

317 De invloed van aanbesteden op de staatssteunrechtelijke beoordeling van overheidsbijdragen ter borging van publieke belangen

DR. MR. N. SAANEN

Kan het gebruik van een aanbestedingsprocedure of een competitieve procedure voorkomen dat staatssteun wordt verleend?

1. Inleiding

De vraag of overheidsbijdragen zijn aanbesteed, is van belang voor de vraag of staatssteun wordt verleend en zo ja, of een dergelijke steunmaatregel met de interne markt verenigbaar is. In dit artikel¹ gaat de auteur in op de invloed die aanbesteden heeft op de staatssteunrechtelijke beoordeling van overheidsbijdragen ten behoeve van publieke belangen. Onder ‘publieke belangen’ versta ik belangen waar de overheden blijkens hun beleid betekenis aan hechten en die ze door middel van overheidsinterventie (in dit geval een overheidsbijdrage) willen beschermen. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de beschikbaarheid, bereikbaarheid en betaalbaarheid van het openbaar vervoer, bescherming van het culturele erfgoed, digitale ontsluiting, milieubescherming en innovatie.² Uit mijn dis-

sertatieonderzoek ‘Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector’ komt naar voren dat aanbesteden een positieve rol speelt bij de staatssteunrechtelijke beoordeling. Indien de overheidsbijdragen worden toegekend na een aanbesteding, zal de verstrekking van de overheidsbijdragen aan een onderneming in de regel de goedkeuring van de Europese Commissie krijgen. Met ‘aangebesteden’ bedoel ik dat de overheid een open (een voor iedere marktdeelnemer openstaande), transparante en non-discriminatoire mededinging organiseert die er uiteindelijk in resulteert dat staatsmiddelen aan een onderneming worden overgedragen om publieke belangen (mede) te borgen.³ ‘Aangebesteden’ duidt in dit artikel dus niet per definitie op een van de door het aanbestedingsrecht (de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012) vormgegeven procedures. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de onderhandse procedure voldoen bijvoorbeeld niet aan de in dit artikel gehanteerde omschrijving van ‘aangebesteden’ omdat in die procedures geen open mededinging wordt georganiseerd. Anderzijds voldoet een aanbesteding die niet de vorm heeft van een van de procedures van het aanbestedingsrecht,

¹ Dit artikel vloeit voort uit een door de Stichting Next Generation Infrastructures gefinancierd onderzoek (N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss.), Gildeprint (2013)).

² Zie verder over publieke belangen onder meer: B. Bozeman, *Public Values and Public Interest*, Washington D.C.: Georgetown University Press 2007; C.N. Teulings, A.L. Bovenberg en H.P. van Dalen, *De calculus van het publieke belang*, Kenniscentrum voor orderingsvraagstukken, juni 2003; *Het borgen van publiek belang*, WRR, Rapport nr. 56, 2000; J. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009; W.W. Veeneman, ‘De waarde van bus en trein: publieke waarden in het openbaar vervoer’, Bijdrage aan het Colloquium Vervoersplanologisch Speurwerk 2005, 24 en 25 november 2004, Antwerpen.

³ ‘Mede’ omdat het voorwerp van aanbesteding vaak niet het publieke belang is, maar een dienst, product, proces of project. Het aanbesteden ziet dan dus primair daarop en het publieke belang wordt daarin, als ‘extra’, meegenomen. Onder ‘borgen van een publiek belang’ versta ik: het zeker stellen dat de behartiging van een publiek belang in orde is en in orde blijft, het veilig stellen van de behartiging van een publiek belang.

maar waarbij wel een open, transparante en non-discriminatoire mededinging is georganiseerd, wel aan de in dit artikel gehanteerde omschrijving. De procedures die door het aanbestedingsrecht zijn vormgegeven, zal ik aanduiden als ‘aanbestedingsprocedures’. Voor andere open, transparante en non-discriminatoire procedures zal ik (maar niet uitsluitend) de term ‘competitieve procedures’ gebruiken.⁴ Verder gaat dit artikel niet primair over opdrachten waarvoor op grond van het aanbestedingsrecht een aanbestedingsplicht geldt. Het gaat vooral over overheidsbijdragen (bijvoorbeeld subsidies) waarbij een overheid ervoor kiest om ze op open, transparante en non-discriminatoire wijze aan te besteden, met andere woorden: een onverplichte aanbesteding.

Met dit artikel wil ik niet alleen laten zien welke rol aanbesteden speelt in de staatssteunrechtelijke beoordeling van overheidsbijdragen ter borging van publieke belangen, maar wil ik ook een eerste aanzet geven voor een discussie. Die discussie betreft de vraag of, gelet op de gevonden uitkomsten van de staatssteunrechtelijke beoordeling en de daarbij behorende risico's en onzekerheden, een open, transparante en non-discriminatoire aanbestedings- of competitieve procedure zou moeten leiden tot een vermoeden van marktconformiteit van de overheidsbijdrage, waardoor er geen sprake is van een steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. Als alternatief voor een vermoeden van marktconformiteit zou kunnen worden gedacht aan een vrijstelling van de notificatieplicht wanneer een open, transparante en non-discriminatoire aanbestedings- of competitieve procedure is gevolgd.

2. Achtergrond

Het terrein waarop een overheid aanbesteding als mechanisme gebruikt om producten, diensten en werken in te kopen, heeft zich in de afgelopen jaren uitgebreid. Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw verplichten Europese richtlijnen tot aanbesteding via vaste voorgeschreven procedures van bepaalde overheidsopdrachten waarvan de waarde een op Europees niveau vastgesteld drempelbedrag te boven gaat. Daarbuiten konden lidstaten, zo was de gedachte destijds, hun eigen nationale beleid bepalen ten aanzien van inkopen. De *Telaustria*-jurisprudentie perkte deze vrijheid in door te bepalen dat aanbestedende diensten ook opdrachten buiten de (volledige) reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen waarin eveneens marktpartijen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, op grond van de fundamentele verdragsregels en de beginselen van non-discriminatie en transparantie via competitieve procedures dienden in te kopen.⁵ In

Nederland hanteert de Aanbestedingswet 2012, die de Europese aanbestedingsrichtlijnen implementeert, een met de Europese richtlijnen vergelijkbaar regime voor bepaalde opdrachten die geheel of gedeeltelijk buiten de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen. Maar ook als er ingevolge het Europese of nationale recht geen plicht tot aanbesteding bestaat, gaan overheden soms over tot aanbesteden via competitieve procedures. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij verlening van zogeheten tendersubsidies, waarbij marktpartijen hun voorstellen kunnen laten concurreren om een subsidie te winnen. Bij subsidies moet al snel worden getoetst aan het staatssteunrecht. Maar ook in geval van dienstenconcessies voor bijvoorbeeld openbaar vervoer, die vaak na een competitieve procedure worden verleend en waarbij tevens een overheidsbijdrage wordt verleend voor de beoogde diensten, moet aan het staatssteunrecht worden getoetst. In al dat soort situaties is het interessant om te kijken welke rol het gebruik van een aanbestedings- of competitieve procedure speelt in de beoordeling of een overheidsbijdrage een steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU is, en zo ja, of de steunmaatregel verenigbaar met de interne markt is, dan wel verenigbaar kan worden verklaard.

