



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie

Driessen, E.M.M.A.

Citation

Driessen, E. M. M. A. (2024, June 18). *Stimulering en facilitering van burgerinitiatieven door de overheid: over de invulling van de 'dienende overheid' bij derde generatie burgerparticipatie*. Boom, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3731030>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HET SPANNINGSVELD TUSSEN BURGERINITIATIEVEN EN HET AANBESTEDINGSRECHT: RUIMTE VOOR STIMULERING?

“Mijn doel is om gezien te worden als partner en niet als een project. Ik hoef geen subsidies te ontvangen; ik wil dat gemeenten bij me inkopen.”⁴⁸⁷

5.1

INLEIDING⁴⁸⁸

Steeds vaker willen burgers medeverantwoordelijkheid dragen voor publieke taken en de openbare ruimte. Zij willen bijvoorbeeld het met sluiting bedreigde lokale zwembad of buurthuis openhouden en vragen de gemeente om het beheer en de exploitatie ervan ter hand te mogen nemen.⁴⁸⁹ Ook komt het steeds vaker voor dat buurtbewoners een zorgcoöperatie oprichten en initiatieven ontplooiën op het gebied van zorg en welzijn omdat zij ontevreden zijn over (de kwaliteit van) het zorgaanbod.⁴⁹⁰ Bij het realiseren van deze plannen hebben deze actieve burgers vaak de hulp en medewerking van de (lokale) overheid nodig. Niet alleen om te kunnen beschikken over de benodigde vergunningen, maar ook voor het verkrijgen van broodnodige (publieke) financiering. Dat neemt niet weg dat ook lokale politici en ambtsdragers veelal gecharmeerd zijn van dit soort burgerinitiatieven en op lokaal niveau de wens wordt uitgesproken om hen te stimuleren, faciliteren en de ruimte te geven.⁴⁹¹ Termen als ‘responsief’ en ‘gelijkwaardig partnerschap’ zijn hierbij dé woorden om de nieuwe relatie tussen burger en overheid te schetsen.

Desondanks blijkt het in de praktijk verre van eenvoudig om een initiatief tot bloei te laten komen. Uit diverse onderzoeken blijkt dat initiatieven en overheden tegen een muur van (juridische) knelpunten aanlopen wanneer zij een burgerinitiatief willen opstarten of faciliteren.⁴⁹² Een van de grootste knelpunten is volgens initia-

487. Deelnemer aan onderzoek PwC 2018, p. 17.

488. Dit hoofdstuk is eerder verschenen als: W.A. Janssen en E.M.M.A. Driessen, Het spanningsveld tussen burgerinitiatieven en het aanbestedingsrecht: ruimte voor stimulering?, TA 2020/85.

489. Bijvoorbeeld Zwembad De Zien in Uitgeest: <https://www.zwembad-dezien.nl/>.

490. Austerlitz en Hoogeloon zijn hiervan misschien wel de bekendste voorbeelden: <https://www.austerlitzzorgt.nl/> en <https://zorgcooperatie.nl/>.

491. Nationale Ombudsman 2018 BZK 2013c. Y. de Koster, Coalitieakkoorden (4): Burgerparticipatie is hot, *Binnenlands Bestuur*, augustus 2018.

492. Nationale Ombudsman 2018, Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Movisie en Vilans 2016. Platform 31 2016.

tiefnemers gelegen in het aanbestedingsrecht. Initiatiefnemers karakteriseren het aanbestedingsrecht namelijk als technisch lastig, oneerlijk en niet passend bij hun specifieke behoeften en kwaliteiten.⁴⁹³

In dit artikel trachten we dit spanningsveld tussen burgerinitiatieven en het aanbestedingsrecht bloot te leggen, en bediscussiëren we de (on)mogelijkheden binnen de Aanbestedingswet 2012 (Awet 2012) om dergelijke initiatieven te stimuleren. Hiertoe wordt in de volgende paragraaf omschreven wat wij onder burgerinitiatieven verstaan, waarna in paragraaf 5.3 de juridische knelpunten waarmee initiatiefnemers te maken krijgen aan bod komen in brede zin. Hoe het spanningsveld gestalte krijgt in het aanbestedingsrecht wordt bediscussieerd in paragraaf 5.3.1. Volgens politici en sommige initiatiefnemers zou wetgeving noodzakelijk zijn om burgerinitiatieven verder te faciliteren. Waarom wetgeving geen reële oplossing is, behandelen wij in paragraaf 5.4. In paragraaf 5.5 staan wij stil bij de (on)mogelijkheden om burgerinitiatieven binnen het bestaande aanbestedingsrechtelijke kader te faciliteren. Geëindigd zal worden met enkele concluderende gedachten voor de toekomst.

