschrijdend belang kent veel voordelen. Het maakt het mogelijk om recht te doen aan lokale contexten en manieren van verdelende rechtvaardigheid. Zo kunnen lokale en regionale overheden beter inspelen op de behoeften van hun gemeenschap, zonder gedwongen te zijn een competitief schema te gebruiken dat niet altijd past. Daarnaast corrigeert de wijziging een gebrek aan legitimiteit in zowel het Unierecht als het nationale verdelingsrecht. Het voorkomt dat de Europese rechter via jurisprudentie alsnog een competitief schema oplegt. Kortom: de voorgestelde uitzondering biedt ruimte voor meer lokale en regionale autonomie, rechtvaardigheid en legitimiteit.