In de afgelopen jaren is een ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Gerecht en in de besluiten van de Europese Commissie zichtbaar, waarin aanbesteden een positieve rol speelt in de beoordeling of een maatregel een steunmaatregel is en of een dergelijke steunmaatregel met de interne markt verenigbaar is. Hoewel deze invloed meer en meer zichtbaar is, worden in de doctrine het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht vaak als gescheiden rechtsgebieden behandeld.⁶ Dat is op zich niet vreemd. Het staatssteunrecht staat als zodanig in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), het Europese aanbestedingsrecht is vooral gereguleerd via EU-richtlijnen⁷

1999, p. I-8291; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*), Jur. 2005, p. I-7287; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), Jur. 2005, p. I-8585; HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), Jur. 2007, p. I-9777; HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), Jur. 2008, p. I-619; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*), Jur. 2010, p. I-2815; HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*), p. I-1335.

6 Een uitzondering hierop is bijvoorbeeld Steyger die, in haar preadvies over de Dienstenrichtlijn (SEW 2007, p. 379 t/m 398, i.h.bijz. par. 2.2), onder meer het aanbestedingsrecht gebruikt voor de interpretatie van het begrip ‘dienst van algemeen economisch belang’ in het staatssteunrecht. Zij kijkt daarin naar de invulling die het Hof van Justitie geeft aan ‘behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard’ waarin een publiekrechtelijke instelling moet voorzien. Zie voor een vergelijkbare exercitie E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit* (diss. UvA), Kluwer (2001), p. 101 t/m 104. Ook V. Hatzopoulos laat in zijn artikel ‘Public Procurement and state aid in healthcare systems’ (in: E. Mossialos e.a. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: the role of EU law and policy*, CUP 2010) zien dat er een duidelijke en logische link is tussen de twee rechtsgebieden.

7 De belangrijkste richtlijnen zijn Richtlijn 2004/17/EG houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Pb. 2004, L 134/1) en Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van

4 Vgl. E. Manunza en W.J. Berends, ‘Social Services of General Interest and the Public Procurement Rules’, in U. Neergaard, M. Krajewski, E.M. Szyzczak, J.W. van de Gronden (ed.), *The Role of SSG's in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser Instituut (2012).

5 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, Jur. 2000, p. I-10745. Zie ook HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98 (*Unitron Scandinavia*), Jur.

die moeten worden omgezet in nationaal recht. Het staatssteunrecht heeft een vrije en eerlijke concurrentie op het oog, het aanbestedingsrecht richt zich primair op het vrij verkeer van goederen, diensten en de vrije vestiging.⁸ Het staatssteunrecht ziet de overheid in de rol van investeerder dan wel schuldeiser, het aanbestedingsrecht ziet de overheid in de rol van inkoper.⁹ Het staatssteunrecht heeft zijn plaats vooral op Europees niveau aangezien Nederlands staatssteunrecht niet bestaat,¹⁰ het aanbestedingsrecht heeft zijn plaats vooral op nationaal niveau.¹¹

Niettemin wordt meer en meer duidelijk dat de twee rechtsgebieden interacteren.¹² Zo kan het aanbesteden van een opdracht zorgen voor marktconformiteit van de betaalde prijs, waardoor een dergelijke maatregel niet als steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU kwalificeert.¹³ Ook is, andersom, een invloed van het

staatssteunrecht op het aanbestedingsrecht waarneembaar. Het staatssteunrecht fungeert bij aanbesteden bijvoorbeeld als stok achter de deur om ervoor te zorgen dat er niet te veel (zonder daadwerkelijk af te nemen)¹⁴ of tegen een te hoge prijs wordt ingekocht.¹⁵ Is dat het geval, dan is snel sprake van staatssteun. Verder heeft het Hof van Justitie in het arrest *ARGE* geoordeeld dat ondernemingen die staatssteun ontvangen (en daardoor in staat zijn om lagere prijzen te offeren) niet principieel mogen worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.¹⁶ Wel dient de aanbestedende dienst bij een voorgenomen afwijzing van de inschrijving op grond van een abnormaal lage prijs te onderzoeken of de steun rechtmatig is verleend.¹⁷ Indien dit niet het geval is, kan de inschrijving worden afgewezen.¹⁸ Hieronder schets ik eerst kort het landschap van het staatssteunrecht. Daarna ga ik in op de invloed die aanbesteden heeft op de staatssteunrechtelijke beoordeling van overheidsbijdragen die (mede) beogen publieke belangen te borgen. Daarbij wordt aan de hand van voorbeelden inzichtelijk gemaakt dat deze beoordeling tot een indeling in verschillende staatssteunrechtelijke categorieën leidt. Ten slotte zal ik een begin maken met een verkenning naar argumenten ter ondersteuning van de hypothese dat de notificatieprocedure achterwege kan blijven indien correct is aanbesteed.¹⁹

3. Het staatssteunrecht in een notendop

Het uitgangspunt van het staatssteunrecht is dat steunmaatregelen verboden zijn. Art. 107 lid 1 VWEU luidt als volgt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de Staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen (Pb. 2004, L 134/114). Daarnaast zijn van belang Richtlijn 2009/81/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied (Pb. 2009, L 216/76); en Richtlijn 2007/66/EG met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (Pb. 2007, L 335/31). Voorstellen voor nieuwe richtlijnen zijn thans aanhangig (COM(2011) 895 definitief, betreffende aanbesteden in de sectoren water- en energievoorziening, transport en postdiensten, COM(2011) 896 definitief, betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, en COM(2011) 897 definitief, betreffende de aanbesteding van concessies).

- 8 Dat blijkt uit de rechtsbasis van de aanbestedingsrichtlijnen: (thans) de art. 53, 62 en 114 VWEU. Zie ook C. Bovis, 'The Regulation of Public Procurement as a Key Element of European Economic Law', *ELJ* 1998, p. 220 t/m 242, i.h.bijz. p. 222.
- 9 A. Bartosch, 'The Relationship between Public Procurement and State Aid Surveillance – The toughest standard applies?', *CMLRev.* 2002, p. 551 t/m 576, i.h.bijz. p. 552.
- 10 De Mededingingswet verwijst ten aanzien van de beoordeling van potentiële steunmaatregelen naar de regels van het VWEU. De subsidiëtel van de Algemene wet bestuursrecht gaat over de verstrekking van subsidies in bestuursrechtelijke zin en benadert dit ook vanuit een nationaal bestuursrechtelijk perspectief.
- 11 De richtlijnen dienen immers te worden omgezet in nationale regelgeving.
- 12 Zie onder meer E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit* (diss. UvA), Kluwer (2001), par. 6.1.3; S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 219 t/m 232; C. Bovis, 'Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?', *ELJ* 2005, p. 79 t/m 109, i.h.bijz. p. 79 en 80; V. Hatzopoulos, 'Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems', in: E. Mossialos e.a. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: the role of EU law and policy*, CUP 2010, par. 2.
- 13 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 222; C. Gulmann, 'State aid and compensation for public services', in: C. Baudenbacher et al., *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Brussel: Bruylant 2007, p. 655 t/m 672, i.h.bijz. p. 659; N. Tosic en N. Gaál, 'Public Procurement and State Aid Control – the issue of economic advantage', *Competition Policy Newsletter* 2007, nr. 3, p. 15 t/m 18, i.h.bijz. p. 16. Zie ook de Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (Pb. 2006, C 323/1); beschikking van 12 april 2000 inzake steunmaatregel N 464/99 (Pilot Transferium Sittard), randnr. 34.