5.2 BURGERINITIATIEVEN: DE OMSCHRIJVING VAN EEN 'NIEUWE' ACTOR

Voor de juridische discussie is de eerste vraag hoe burgerinitiatieven als nieuwe actor gedefinieerd kunnen worden.⁴⁹⁴ Dit is geen gemakkelijke opgave. Dergelijke initiatieven verschillen onderling sterk qua (juridische) vorm, omvang en soort activiteiten. Er zijn door het hele land veel (kleinschalige) projecten te vinden waarin (groepen van) burgers lokaal of regionaal actief zijn. Zij nemen bijvoorbeeld het groenonderhoud in de buurt in eigen hand,⁴⁹⁵ exploiteren het dorps-huis,⁴⁹⁶ of het plaatselijke zwembad.⁴⁹⁷ Soms gaat het ook om grotere projecten, waarbij (substantiële) financiële belangen een rol spelen. Plaatselijke verenigingen exploiteren bijvoorbeeld een windmolen en steken de opbrengsten daarvan in

493. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, paragraaf 4.1.2 en 4.2.2.

494. Hoewel dergelijke initiatieven de laatste jaren weer volop in de belangstelling staan, gaat het hierbij niet om een volledig nieuw fenomeen. Zie hierover ook: De Moor 2013.

495. Veel gemeenten bieden de mogelijkheid om groen te adopteren en geven hierover informatie op hun website. Zie bijv. de gemeenten Zwolle <https://www.zwolle.nl/natuur-en-milieu/zelf-doen-in-het-groen>, Zoetermeer https://www.zoetermeer.nl/inwoners/producten-a-z_45918/product/adoptiegroen_559.html en Waalwijk https://www.waalwijk.nl/inwoners/bewonersinitiatieven_3710/item/adoptiegroen_3418.html.

496. Zie voor diverse voorbeelden o.a. A. Huygen, *Buurthuizen in zelfbeheer. Benodigde kwaliteiten voor succesvol zelfinitiatief*, Verwey Jonker Instituut: 2014.

497. Zwembad 'De Zien' is nog steeds open dankzij een burgerinitiatief; <https://www.zwembad-dezien.nl/stichting-zwembad-de-zien/bewonersinitiatief>.

lokale projecten die steun verdienen,⁴⁹⁸ het wijkbedrijf helpt buurtbewoners met een afstand tot de arbeidsmarkt aan een baan, het opzetten van een eigen onderneming of het verkrijgen van werk⁴⁹⁹ en de zorgcoöperatie van de buurt levert zorg op maat.⁵⁰⁰ Naast veelal kleinschalige(re) en lokale initiatieven hebben een aantal van hen door hun pioniersfunctie of omvang al nationale aandacht gekregen en zich ontwikkeld tot 'ondernemingen' van formaat.⁵⁰¹

Wanneer burgers zich op deze manier inzetten voor de (lokale) samenleving worden hier verschillende benamingen aan gegeven. Naast de term burgerinitiatief wordt bijvoorbeeld ook gesproken over maatschappelijk initiatief,⁵⁰² Bewonersbod,⁵⁰³ Right to Challenge of uitdaagrecht.⁵⁰⁴ Van één algemeen geaccepteerde term met bijbehorende (onderscheidende) definitie is dus geen sprake. Duidelijk is dat het geven van een juridische definitie die in de wet opgenomen zou kunnen worden in ieder geval lastig is. Wij kiezen ervoor om in het vervolg van dit artikel te spreken van een burgerinitiatief. Hiermee doelen wij op burgers die zich samen inzetten voor een taak of belang waaraan een maatschappelijke waarde wordt toegekend.⁵⁰⁵

5.3 JURIDISCHE OBSTAKELS VOOR BURGERINITIATIEVEN

Ondanks het enthousiasme van initiatiefnemers en de politieke wens om hen te stimuleren en te faciliteren, blijkt het toch nog lastig om initiatieven in praktijk te brengen. Initiatiefnemers lopen tegen de nodige (juridische) obstakels aan wan-

498. Dit gebeurt onder andere in de gemeenten Waadhoeke <http://www.tsjom.nl/verenigingen/mast/welkom-mast.htm>, Hitzum <https://www.hitzum.com/verenigingen/ut-de-lijte/> en Reduzum <http://www.dorpsmolen-reduzum.nl/>.

499. Wijkcoöperatie watTwest zorgt door en voor bewoners voor een betere leefbaarheid in de eigen buurt, waarbij de speerpunten leren, werken en de wijk zijn; <https://www.wattwest.nl/Wijk-cooep/>.

500. De al genoemde zorgcoöperaties Hoogeloon en Austerlitz zijn op dit gebied echte pioniers: <https://www.austerlitzzorgt.nl/> en <https://zorgcooperatie.nl/>.

501. Naast de al genoemde zorgcoöperaties geldt dit ook voor het Spoorpark in Tilburg <https://spoorparktilburg.nl/burgerinitiatief-spoorpark-verbint-tilburg/> en het Leidse Singelpark <https://stads-lableiden.nl/project/singelpark/>.

502. Rfv 2014.

503. <https://www.utrecht.nl/bestuur-en-organisatie/initiatief-en-invloed/uw-initiatief/bewonersbod/>.

504. Met het Right to Challenge – of in het Nederlands 'uitdaagrecht' – wordt bedoeld op burgers die een plan hebben waarmee ze een overheidstaak beter en/of goedkoper kunnen uitvoeren dan de overheid. Zij dagen de overheid uit om de betreffende taak met het bijbehorende budget over te nemen en voortaan zelf uit te voeren. In *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300 VII, nr. 6 (Brief van de Minister van BZK over de wettelijke verankering van het Right to Challenge d.d. 17 oktober 2019) wordt van 'uitdaagrecht' gesproken.

505. In navolging van Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. De hoofdstukken uit deel II van dit proefschrift zijn eerder verschenen als zelfstandig leesbare artikelen. Zoals gebruikelijk is in artikelen is hierin wel gekozen voor een werkdefinitie. Daarbij gaat het ook om een ruime omschrijving, zie ook paragraaf 1.4.3.

neer zij hun initiatief in praktijk willen brengen, zo blijkt uit diverse onderzoeken.⁵⁰⁶ Volgens een onderzoek van de Nationale Ombudsman zijn 'lastige regels' zelfs het grootste struikelblok voor initiatiefnemers.⁵⁰⁷ Wat dit precies inhoudt verschilt van initiatief tot initiatief. Zo hebben initiatiefnemers die een zwembad beheren te maken met de Zwemwaterrichtlijn, terwijl initiatiefnemers die als onderdeel van hun energiecoöperatie een windmolen willen plaatsen te maken met het ruimtelijke ordeningsrecht.⁵⁰⁸ Dat burgerinitiatieven in de eerste plaats 'last' hebben van deze casus-specifieke regelgeving wil niet zeggen dat er geen algemene (juridische) knelpunten zijn die vrijwel alle soorten burgerinitiatieven als problematisch ervaren. Het gaat dan om toegang tot het bestuur, de democratische legitimatie van initiatieven, het rechtspersonenrecht, aansprakelijkheidsrecht en het aanbestedings- en subsidierecht als onderdelen van het economisch verdeelrecht.⁵⁰⁹ In de kern komt de klacht van initiatieven erop neer dat zij de ratio achter de regelgeving meestal wel begrijpen en onderschrijven, maar dat zij problemen hebben met de toepassing(swijze) van deze regels op hen. Zij vinden dat er onvoldoende rekening wordt gehouden met hun speciale karakter als een sociale actor die weet wat er speelt in de wijk, maar geen overheid of reguliere onderneming is.

5.3.1 *Het spanningsveld: aanbestedingsrecht vs. burgerinitiatieven*

Wanneer burgerinitiatieven publieke gelden ontvangen kan dit juridisch gezien alleen door middel van een opdracht of subsidie. Hoewel veel burgerinitiatieven subsidie ontvangen past dit instrument volgens henzelf gevoelsmatig maar slecht. Niet alleen hangt aan de term subsidie een negatieve bijklank, het drukt bovendien afhankelijkheid uit.⁵¹⁰ Daarnaast moeten vaak meerdere subsidies worden aangevraagd om over voldoende financiële middelen te beschikken. Omdat elke subsidie met haar eigen criteria en verantwoordingseisen komt, zijn initiatiefnemers veel tijd kwijt aan het aanvragen en verantwoorden ervan.⁵¹¹ In de praktijk wordt dit opgelost door gebruik te maken van de incidentele subsidie. Dit is een uitzondering op de regel dat subsidies op een wettelijke grondslag moeten berusten, waardoor subsidieontvangers één op één kunnen worden gesubsidieerd (art. 4:23 Awb). Deze praktische oplossing komt echter steeds meer onder druk te staan. Onder invloed van jurisprudentie van de bestuursrechter is het beginsel van trans-

506. Nationale Ombudsman 2018, Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019. Movisie en Vilans 2016. Platform 31 2016.