- 14 Gerecht 28 januari 1999, zaak T-14/96 (BAI), *Jur.* 1999, p. II-139, waarin de overheid vouchers had gekocht voor overtochten met de veerdienst, maar daar geen gebruik van had gemaakt.
- 15 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 131.
- 16 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-94/99, *Jur.* 2000, p. I-11037, punt 32.
- 17 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-94/99, *Jur.* 2000, p. I-11037, punt 30.
- 18 Zie art. 55 lid 3 van Richtlijn 2004/18/EG: "Wanneer een aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, kan de inschrijving alleen op uitsluitend die grond worden afgewezen wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend. Wanneer de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie een inschrijving afwijst, stelt hij daarvan de Commissie in kennis." Zie ook art. 57 lid 3 van Richtlijn 2004/17/EG.
- 19 Met de term 'correct' bedoel ik dat de procedure die de overheid heeft georganiseerd, op een rechtmatige wijze is verlopen waarbij de beginselen van transparantie en non-discriminatie in acht zijn genomen en waarin meerdere gegadigden hebben meegedongen.

In deze bepaling zijn zes constituerende elementen van een steunmaatregel te onderscheiden,²⁰ te weten:

1. Het moet gaan om een maatregel van de lidstaat of om een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd.
2. Er moet sprake zijn van begunstiging, van een voordeel.
3. De begunstigde dient een onderneming te zijn, of producties dienen te worden begunstigd.
4. Er moet sprake zijn van selectiviteit (slechts bepaalde ondernemingen of producties worden begunstigd).
5. De maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen.
6. De maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig.

Alleen als een maatregel al deze elementen bevat, is hij een steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU. Dergelijke steunmaatregelen zijn, zoals ik hierboven al aangaf, als hoofdregel verboden (onverenigbaar met de interne markt). Art. 108 lid 3 VWEU geeft een uitzondering daarop: indien een lidstaat een steunmaatregel toch wil uitvoeren, dient hij de steunmaatregel eerst bij de Europese Commissie te melden (de notificatieplicht). De Europese Commissie kan deze steunmaatregel na onderzoek met de interne markt verenigbaar verklaren (goedkeuren). Dit is een exclusieve bevoegdheid van de Europese Commissie; geen nationale overheid, geen rechterlijke instantie, geen andere instelling dan de Europese Commissie kan een steunmaatregel met de interne markt verenigbaar verklaren. En alleen wanneer die goedkeuring is verkregen, mag de lidstaat de steunmaatregel ten uitvoer leggen. Verstrekkt een lidstaat steun voordat de Europese Commissie deze heeft goedgekeurd, dan is de steun onrechtmatig, zelfs als de steunmaatregel achteraf alsnog door de Europese Commissie wordt goedgekeurd.²¹

Ook op de notificatieplicht bestaan uitzonderingen. Deze uitzonderingen zijn geregeld in diverse vrijstellingsverordeningen en een vrijstellingsbesluit.²² Alle steunmaatregelen die onder ten minste een van deze vrijstellingen vallen en die voldoen aan de voorwaarden van de desbetreffende vrijstelling, hoeven niet te worden genotificeerd en kunnen direct door de steunverlenende overheid ten uitvoer worden gelegd.²³

20 Het Hof van Justitie, het Gerecht en de Commissie noemen vaak slechts vier elementen. Zij pakken het tweede, derde en vierde element dan samen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark*), Jur. 2003, p. I-7747, punt 75. Diverse auteurs onderscheiden vijf elementen. Ik onderscheid voor het duiden van het begrip 'steunmaatregel' zes aparte constituerende elementen omdat over elk van deze elementen interpreterende jurisprudentie is te vinden.

21 Art. 1 sub f van de Procedureverordening (Verordening 659/1999, Pb. 1999, L 83/1).

22 De Algemene groepsvrijstellingsverordening (Verordening 800/2008, Pb. 2008, L 214/3); de *de minimis* Verordening (Verordening 1998/2006, Pb. 2006, L 379/5); de DAEB de *de minimis* Verordening (Verordening 360/2012, Pb. 2012, L 114/8) en het DAEB-besluit (Besluit 2012/21/EU, Pb. 2012, L 7/13).

23 Wel zijn er kennisgevings- en monitoringsverplichtingen aan verbonden.

Kan geen beroep worden gedaan op een vrijstelling van de notificatieplicht, dan moet de steunmaatregel bij de Europese Commissie worden gemeld en door haar worden goedgekeurd voordat hij ten uitvoer mag worden gelegd. Na aanmelding start de Europese Commissie eerst een voorlopig onderzoek naar de verenigbaarheid van de steunmaatregel. Komt de Europese Commissie op basis van dat onderzoek tot het oordeel dat wellicht sprake is van een steunmaatregel die met de interne markt onverenigbaar is, dan opent zij de formele onderzoeksprocedure.²⁴ Art. 107 lid 2 VWEU geeft drie typen steunmaatregelen die met de interne markt verenigbaar zijn (ook voor deze typen geldt de notificatieplicht onverkort) en art. 107 lid 3 VWEU geeft vijf typen steunmaatregelen die de Europese Commissie met de interne markt verenigbaar kan verklaren.²⁵ Voorbeelden zijn steunmaatregelen van sociale aard aan individuele gebruikers,²⁶ steunmaatregelen die bepaalde vormen van economische bedrijvigheid stimuleren²⁷ en steunmaatregelen ter bevordering van cultuur.²⁸ Ook kan een steunmaatregel op basis van art. 106 lid 2 VWEU (diensten van algemeen economisch belang) worden goedgekeurd.²⁹ Om de toepassing van art. 107 leden 2 en 3 en art. 106 lid 2 VWEU transparanter te maken, heeft de Europese Commissie voor diverse onderwerpen beleidsregels vastgesteld.³⁰ Veel van deze beleidsregels zijn mede gericht op de borging van een publiek belang (milieubescherming, innovatie, digitale ontsluiting, cultuur) door middel van staatssteun. Indien een steunmaatregel voldoet aan de voorwaarden van de op die maatregel toepasselijke beleidsregels, dan zal de Europese Commissie de steunmaatregel met de interne markt verenigbaar verklaren. Zijn er geen beleidsregels van toepassing, dan zal de Europese Commissie rechtstreeks toetsen aan art. 107 leden 2 of 3 of art. 106 VWEU.³¹

Heeft de Europese Commissie besloten de steunmaatregel met de interne markt verenigbaar te verklaren (eventueel onder voorwaarden), dan mag de lidstaat hem ten uitvoer leggen. Is de steunmaatregel echter onverenigbaar verklaard,

24 De regels voor notificatie en voor de start van de onderzoeksprocedure, alsmede het verloop van de procedure en het einde daarvan staan in de Procedureverordening (Verordening 659/1999, Pb. 1999, L 83/1).

25 Het verschil tussen de leden 2 en 3 van art. 107 VWEU zit, behalve in de inhoudelijke typen maatregelen, in de mate van discretionaire bevoegdheid die de Europese Commissie bij haar besluiten kan uitoefenen.

26 Art. 107 lid 2 sub a VWEU.

27 Art. 107 lid 3 sub c VWEU.

28 Art. 107 lid 3 sub d VWEU.

29 Art. 106 lid 2 VWEU luidt, voor zover relevant, als volgt: "De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang [...] vallen onder de regels van de Verdragen [...] voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden gehinderd in een mate die strijdig is met het belang van de Unie."

30 Deze beleidsregels zijn te vinden op de website van DG COMP: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html.

31 Of art. 93 VWEU of daarop gebaseerde regelgeving wanneer het gaat om compensatie van openbare dienstverplichtingen in het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren.

dan mag de steunmaatregel niet ten uitvoer worden gelegd. Tegen de besluiten van de Europese Commissie kan volgens de gebruikelijke regels beroep worden ingesteld bij het Gerecht.³²

Op grond van het voorgaande kan de volgende categorisering worden aangebracht:

1. maatregel, maar geen steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU (omdat een van de constituerende elementen ontbreekt);
2. steunmaatregel die is vrijgesteld van de notificatieplicht;
3. steunmaatregel die met de interne markt verenigbaar is (art. 107 lid 2 en art. 93 VWEU);
4. steunmaatregel die met de interne markt verenigbaar kan zijn (art. 106 en 107 lid 3 VWEU);
5. steunmaatregel die met de interne markt onverenigbaar is.