507. Nationale Ombudsman 2018.

508. Richtlijn 2006/7/EC opgenomen in de Wet hygiëne en veiligheid badinrichtingen en zwemgelegenheden.

509. Zie voor een knelpuntenlijst Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019, paragraaf 4.3.

510. Van den Brink en Den Ouden 2016.

511. Den Ouden 2018.

parantie en gelijke kansen steeds belangrijker aan het worden zodra het gaat om het verdelen van schaarse rechten, waaronder ook schaarse subsidies vallen.⁵¹²

Met dit in het achterhoofd klinkt een opdracht initiatiefnemers vaak beter in de oren. Het stimuleren van burgerinitiatieven kan resulteren in een spanningsveld met het aanbestedingsrecht als (1) de betrokken overheid aanbestedingsplichtig is, en (2) het juridische instrument dat is gekozen om een partij te stimuleren een ‘overheidsopdracht’ betreft.⁵¹³ De betrokken overheid bij een burgerinitiatief zijn bijna uitsluitend gemeenten, die in artikel 1.1 Awet 2012 expliciet als aanbestedende dienst worden bestempeld.

Interessanter is dus de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht. Artikel 1.1 Awet 2012 definieert de overheidsopdracht als *‘een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst.’* Deze drie soorten opdrachten worden in hetzelfde artikel nader gedefinieerd. Een overheidsopdracht voor diensten is: *‘een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken.’* Op basis van deze definities en de jurisprudentie van het HvJ EU kunnen een aantal juridische criteria worden onderscheiden. Er moet sprake zijn van (1) een schriftelijke bilaterale overeenkomst, (2) wilsovereenstemming⁵¹⁴, (3) selectiviteit⁵¹⁵, (4) een uitvoeringsverplichting en een overeenkomst die in rechte kan worden afgedwongen⁵¹⁶, en (5) een bezwarende titel.⁵¹⁷

Wanneer blijkt dat de opdracht of subsidie bestempeld kan worden als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht kan dit als een onaangename verrassing komen. Als gezegd vinden initiatiefnemers het aanbestedingsrecht technisch en ingewikkeld, waardoor zij lastig tot een goede inschrijving kunnen komen. Daarnaast wordt volgens hen bij het inrichten van de procedure onvoldoende rekening gehouden met de sterke kanten van burgerinitiatieven, waardoor zij niet snel als winnaar uit de bus komen. Ten slotte vinden initiatiefnemers het soms maar lastig te begrijpen dat zij in competitie moeten strijden om hun idee te kunnen

512. ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/ 406 m.nt J.E. van den Brink en A. Drahmman (Geobox). Zie hierover ook Wolswinkel 2013. Drahmman 2015. ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, AB 2016/426 m.nt. C.J. Wolswinkel.

513. Wij laten de vraag of de burgerinitiatieven als ‘inschrijvers’ of ‘gegedigden’ kunnen worden bestempeld achterwege nu dit duidelijk is aangetoond in Manunza en Meershoek 2020. Daarnaast bespreken wij ook de optie van een concessieovereenkomst in deze bijdrage niet.

514. HvJ EU, 18 november 2007, *Tragsa*, r.o. 54; HvJ EU, 18 november 1999, *Teckal*, r.o. 50.

515. HvJ EU, 2 juni 2016, *Dr. Falk*, r.o. 38; HvJ EU, 1 maart 2018, *Tirkonnen*.

516. HvJ EU, 25 maart 2010, *Helmut Müller*, r.o. 59-63.

517. HvJ EU, 25 maart 2010, *Helmut Müller*, r.o. 49-53; HvJ EU, 18 januari 2007, *Aroux*, r.o. 45; HvJ EU, 12 juli 2001, *Scala*, r.o. 80-85.

verwezenlijken.⁵¹⁸ Belangrijk is derhalve het onduidelijke onderscheid tussen een overheidsopdracht en een subsidie. Vooral subsidies met uitgebreide uitvoerings-overeenkomsten lijken toch een bezwarende titel te bevatten, en zullen daarom ook onder de verplichtingen van de Awet 2012 vallen. In paragraaf 5.5 gaan wij in op de (on)mogelijkheden die dit rechtsgebied biedt om ruimte te maken voor burgerinitiatieven. Voordat wij hieraan toekomen, gaan wij eerst in op de politieke wens om de juridische knelpunten waar initiatiefnemers mee te maken krijgen weg te nemen in wetgeving.