Hoewel de theoretische scheidslijn tussen de categorieën 1 en 2 ligt (wel of geen steunmaatregel), ligt de voor de praktijk meest belangrijke scheidslijn tussen de categorieën 2 en 3/4: niet notificeren of notificeren, omdat met notificeren tijd, geld, moeite, menskracht en onzekerheid is gemoeid.

4. Staatssteunrechtelijke categorisering van een maatregel indien is aanbesteed

Inleiding

Uit mijn onderzoek naar de staatssteunrechtelijke beoordeling van overheidsbijdragen ten behoeve van publieke belangen, een onderzoek dat primair was gericht op de vervoersector, blijkt dat aanbesteden een positieve rol speelt in die beoordeling.³³ Echter, ook blijkt dat aanbesteden niet steeds tot dezelfde staatssteunrechtelijke categorisering leidt. Soms valt een maatregel in de eerste categorie: geen steunmaatregel. In andere gevallen valt een maatregel in de tweede categorie: steunmaatregel die is vrijgesteld van de notificatieplicht. En in de overige gevallen valt een maatregel in de derde of vierde categorie: steunmaatregel die met de interne markt verenigbaar is of kan worden verklaard.³⁴

Dit illustreer ik aan de hand van enkele voorbeelden.

Geen steunmaatregel

In diverse beleidsregels en besluiten van de Europese

Commissie is te vinden dat wanneer een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding heeft plaatsgevonden,³⁵ de Europese Commissie aanneemt dat er geen sprake is van een steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.³⁶ De gedachte van de Europese Commissie is dat nu er mededinging heeft plaatsgevonden, een marktprijs resulteert. Daarmee ontbreekt een voordeel voor de winnaar van de aanbesteding en wordt niet meer voldaan aan de omschrijving van een steunmaatregel in art. 107 lid 1 VWEU.

Het belangrijkste arrest dat in deze paragraaf thuishoort en waarin het overheidsbijdragen voor de borging van publieke belangen betrof, is het arrest *Altmark*.³⁷ In die zaak ging het om het verlenen van een vergunning voor het verrichten van regionaal openbaar busvervoer. De Duitse regionale autoriteiten hadden aan de onderneming Altmark vergunningen verleend om in de periode 1990-1994, nadien twee keer verlengd tot 1996 en 2002, het busvervoer in de regio te verzorgen. Altmark had van alle kandidaten die zich voor de vergunning hadden gemeld de minste subsidie nodig. De concurrent Nahverkehrsgesellschaft maakte bezwaar tegen de verlengingsbesluiten. Een van de argumenten van Nahverkehrsgesellschaft was dat Altmark geen economisch gezonde onderneming was omdat zij haar diensten slechts kon verrichten met behulp van overheidssubsidies. Deze subsidies vormden volgens Nahverkehrsgesellschaft bovendien verboden staatssteun. Om deze redenen hadden de vergunningen, zo stelde Nahverkehrsgesellschaft, niet aan Altmark mogen worden toegekend. De zaak concentreerde zich vervolgens op de vraag of de subsidies verboden staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU vormden. Het Hof van Justitie overwoog in punt 87 dat:

“wanneer een overheidsmaatregel te beschouwen is als een compensatie die de tegenprestatie vormt voor de prestaties die de begunstigde ondernemingen hebben verricht om openbare dienstverplichtingen uit te voeren, zodat deze ondernemingen in

35 Hoewel de Europese Commissie nog nergens heeft gespecificeerd aan welke voorwaarden een open, transparante en non-discriminatoire aanbestedingsprocedure moet voldoen, kan uit de regelgeving, de besluiten en de beleidsregels worden afgeleid dat de procedure in ieder geval in de eerste fase moet zijn opengesteld voor alle marktdeelnemers. Dat er daarna een selectie kan plaatsvinden (bijvoorbeeld bij de niet-openbare procedure) doet daar niet aan af. De Europese Commissie beperkt zich ook uitdrukkelijk niet tot aanbestedingsprocedures; de aanbesteding kan dus ook geschieden via een competitieve procedure.

36 Zie onder meer Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (Pb. 2006, C 323/1); Communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer (Pb. 1997, C 205/5); Richtsnoeren betreffende de toepassing van de art. 92 en 93 van het EG-Verdrag op steunmaatregelen van de lidstaten in de luchtvaartsector (Pb. 1994, C 350/5). Vergelijk ook de Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (Pb. 1997, C 209/3). Zie voorts Beschikking van 8 februari 2000 inzake steunmaatregel N 617/98 (*Container terminal Utrecht*); Beschikking van 2 oktober 2002 inzake steunmaatregel N 264/2002 (*London Underground Public Private Partnership*), randnr. 79.

37 HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747.

32 Art. 256 lid 1 VWEU.

33 N. Saanen, *Wegen door Brussel. Staatssteun en publieke belangen in de vervoersector* (diss.), Gildeprint (2013), H. 8.

34 Hier zou nog een verdere verfijning in kunnen worden aangebracht al naar gelang de procedure die is gebruikt: een aanbestedingsprocedure of een competitieve procedure. Hoewel het een interessante exercitie zou zijn, viel dit buiten het bestek van mijn dissertatieonderzoek en valt het ook buiten het bestek van dit artikel. Mijn vermoeden is echter dat de Europese Commissie dit verschil niet relevant vindt; het zwaartepunt ligt immers bij de voorwaarden: open, transparant en non-discriminair.

werkelijkheid geen financieel voordeel ontvangen en voormelde maatregel dus niet tot gevolg heeft dat deze ondernemingen vergeleken met ondernemingen die met hen concurreren in een gunstiger mededingingspositie worden geplaatst”

een dergelijke maatregel geen steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU is. Daarvoor moet wel cumulatief voldaan zijn aan vier voorwaarden:³⁸

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met openbaredienstverplichtingen en deze verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn.
2. De parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld.
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten ervan plus een redelijke winst.
4. Een van de twee volgende opties:
 - a. de met de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen te belasten onderneming wordt gekozen door middel van een openbare aanbesteding³⁹ waarbij een kandidaat kan worden geselecteerd die de dienst kan leveren tegen de laagste kosten voor de gemeenschap;
 - b. de compensatie wordt vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig met middelen is uitgerust dat zij aan de vereiste van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst.

Mits aan de overige, hiervoor vermelde voorwaarden wordt voldaan, zorgt een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding (met als alternatief een taxatie of benchmark) er dus voor dat een dergelijke compensatie geen steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU oplevert.

Geen notificatieplicht

Een goed voorbeeld van deze categorie is te vinden in Verordening 1370/2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg.⁴⁰

Openbaar vervoer over land valt onder Richtlijn 2004/17/EG (de Richtlijn speciale sectoren).⁴¹ Openbaredienstcontracten voor het personenvervoer per spoor en over de weg vallen echter ook onder de regels van Verordening 1370/2007. Art. 5 lid 1 van de laatstgenoemde verordening bepaalt, kort gezegd, dat opdrachten inzake openbaar personenvervoer per bus of tram overeenkomstig de aan-

bestedingsrichtlijnen moeten worden gegund.⁴² Voor de overige opdrachten betreffende openbaar personenvervoer per spoor of over de weg is Verordening 1370/2007 van toepassing. Art. 5 lid 3 van deze verordening luidt:

“Een bevoegde instantie die een beroep doet op een andere derde partij dan een interne exploitant, gunt openbaredienstcontracten via een openbare aanbestedingsprocedure [...]. De openbare aanbestedingsprocedure staat open voor alle exploitanten en verloopt open en eerlijk, met inachtneming van de beginselen van transparantie en niet-discriminatie.”