5.4 ALGEMENE REGELGEVING ALS OPLOSSING VOOR DE KNELPUNTEN VAN BURGERINITIATIEVEN

In het huidige regeerakkoord geeft ook de regering aan dat zij graag ruimte wil maken voor burgerinitiatieven, maar dat dit niet vanzelf gaat. Volgens de regering zou daarom onderzocht moeten worden of een zogenaamde *Right to Challenge-regeling* een oplossing zou kunnen bieden.⁵¹⁹ Uit onderzoek blijkt dit geen reële oplossing. Zoals al in paragraaf 5.3 werd aangestipt zijn de juridische knelpunten te omvangrijk en uiteenlopend om in één regeling weg te nemen. Daarnaast zijn de in de ogen van burgerinitiatieven knellende regels afkomstig van verschillende wetgevers; één algemene nationale regeling kan daardoor geen heil bieden in juridische zin. Bovendien blijken veel van de problemen te liggen in kennis van het recht. Afwezigheid daarvan zorgt voor frustratie bij initiatieven, maar oplossingen daarvoor moeten niet in het recht worden gezocht.⁵²⁰

Dit neemt niet weg dat in de Tweede Kamer de wens blijft bestaan om met wetgeving te komen. Naar aanleiding van discussies in de Tweede Kamer heeft de minister van BZK aangekondigd dat art. 150 Gemeentewet (Gemw) zal worden aangepast. Aan dit artikel, dat tot dusver elke gemeente verplichtte om een inspraakverordening op te stellen, wordt het nodige gesleuteld. Ten eerste maakt de verplichte inspraakverordening plaats voor een – eveneens verplichte – participatieverordening. Daarnaast wordt er een derde lid aan het artikel toegevoegd waarin wordt opgenomen dat de gemeenteraad regels *kan* stellen over het Right to Challenge.⁵²¹ Deze aanpassing van art. 150 Gemw is in consultatie geweest en ligt inmiddels voor advisering bij de Raad van State. De vrijblijvendheid van deze bepaling heeft onder burgerinitiatieven tot de nodige kritiek geleid. Het is op dit moment nog gissen hoe gemeenten om zullen gaan met de aanpassing van art. 150

518. Zie over de knelpunten van zowel overheden als initiatiefnemers bij het financieren van burgerinitiatieven uitgebreider Driessen en Den Ouden 2020.

519. Regeerakkoord Rutte III, *Vertrouwen in de toekomst*, Den Haag: 2017, p. 7.

520. Den Ouden, Boogaard en Driessen 2019.

521. *Kamerstukken II* 2019/20, 35 300 VII, nr. 6 (Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 oktober 2019 over de wettelijke verankering van het Right to Challenge).

Gemw en wat zij in een eventuele gemeentelijke regeling over burgerinitiatieven c.q. Right to Challenge op zullen nemen.⁵²²

Voor het aanbestedingsrecht geldt specifiek dat een regeling niet strijdig kan zijn met de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Een regeling die de knelpunten van initiatiefnemers wegneemt zal ook inherent grote gevolgen hebben voor de (concurrentie)positie van derden in de aanbestedingscontext. Het gelijkheidsbeginsel staat immers in de weg aan het één op één gunnen van een overheidsopdracht of het verstrekken van een schaarse subsidie. Het wegnemen van de knelpunten zoals besproken in paragraaf 5.3.1 zou grotendeels betekenen dat er voor burgerinitiatieven een uitzonderingspositie gecreëerd zou worden in bijvoorbeeld het aanbestedingsrecht, terwijl dit grote gevolgen zou hebben voor de positie van andere concurrenten wiens belangen ook bescherming verdienen.⁵²³ Bij de vraag of een uitzonderingspositie voor burgerinitiatieven een begaanbare weg is, spelen natuurlijk een aantal praktische en principiële vragen. Zoals de vraag of de term burgerinitiatief voldoende onderscheidend en uitgekristalliseerd is om als uitzondering gedefinieerd te kunnen worden. Zoals al naar voren kwam in paragraaf 5.2, is dat wat ons betreft momenteel niet het geval. Daarnaast zijn een deel van de knelpunten die initiatiefnemers ondervinden vergelijkbaar met die van het MKB. Is een uitzondering voor alleen burgerinitiatieven in dat opzicht dan wel te rechtvaardigen? Bovendien is het de vraag of de sociale waarde die burgerinitiatieven claimen te leveren, niet ook door andere ondernemingen kan worden geleverd. Tot slot is het de vraag of de door burgerinitiatieven ervaren obstakels daadwerkelijk in het aanbestedingsrecht zelf zitten of dat aanbestedende diensten meer gebruik zouden moeten maken van de discretionaire ruimte die dit rechtsgebied momenteel al biedt. Hoewel de wortels van het aanbestedingsrecht zijn gelegen in economisch motieven, bieden de richtlijnen namelijk wel al diverse mogelijkheden om sociale en duurzame motieven te verwerken en betrekken in aanbestedingsprocedures.⁵²⁴ Op deze mogelijkheden en de vraag in hoeverre zij behulpzaam zijn voor burgerinitiatieven gaan wij hieronder in.

522. Dat neemt niet weg dat er al gemeenten te vinden zijn die Right to Challenge al een plekje hebben gegeven binnen hun beleid of lokale wetgeving. Zie hierover Driessen, Boogaard en Den Ouden 2019.

523. Ook buiten de context van het aanbestedingsrecht zijn overheden al vaker op de vingers getikt omdat zij onvoldoende rekening hielden met de gerechtvaardigde belangen van derden: Rb. Den Haag, 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812 (De Stolp), Rb. Amsterdam 11 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6780, (MusiQ) en het vervolg daarop Rb. Amsterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2388.

524. Janssen en Bouwman 2020. Gerbrandy, Janssen en Thomsin 2019.

5.5 JURIDISCHE MOGELIJKHEDEN OM BURGERINITIATIEVEN TE STIMULEREN BINNEN DE REIKWIJDTE VAN HET AANBESTEDINGSRECHT

In de komende paragrafen worden een aantal juridische mogelijkheden voor aanbestedende diensten besproken om binnen de reikwijdte van de Awet 2012 burgerinitiatieven te kunnen stimuleren. Het beeld dat ontstaat is – ondanks het feit dat directe gunning niet mogelijk is – dat er wel degelijk ruimte is om actief beleid te voeren ten aanzien van deze partijen, maar dat deze mogelijkheden wel verschillen qua geschiktheid. Achtereenvolgens komen de uitzondering voor het institutioneel samenwerken (paragraaf 5.5.1), de voorbehouden aanbestedingen (paragraaf 5.5.2) en de meerdere mogelijkheden ter stimulering van burgerinitiatieven binnen een aanbesteding (paragraaf 5.5.3) aan de orde.

5.5.1 *Geïstitutionaliseerde samenwerking tussen overheid en burgerinitiatief*

De eerste juridische mogelijkheid betreft de geïstitutionaliseerde uitzondering. Dit wordt ook wel quasi-inbesteden of de *Teckal*-uitzondering genoemd.⁵²⁵ Op basis van art. 2.24a en 2.24b Awet 2012 kan een overheidsopdracht worden uitgezonderd van de aanbestedingsplicht als er sprake is van een ‘gezagsverhouding’ tussen de gunnende aanbestedende dienst en een aparte rechtspersoon.⁵²⁶ Het is niet relevant of de aparte rechtspersoon op basis van het publiekrecht, zoals een gemeenschappelijke regeling o.b.v. de Wet gemeenschappelijke regelingen, of het privaatrecht, zoals een nv of bv op basis van art. 2:3 BW, wordt opgericht.⁵²⁷ Als een burgerinitiatief op deze wijze is vormgegeven dan kan deze uitzondering dus uitkomst bieden.

De geïstitutionaliseerde uitzondering, een implementatie van art. 12 Richtlijn 2014/24/EU, kent drie cumulatieve criteria, namelijk (1) de aanbestedende dienst moet toezicht houden op de aparte rechtspersoon zoals op de eigen diensten (toezicht-criterium, lid 1a), (2) de gecontroleerde rechtspersoon moet 80% van zijn werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (activiteiten-criterium, lid 1b), en (3) er is geen sprake van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (privaat kapitaal-criterium, lid 1c).

Hoewel het een mogelijkheid is, lijkt de toepassing van deze uitzondering op burgerinitiatieven niet altijd wenselijk vanuit zowel het perspectief van de overheid als het burgerinitiatief. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft

525. Wauters 2015. Janssen en Van Onna 2015.

526. Manunza 2001, p. 55.

527. MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 38.

namelijk bepaald dat toezicht effectief, structureel en functioneel moet zijn.⁵²⁸ Er is pas sprake van toezicht als er een beslissende invloed is op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon.⁵²⁹ Toezicht kan bijvoorbeeld tot stand worden gebracht door de aanbestedende dienst een recht om bestuurders te benoemen of vetorechten bij belangrijke beslissingen te geven.⁵³⁰