De hoofdregel is derhalve dat een openbaredienstcontract via een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding wordt gegund. In een openbaredienstcontract moet worden opgenomen hoe een eventuele compensatie van de (netto)kosten wordt berekend, waarbij overcompensatie moet worden voorkomen (art. 4 lid 1 sub b van Verordening 1370/2007). Art. 9 lid 1 van Verordening 1370/2007 bepaalt vervolgens dat compensaties die worden verleend overeenkomstig de verordening, verenigbaar zijn met het Verdrag en vrijgesteld zijn van de meldingsplicht van art. 108 lid 3 VWEU. Met andere woorden: in de systematiek van Verordening 1370/2007 zorgt een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding ervoor dat een compensatie van de (netto)kosten weliswaar als steunmaatregel wordt gezien, maar dat zij niet hoeft te worden genotificeerd.

Verenigbaar

Het besluit inzake het Britse Actieprogramma Afvalverwerking is een mooi voorbeeld van een maatregel die als een met de interne markt verenigbare steunmaatregel wordt beschouwd terwijl een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding heeft plaatsgevonden.⁴³ WRAP is door de regering van het Verenigd Koninkrijk, tezamen met andere partijen, opgericht om duurzaam afvalbeheer te stimuleren.⁴⁴ In het kader van het Britse Actieprogramma Afvalverwerking zou WRAP subsidies verlenen aan papierproducenten voor het uitbreiden van hun recyclingcapaciteit van printer- en schrijfpapier waarbij vooral oud papier van bedrijven en kantoren als grondstof werd gebruikt. Deze subsidies, waarvoor een maximumbedrag beschikbaar was, werden verleend na een competitieve procedure die was gemodelleerd naar een van de procedures uit de aanbestedingsrichtlijnen. In de voorwaarden was onder meer

38 HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00, Jur. 2003, p. I-7747, punten 88 t/m 93.

39 De woorden ‘openbare aanbesteding’ lees ik niet als equivalent van ‘openbare procedure’ in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, maar als aanbesteding die algemeen bekend is gemaakt en die (initieel) openstaat voor elke marktdeelnemer, en die voldoet aan de beginselen van transparantie en non-discriminatie.

40 Pb. 2007, L 315/1.

41 Pb. 2004, L 134/1.

42 Veel opdrachten inzake openbaar vervoer geschieden bij wege van concessie. Concessies vallen echter buiten de reikwijdte van de huidige aanbestedingsrichtlijnen. Wel is er een voorstel voor een richtlijn betreffende de aanbesteding van concessies (COM(2011) 897 definitief).

43 Beschikking 2008/440/EG, Pb. 2008, L 155/20. Zie voor andere voorbeelden het besluit van de Europese Commissie inzake breedband in Cornwall en de Scilly-eilanden, beschikking van 12 mei 2010 inzake steunmaatregel N 461/2009; het besluit inzake Frans zeevervoer over korte afstand, Pb. 2002, L 196/31; het besluit inzake openbaar vervoer in Wittenberg I, beschikking van 16 mei 2006 inzake steunmaatregel N 604/2005; het besluit inzake het PPS-project luchthaven Antwerpen, beschikking van 20 april 2005 inzake steunmaatregel N 355/2004.

44 <http://www.wrap.org.uk>. ‘WRAP’ staat voor Waste & Resources Action Programme.

opgenomen dat hoe meer oud papier afkomstig was van bedrijven en kantoren en hoe meer nieuwe inzamelstromen werden aangeboord, hoe hoger de kans op gunning was. In randnummer 30 van de beschikking stelde de Europese Commissie het volgende:

“In dit geval wordt de maatregel gefinancierd uit middelen die de Staat in het kader van het WRAP-programma toekent. De steun wordt aan individuele begunstigen verleend. Dankzij de keuze voor tenderprocedures kan ervoor worden gezorgd dat de hoogte van de subsidie tot het noodzakelijke minimum beperkt blijft, maar dit doet nog niets af aan de vaststelling dat de maatregel steun vormt.”

De Europese Commissie verklaarde de steunmaatregel na toetsing aan art. 107 lid 3 sub c VWEU met de interne markt verenigbaar.

Tussenconclusie

Als de begunstigde van een overheidsbijdrage die mede beoogt publieke belangen te borgen, is uitgekozen na een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding, kan de onderliggende maatregel, staatssteunrechtelijk beschouwd, in een van de volgende categorieën worden ingedeeld:

- a. geen steunmaatregel in de zin van art. 107 lid 1 VWEU;
- b. een steunmaatregel die is vrijgesteld van de notificatieplicht van art. 108 lid 3 VWEU;
- c. een steunmaatregel die verenigbaar is of wordt verklaard door de Europese Commissie.

De vaststelling tot welke categorie een maatregel behoort – een vaststelling die door de steunverlenende overheid moet gebeuren – is lang niet altijd makkelijk.

In alle gevallen mag de overheidsbijdrage worden verstrekt, zij het in het laatste geval pas na goedkeuring van de Europese Commissie. Ondanks dat positieve eindresultaat zijn er twee niet te verwaarlozen minpunten te noemen.

1. Verkeert de steunverlenende overheid in de veronderstelling dat de overheidsbijdrage geen (meldingsplichtige) steunmaatregel betreft, maar vindt de Europese Commissie achteraf dat het wel een meldingsplichtige steunmaatregel is, dan is reeds verstrekte steun per definitie onrechtmatig, met het risico op schadeclaims van benadeelde concurrenten, zelfs als de steunmaatregel alsnog met de interne markt verenigbaar wordt verklaard.
2. De notificatie en het onderzoek door de Europese Commissie vergen tijd, geld, menskracht en moeite aan beide kanten, terwijl de procedure, zo laten de besluiten en de beleidsregels van de Europese Commissie zien, in de regel resulteert in een verenigbaarverklaring.

Dit roept de vraag op of hierin nog een efficiëncyslag zou kunnen worden gemaakt. In de volgende paragraaf voer ik argumenten aan die de stelling ondersteunen dat een

open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding in beginsel zou moeten leiden tot een aanname van marktconformiteit. Deze argumenten zijn slechts een eerste aanzet tot een verkenning naar een voldoende basis om tot een dergelijke aanname te komen.

5. Een aanname van marktconformiteit na aanbesteding

Gulmann heeft in zijn bijdrage aan het liber amicorum voor Bo Vesterdorf een interessante visie gegeven op de relatie tussen het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht.⁴⁵ Hij stelt – kort gezegd – dat het opmerkelijk is dat wordt geaccepteerd dat een prijs die wordt betaald voor een ‘normale’ dienst die na een open, transparante en non-discriminatoire aanbestedingsprocedure is gegund, een marktprijs is en geen staatssteun oplevert, terwijl een prijs die wordt betaald voor een dienst van algemeen economisch belang⁴⁶ die na een open, transparante en non-discriminatoire competitieve procedure wordt gegund, in beginsel wél staatssteun oplevert (tenzij aan de Altmark-criteria wordt voldaan). Voor dat verschil, zo stelt Gulmann, is geen rechtvaardiging te vinden in het Verdrag. Met deze visie ga ik een stapje verder.