Bovenstaande invulling van het toezicht-criterium lijkt haaks te staan op de aard van burgerinitiatieven. Dergelijke initiatieven zijn veelal *bottom-up* zonder overheidsinvloed ontstaan en wensen ook zo te blijven functioneren. Hetzelfde kan gelden voor de betrokken overheid, die in de praktijk wel of niet de voorkeur kan hebben om intensief betrokken te zijn bij de uitvoering van het initiatief. Het activiteiten-criterium lijkt daarentegen minder problematisch, omdat burgerinitiatieven overwegend één soort taak uitvoeren zonder daarbij actief te worden voor andere partijen dan de aanbestedende dienst die toezicht op hen houdt. Relevant is in ieder geval dat het niet uitmaakt of de aanbestedende dienst(en) zelf of de derden-gebruiker(s) van de activiteiten van de activiteiten van een burgerinitiatief profiteert.⁵³¹ Het maximum van 20% marktactiviteiten wordt wel relevant als een burgerinitiatief ook op de commerciële markt zijn taak gaat uitvoeren. Dit is met name relevant wanneer burgerinitiatieven zich bewegen in de richting van sociale ondernemingen met bijvoorbeeld een winstoogmerk. Tot slot mag het aandelenkapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon niet in handen zijn van private partijen.⁵³² Dit betekent dat werknemerseigenaarschap of andere vormen van burgerinitiatieven waarin de burgerinitiatieven zelf de regie in handen hebben via aandelenparticipatie niet aansluiten bij deze uitzondering. Toepassing van deze uitzondering vraagt een actievare rol van de overheid in de samenwerking met een burgerinitiatief. De vraag is of de betrokken partijen dit wenselijk vinden.

5.5.2 *Deelname van een burgerinitiatief aan een voorbehouden aanbesteding*

Binnen de reikwijdte van de Awet 2012 kunnen de twee zogeheten ‘voorbehouden’ uit artt. 2.82 en 2.82a mogelijk uitkomst voor het stimuleren van burgerinitiatieven door overheden. Beide opties worden hieronder kort besproken.⁵³³ Uitgangspunt

528. Zie bijvoorbeeld: HvJ EU 29 november 2012, *Econord*, ECLI:EU:C:2012:758.

529. Art. 2.24b lid 1(b) Awet 2012.

530. Voor een uitgebreide bespreking van deze uitzondering Janssen 2018, p. 137 e.v.

531. MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 39.

532. Privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is wel toegestaan ingeval dat is vereist krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dergelijke participatie mag echter niet resulteren in controlerende of blokkerende macht en een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon. In Nederland is dit momenteel *niet* mogelijk wegens de afwezigheid van dergelijke nationale wetgeving die een dergelijke participatie verplicht stelt. Janssen 2018, p. 174.

533. Zie ook Baciú 2018.

van deze voorbehouden is dat er nog steeds een aanbesteding plaatsvindt, maar dat de deelname aan deze aanbesteding beperkt is tot een bepaald soort inschrijver. Als een burgerinitiatief deel wil nemen aan een dergelijke voorbehouden aanbesteding dan stellen de relevante bepalingen eisen aan de organisatie van het initiatief.

Participatiemaatschappij

Art. 2.82 Awet 2012 biedt ruimte voor een voorbehouden aanbesteding voor 'sociale werkplaatsen', en betreft een optionele implementatie van art. 20 richtlijn 2014/24/EU. Het voorbehoud is op Europees niveau geïntroduceerd, omdat *'sociale werkvoorzieningen er onder normale mededingingsvoorwaarden vaak niet in slagen voldoende opdrachten gegund te krijgen, vanwege de extra kosten die zij maken'*.⁵³⁴ In 2014 is met de wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen daar aan toegevoegd dat ook *'ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid'*, deel kunnen nemen.⁵³⁵ Naast de extra toevoeging van 'kansarmen' is ook de voorwaarde dat ten minste 50% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapt of kansarm zijn, verlaagd naar 30%. Het toepassingsbereik van dit voorbehoud werd destijds dus uitgebreid. Het gunnen van overheidsopdrachten aan de aanvullende categorie geadresseerden paste destijds goed binnen de ontwikkeling dat de sociale werkvoorzieningen in Nederland kleiner werden, en dat het Rijk daarnaast steeds minder bijdroeg aan hun financiering. Zo verwijst de Memorie van Toelichting (MvT) bij deze bepaling naar het wegvallen van deze rol en financiering met *'[d]eze taken en activiteiten worden deels opgepakt door ondernemingen die de integratie van mensen met een arbeidsbeperking als doel hebben'*.⁵³⁶