Ten behoeve van een eerste gedachtevorming kies ik voor de volgende hypothese:⁴⁷ overheidsbijdragen die (mede) bedoeld zijn om publieke belangen te borgen en die na een – verplichte dan wel onverplichte – open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding ten goede komen aan een onderneming voor een dienst, product, proces of project dragen het vermoeden van marktconformiteit in

45 C. Gulmann, ‘State aid and compensation for public services’, in: C. Baudenbacher et al., *Liber amicorum en l’honneur de Bo Vesterdorf*, Brussel: Bruylant 2007, p. 655 t/m 672, i.h.bijz. p. 659.

46 Een dergelijke dienst komt in de regel niet de overheid ten goede maar derden. Voorbeelden van diensten van algemeen economisch belang zijn openbaar vervoer, publieke omroep, postbezorging en sociale woningbouw.

47 V. Hatzopoulos stelt het in ‘Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems’ (in: E. Mossialos e.a. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: the role of EU law and policy*, CUP 2010, par. 1) aldus: “Hence, public funds have either to be given out following a competitive tender based on objective and transparent criteria, or to be individually evaluated under the Treaty rules on state aids.” Een enigszins vergelijkbare hypothese heeft Hatzopoulos geponereerd voor het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht. Hij is van mening dat de toepassing van én het mededingingsrecht én het aanbestedingsrecht op ondernemingen die tevens aanbestedende diensten zijn, dubbelop is en vindt dat dergelijke ondernemingen van het aanbestedingsrecht moeten worden uitgezonderd. Zijn gedachte is kennelijk dat het mededingingsrecht ook de beginselen van transparantie en non-discriminatie kent en dat het toezicht op de naleving van deze beginselen dan ook via de band van het mededingingsrecht kan plaatsvinden. Zie verder: V. Hatzopoulos ‘Health law and policy, the impact of the EU’ (in G. De Burca (ed.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford University Press 2005). Het Hof van Justitie deelt deze laatste visie echter niet. In het arrest *Fernwärme Wien* oordeelde het Hof namelijk dat een aanbestedende dienst ook voor wat betreft zijn economische activiteiten (waardoor zij ook als onderneming kwalificeert) onder de aanbestedingsregels valt (HvJ EG 10 april 2008, zaak C-393/06, Jur. 2008, p. I-2339, punten 50 t/m 54).

zich en hoeven niet separaat aan de Europese Commissie ter goedkeuring te worden voorgelegd.⁴⁸

Het begrip ‘marktconformiteit’ is in het staatssteunrecht verbonden met het element ‘voordeel’.⁴⁹ De vaste formule in de jurisprudentie is dat van een voordeel sprake is indien lasten worden verlicht die normaliter op de begroting van een onderneming drukken of indien de begunstigde dit voordeel onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen.⁵⁰ Indien de overheid een in de markt gelijkwaardige tegenprestatie ontvangt, dan wordt dit in beginsel gezien als een transactie die onder normale marktvoorwaarden heeft plaatsgevonden. Betoogd kan worden 1) dat de borging van een publiek belang kan worden gezien als tegenprestatie, 2) dat de kosten van het borgen van een publiek belang geen kosten zijn die normaliter op de begroting van een onderneming drukken, en 3) dat juist door aan te besteden voorwaarden tot stand kunnen worden gebracht, die met marktvoorwaarden vergelijkbaar zijn. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stel: de gemeente Den Haag stelt een subsidie ter beschikking voor projecten die de verkeersveiligheid in de binnenstad verhogen. Dat kan uiteenlopen van een particuliere klaar-overdienst of een toegangssysteem voor gemotoriseerd verkeer tot een private park-and-ridefaciliteit. Aanvragers moeten de details van hun project uiteenzetten en daarnaast inzichtelijk maken wat de kosten en de opbrengsten zijn, wat het bedrag aan benodigde subsidie zal zijn en wat de verwachte veiligheidseffecten op korte en lange termijn zijn. De subsidie zal worden verstrekt na een competitieve procedure. De gemeente maakt objectieve selectie- en gunningscriteria vooraf op passende wijze bekend. Moet het voornemen om een dergelijke subsidie ter beschikking te stellen als steunmaatregel worden genotificeerd? Gelet op de besluitenpraktijk van de Europese Commissie ten aanzien van subsidies⁵¹ zal zij deze vraag vermoedelijk bevestigend beantwoorden en zal zij de maatregel vervolgens met de interne markt verenigbaar verklaren. Maar kan hier ook

anders tegenaan worden gekeken?

Allereerst het punt van de tegenprestatie. De subsidie levert zonder twijfel een tegenprestatie van de subsidieontvanger op: bijvoorbeeld een klaar-overdienst, een toegangssysteem of een park-and-ridefaciliteit. Deze tegenprestatie is echter vooral gericht op de Haagse bewoners en bezoekers (die wellicht ook een tarief voor de diensten moeten betalen) en niet op de betalende gemeente. Maar ook de gemeente krijgt voor de subsidie een ‘eigen’ tegenprestatie, zij het van andere – dieper liggende – aard, namelijk een veiliger binnenstad. In die zin kan de door de gemeente gewenste borging van dit publieke belang worden gezien als tegenprestatie.

Ten tweede: het verlichten van lasten die normaliter op de begroting van een onderneming drukken. Zou het gaan om het voldoen aan geldende veiligheidseisen, dan zou een subsidie inderdaad de lasten verlichten die *normaliter* op de begroting van een onderneming drukken. In het geval van de gemeente Den Haag worden echter geen lasten verlicht die normaliter op de begroting van een onderneming drukken. De lasten (kosten) worden juist gemaakt om een door de gemeente gewenst project uit te voeren. In dat opzicht is het arrangement vergelijkbaar met een opdracht die binnen de reikwijdte van het aanbestedingsrecht valt. Andere ondernemingen hebben deze kosten niet, dus ook in vergelijking met andere ondernemingen geniet de subsidieontvanger geen voordeel. En: indien een andere onderneming hetzelfde project had willen en mogen uitvoeren, had zij deze kosten ook niet hoeven te maken omdat ook zij dan de subsidie had gekregen.

Ten slotte het punt van het economische voordeel dat een onderneming niet onder normale marktvoorwaarden zou hebben verkregen. Een onderneming is ‘uit zichzelf’ of louter op basis van bestaande marktvoorwaarden kennelijk niet genegen om de verkeersveiligheid in de binnenstad van Den Haag te vergroten. Het exploiteren van een openbare parkeerplaats aan de rand van de stad met taxivervoer naar de binnenstad kan, zonder overheidsbijdragen, niet rendabel worden gemaakt en komt er dus ook niet. Nu zou, heel simpel, gesteld kunnen worden dat de kostprijs van een dergelijke dienst X is. De burger is slechts bereid om (gemiddeld) X minus Y te betalen. Dan kan Y worden beschouwd als de waarde van het verhogen van de verkeersveiligheid. En omdat vooraf mededinging heeft plaatsgevonden rondom het verkrijgen van de subsidie, kan worden gezegd dat deze waarde onder marktvoorwaarden tot stand is gekomen.

In het laatst genoemde voorbeeld is het verhogen van de verkeersveiligheid een doelstelling van de gemeente Den Haag. Nu is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat art. 107 lid 1 VWEU geen onderscheid maakt naar de oorzaken of de doelstellingen van de steunmaatregel, maar

48 Een medestander voor dit standpunt, althans voor wat betreft concessies, 2B-diensten en contracten beneden de drempelwaarde, vind ik in Arrowsmith; zie S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 225 en 226.

49 In de context van privatisering is de marktprijs, blijkens vaste jurisprudentie, in beginsel de hoogste prijs die een particuliere investeerder die onder normale mededingingsvoorwaarden handelt, bereid is voor de vennootschap te betalen in de toestand waarin zij zich bevindt. Een openbare aanbesteding (veiling) wordt geacht een verkoop onder marktvoorwaarden te waarborgen, alsmede taxatierapporten. Zie HvJ EU 24 oktober 2013, gev. zaken C-214, 215 en 223/12 P (*Land Burgenland*), n.n.g., punten 92 en 93 en de daar genoemde jurisprudentie.

50 HvJ EG 20 november 2003, zaak C-126/01 (*GEMO*), Jur. 2003, p. I-13769, punt 28; HvJ EG 24 juli 2003, zaak C-280/00 (*Altmark*), Jur. 2003, p. I-7747, punt 84, Gerecht 16 maart 2004, zaak T-157/01 (*Combus*), Jur. 2004, p. II-917, punt 57.

51 Zie bijvoorbeeld de beschikking van 4 april 2007 inzake steunmaatregel N 588/2006 (*Subsidierегeling vitaal Gelderland*); beschikking van 26 november 2008 inzake steunmaatregel NN 47/2004 (*Subsidierегeling natuurbeheer*).

ziet op de effecten ervan ('doel/effect'-jurisprudentie).⁵² Doelstellingen van algemeen belang volstaan niet om een steunmaatregel aan de werking van de artikelen 107 en 108 VWEU te onttrekken. Anderzijds betekent het feit dat een doelstelling van algemeen belang wordt gediend, niet dat de maatregel zonder meer een steunmaatregel is. Wordt gekeken naar de effecten van een dergelijke maatregel, dan kan worden geconstateerd dat juist door aan te besteden, de concurrentie wordt gestimuleerd, waarbij bovendien andere marktpartijen een gelijke kans op de subsidie hebben. Het effect van het aanbesteden van die overheidsbijdragen is dus niet dat de mededinging wordt verstoord, laat staan dat het interstatelijk handelsverkeer negatief wordt beïnvloed, maar juist dat de mededinging wordt gestimuleerd. Wordt deze gedachte nog iets verder doorgetrokken, dan is het juist wenselijk dat wordt aanbesteed omdat daarmee mededinging plaatsvindt die anders niet had plaatsgevonden omdat (in het genoemde voorbeeld) een plicht tot aanbesteden ontbreekt. Vanuit die gedachte zou een verplichte staatssteunbeoordeling na een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding zelfs contraproductief kunnen werken als het effect daarvan is dat 'dan maar' niet wordt aanbesteed (waardoor er dus ook geen mededinging vooraf plaatsvindt). Met andere woorden: juist door aan te besteden, is er geen strijd met de 'doel/effect'-jurisprudentie. Zou overigens moeten worden geconcludeerd dat de subsidie uit de bovengenoemde casus niettemin de mededinging verstoort omdat slechts één of enkele ondernemingen de subsidie krijgen, dan zou ditzelfde moeten gelden voor de onderneming die een aanbesteding van bijvoorbeeld schoonmaakdiensten in overheidsgebouwen wint.

Er zijn nog meer argumenten te geven vóór een aanname van marktconformiteit na toepassing van een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding wanneer het gaat om overheidsbijdragen die (mede) beogen publieke belangen te borgen, ook in gevallen waarin geen aanbestedingsplicht geldt. Ik noem er enkele, zonder uitputtend te willen of kunnen zijn.

Een dergelijke aanname borduurt voort op een al jaren geleden ingezette lijn ten aanzien van opdrachten waarvoor op grond van het aanbestedingsrecht wel een plicht tot aanbesteden geldt. Voor dergelijke opdrachten, bijvoorbeeld de inkoop van ICT-diensten, is in beginsel geaccepteerd dat een prijs marktconform is indien deze prijs het resultaat is van een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding conform het aanbestedingsrecht.⁵³

52 Zie onder meer HvJ EG 24 februari 1987, zaak 310/85 (*Deuffl*), Jur. 1987, p. 901, punt 8; HvJ EG 29 februari 1996, zaak C-56/93 (*Gasunie*), Jur. 1996, p. I-723, punt 79; HvJ EG 26 september 1996, zaak C-241/94 (*Kimberley Clark*), Jur. 1996, p. I-4551, punt 20; HvJ EG 22 december 2008, zaak C-487/06 P (*BAA*), Jur. 2008, p. I-10515, punt 85.

53 Zie de noten 12 en 36.

De aanname van marktconformiteit na een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding past in het liberaliseringsdenken. Met de liberaliseringstrend is de stap gezet om taken en werkzaamheden die voorheen door (of namens) de overheid werden verricht, door de markt te laten verrichten. Populair gezegd: bepaalde overheidstaken en -werkzaamheden werden 'vermarkt'. Waarom zou niet hetzelfde kunnen met de borging van publieke belangen? Hoewel de publieke belangen zelf wellicht moeilijk op geld waardeerbaar zijn, is de borging van publieke belangen dat waarschijnlijk wel. Immers, aan het omschakelen naar een milieuvriendelijker productieproces, het verhogen van het aantal treinen, de lagere vervoertarieven voor gepensioneerden of het vaker laten rijden van de bus kan een prijskaartje worden gehangen.

De aanbestedingsrichtlijnen kennen reeds de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om rekening te houden met milieudoelstellingen (en sociale doelstellingen).⁵⁴ In de technische specificaties kan bijvoorbeeld expliciet worden opgenomen dat het geoffreerde vanuit het oogpunt van milieubescherming aan bepaalde prestatie-eisen of functionele eisen moet voldoen.⁵⁵ Ook kunnen aanbestedende diensten bijzondere voorwaarden stellen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd. Deze voorwaarden kunnen verband houden met milieuoverwegingen.⁵⁶ Milieuprestaties kunnen ook onderdeel zijn van de gunningscriteria.⁵⁷ Arrowsmith is van mening dat het deel van de prijs dat ziet op het bereiken van de beoogde doelstelling, niet mag worden gezien als staatssteun.⁵⁸ De Europese wetgever maakt het immers mogelijk om milieubescherming als factor op te nemen in de aanbestedingsprocedure.⁵⁹ Daarmee wordt recht gedaan aan een publiek belang dat de overheid kan en wil borgen

54 Zie hierover ook HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10 (*Max Havelaar*), n.n.g., A.C.M. Fischer, 'De koffie is klaar!', NtEr 2013, p. 69 t/m 76. In het Groenboek 'Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt' (COM(2011) 15 definitief) wordt in par. 4 expliciet aangegeven dat de aanbestedingsregels kunnen worden gebruikt om goederen en diensten te kunnen aanschaffen met een hogere maatschappelijke waarde, in die zin dat ze innovatie bevorderen, milieuvriendelijk zijn, klimaatvriendelijk zijn, het energieverbruik verminderen, werkgelegenheid, volksgezondheid en sociale omstandigheden verbeteren, gelijkheid bevorderen en sociale insluiting van achtergestelde groepen verbeteren. De publieke belangen zijn in deze visie verknoot met de aan te kopen producten of diensten en zijn daarvan een neveneffect. Het Groenboek gaat niet in op de tegenhanger/het spiegelbeeld hiervan: het publieke belang staat voorop en de aan te kopen producten of diensten zijn slechts het vehikel daarvoor.

55 Art. 23 lid 3 sub b Richtlijn 2004/18/EG.

56 Art. 26 Richtlijn 2004/18/EG.

57 Art. 53 lid 1 sub a Richtlijn 2004/18/EG. Zie hierover ook HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Finse bussen*), Jur. 2003, p. I-7213; HvJ EG 4 december 2003, zaak C-448/01 (*Wienstrom*), Jur. 2003, p. I-14527.

58 S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London: Sweet&Maxwell 2005, p. 1268.

59 Er zou zelfs kunnen worden gesproken van een bijzondere opdracht van de Europese wetgever; zie art. 3 lid 3 VEU en met name art. 11 VWEU: "De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie, in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling."

en dat deel kan uitmaken van het legitieme overheidsbeleid. Dat betekent echter ook dat een deuk is geslagen in het in het aanbestedingsrecht geldende uitgangspunt van de overheid die bij overheidsaankopen dient op te treden als een commerciële inkoper op de markt.⁶⁰ Een commerciële inkoper zal zich normaliter niet laten leiden door milieuoverwegingen (hoewel hier een verandering aan het plaatsvinden is, getuige de interesse van ondernemingen voor maatschappelijk verantwoord ondernemen), maar louter door economische overwegingen. Doordat de communautaire wetgever deze mogelijkheid expliciet heeft opgenomen, moet ook worden geaccepteerd dat het extra deel van de prijs dat ziet op het borgen van zo'n doelstelling eveneens meelift op de aanname dat na een aanbestedingsprocedure conform het aanbestedingsrecht een marktprijs resulteert. Daarmee wordt dus geaccepteerd dat het stukje overheidsbeleid dat door middel van de opdracht wordt geoperationaliseerd een marktwaarde heeft, zo begrijp ik Arrowsmith. Een niet onlogische vervolgstap is om dit te abstraheren van de opdracht en in bredere zin, ook voor niet-aanbestedingsplichtige opdrachten, te accepteren dat het borgen van publieke belangen een marktwaarde heeft, welke marktwaarde inzichtelijk kan worden gemaakt door het organiseren van mededinging daaromtrent via een competitieve procedure, waarin de marktwerking volledig tot haar recht kan komen.

Ook zou een economisch argument kunnen worden gebruikt. Overheidsbijdragen die (mede) publieke belangen beogen te borgen en die ten goede komen aan een onderneming, moeten (zoals hierboven is aangegeven) in bepaalde gevallen worden genotificeerd, zelfs als de begunstigde is uitgekozen na een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding. Dat betekent twee procedures met alle bijbehorende nadelen, zoals de tijd die een procedure inneemt, geld, moeite, menskracht en onzekerheid. De staatssteunbeoordeling leidt in de regel tot een verenigbaarverklaring. Weegt het volgen van twee procedures met dit eindresultaat dan nog wel op tegen deze nadelen? Vanuit dat perspectief zou het kunnen lonen om een vermoeden van marktconformiteit te accepteren indien een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding heeft plaatsgevonden, zodat geen staatssteunbeoordeling hoeft te volgen. Hierdoor wordt in ieder geval de efficiëntie verhoogd en worden de lasten voor overheid en bedrijfsleven verlicht.

Dit zijn een paar argumenten vóór de opvatting dat een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding zou moeten leiden tot de aanname dat van staatssteun geen sprake is. Ik ben mij ervan bewust dat, mocht een dergelijke aanbesteding van overheidsbijdragen voor de

borging van publieke belangen gebruikelijk worden, aan de concrete vormgeving nog veel haken en ogen zitten. Hoe gedetailleerd moet bijvoorbeeld de omschrijving van de tegenprestatie van de opdrachtnemer zijn? Juist met het oog op brede, creatieve en/of innovatieve projecten is het goed om de omschrijving van de tegenprestatie redelijk vaag en open te houden.⁶¹ En hoe maak je een goede vergelijking van bijvoorbeeld de milieuprestaties of de verhoging van de veiligheid tussen verschillende projecten?⁶² In ieder geval is duidelijk dat aan een paar randvoorwaarden moet zijn voldaan. Zo moet de vorm van de overheidsbijdrage zich lenen voor een aanbesteding. Een vrijstelling van een belastingmaatregel leent zich niet voor aanbesteding, een subsidie soms wel. In de voorwaarden waaronder de overheidsbijdrage wordt verstrekt, moet een mechanisme zijn opgenomen om overcompensatie te voorkomen. Deze extra zekerheid is sterk aan te bevelen omdat op voorhand minder duidelijk is wat de concrete kosten uiteindelijk zijn en of de prijs dus achteraf niet te hoog is geweest. Voorts geldt dat indien er wél een oproep tot mededinging heeft plaatsgevonden maar er is slechts één inschrijver, de maatregel toch zal moeten worden genotificeerd. Er heeft dan immers geen daadwerkelijke mededinging plaatsgevonden.

Aangezien dit artikel vooral dient om een aanzet te geven tot het denken over verdere rechtszekerheid en transparantie van de staatssteunbeoordeling, waarbij aanbesteding een duidelijk aangrijpingspunt is, valt de concrete vormgeving van een dergelijke procedure echter buiten het bestek van dit artikel.

6. Slotwoord

Met dit artikel propageer ik niet dat alle overheidsbijdragen, ook los van een aanbestedingsplicht, aanbesteed moeten worden. Wel ben ik van mening dat de rechtszekerheid en de transparantie er, vanuit een staatssteunrechtelijke invalshoek, bij zouden zijn gebaat indien als uitgangspunt zou worden geaccepteerd dat er geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU als een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding van de overheidsbijdrage heeft plaatsgevonden, ongeacht of die aanbesteding verplicht was op grond van het aanbestedingsrecht of niet. Dit uitgangspunt zou ook moeten gelden indien de overheidsbijdrage aan een onderneming wordt verstrekt om (mede) publieke belangen te borgen.

Dat is een hele stap omdat het de aard van de maatregel

60 Dat de overheid niet sec kan worden gelijkgesteld met een private marktinvesteerder omdat de overheid ook niet-economische beweegredenen laat meespelen bij een investeringsbeslissing, heeft het Hof van Justitie aanvaard in het arrest *Alfa Romeo* (HvJ EG 21 maart 1991, zaak C-305/89, Jur. 1991, p. I-1603, punt 20).

61 De figuur van innovatiepartnerschap in de voorstellen voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen poogt deze aspecten te reguleren. Zie COM(2011) 895 definitief, art. 43; COM(2011) 896 definitief, art. 29.

62 Daarmee bedoel ik dat het niet eenvoudig is om te beoordelen welk project tot de beste resultaten voor het milieu leidt, zeker als projecten verschillende typen milieuvuiling bestrijden. En wat is voor de veiligheid beter: klaar-overs, gescheiden fietspaden of verlichting in minder bewoonde delen van de stad?

betreft. Tot op heden wordt een aantal maatregelen waarbij staatsmiddelen aan een onderneming worden overgedragen om publieke belangen te borgen, immers aangemerkt als steunmaatregelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU, ook al heeft een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding plaatsgevonden. Indien het bovengenoemde uitgangspunt zou worden geaccepteerd, zouden deze maatregelen niet meer als steunmaatregelen in de zin van art. 107 lid 1 VWEU kwalificeren. Een minder grote stap zou kunnen zijn dat een vrijstelling van de notificatieplicht wordt geconcipieerd voor steunmaatregelen waarbij de begunstigde is uitgekozen na een open, transparante en non-discriminatoire aanbesteding waarin meerdere gegadigden hebben meegedongen. Aangezien de besluitenpraktijk van de Europese Commissie laat zien dat steunmaatregelen in de regel met de interne markt verenigbaar

worden verklaard, vergt deze verandering een minder grote omschakeling in het denken en is die misschien ook politiek beter haalbaar. Hoewel voor deze maatregelen dan nog steeds een aantal verplichtingen gelden, zoals kennisgevings- en monitoringsverplichtingen, wordt wel aan tijd, geld, moeite, menskracht, maar vooral rechtszekerheid gewonnen.

Over de auteur

Nienke Saanen is als universitair docent verbonden aan de TU Delft, faculteit TBM, sectie Policy, Organisation, Law and Gaming (POLG).