Voor het percentage van 30% is het van belang dat het gaat om gehandicapte of kansarme werknemers, waarvoor in Nederland vaak de term *'personen met een afstand tot de arbeidsmarkt'* wordt gebruikt. In de MvT wordt een niet-limitatieve opsomming gegeven, waaronder mensen, die vallen onder de Participatiewet en geen wettelijk minimumloon kunnen verdienen, mensen met een indicatie in het kader van de Wet sociale werkvoorziening, Wajongers met arbeidsvermogen, en mensen met een baan in het kader van de Wet inschakeling werkzoekenden of met een in- en doorstroombaan. Naar aanleiding van Kamervragen is in 2018 aanvullend verduidelijkt dat een *'gedetacheerde werknemer te kwalificeren [is] als een werknemer in de zin van art. 2.82 Aw, als sprake is van een duurzame arbeidsrelatie'*.⁵³⁷

534. Kamerstukken II, 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 10.

535. Idem, p. 64.

536. Idem, p. 11.

537. Staatssecretaris Keijzer, Beantwoording vragen over artikel 2.82 van de Aanbestedingswet, 26 september 2018.

Tot slot wordt er momenteel gewerkt aan de vindbaarheid van dit voorbehoud op TenderNED.⁵³⁸ Deze vragen werden gesteld, omdat geïnteresseerde partijen blijkbaar moeite hadden met het vinden van deze aanbestedingen. Duidelijk is dat alleen een beperkt aantal burgerinitiatieven die voldoen aan bovenstaande eisen deel kunnen nemen aan deze voorbehouden aanbestedingen.

Sociale ondernemingen

Het tweede voorbehoud ligt vastgelegd in art. 2.82a Awet 2012, en betreft een optionele implementatie van art. 77 richtlijn 2014/24/EU. Potentiële gegadigden voor dit voorbehoud zijn volgens de Nederlandse wetgever *‘initiatieven als (online) buurtplatforms, samenwerkingen van mantelzorgers of zorgcoöperaties.’*⁵³⁹ Het voorbehoud bevat een aantal cumulatieve vereisten: de deelnemende organisaties aan een aanbesteding moeten het vervullen van een taak van algemeen belang als doel hebben, hun winsten moeten zij opnieuw investeren in de organisatie en ze moeten beschikken over beheers- of eigendomsstructuren die zijn gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie. Nadere uitleg aangaande de interpretatie van deze criteria ontbreekt, maar uit de MvT blijkt wel dat de doelstelling en de beheers- of eigendomsstructuren kunnen blijken uit documenten als statuten, reglementen of samenwerkingsovereenkomsten. Ook moet de uitkering of verdeling van winst gebaseerd moet zijn op daadwerkelijke participatie in de organisatie en niet op bijvoorbeeld de waarde van aandelen.⁵⁴⁰ Voor burgerinitiatieven zou dit voorbehoud een mogelijkheid bieden om deel te nemen aan een voorbehouden aanbesteding, zolang ze aan deze eisen voldoen.

Uit de praktijk blijkt dat dit voorbehoud tot op heden niet is toegepast door Nederlandse aanbestedende diensten, ondanks de hoopvolle houding van de Nederlandse wetgever die verwachtte dat *‘Uit de gestelde voorwaarden duidelijk [blijkt] dat de toepassing van dit artikel is beperkt tot maatschappelijke initiatieven en sociale ondernemingen waarin werknemers, burgers of andere belanghebbenden actief participeren om een gemeenschappelijk, aan de diensten in kwestie gerelateerd, doel te realiseren.’* Dit lijkt niet te komen door de beperking van het soort diensten waarover het voorbehoud mag gaan,⁵⁴¹ maar door de specifieke bovenstaande organisatorische eisen die gesteld worden aan de organisatie van een burgerinitiatief. Er is in de literatuur zelfs geopperd dat deze eisen in het Europese wetgevingsproces toegeschreven lijken te zijn aan Britse sociale initiatieven waardoor toepassing op de Nederlandse

538. Kamerstukken II 2019/20, Aanhangsel, Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden, 1766, p. 1-3.

539. Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 65.

540. Idem, p. 66.

541. Het eerste lid beperkt de toepassing van het artikel tot bepaalde gezondheids-, sociale en aanverwante diensten, bepaalde onderwijs- en opleidingsdiensten, bibliotheek- archief-, museum- en andere culturele diensten, sportdiensten en diensten voor particuliere huishoudens.

situatie lastig lijkt te zijn.⁵⁴² Een laatste beperking wordt opgeworpen door het feit dat er geen soortgelijk gegunde opdracht mag zijn in de afgelopen drie jaar, waarbij gekeken moet worden naar de periode van het tijdstip van gunning van de eerdere opdracht tot het tijdstip van gunning van de actuele opdracht. Een burgerinitiatief kan derhalve niet oneindig achtereenvolgens deelnemen aan een dergelijke voorbehouden aanbesteding.

5.5.3 *Stimulering van een burgerinitiatief binnen een aanbestedingsprocedure*

Als een aanbestedende dienst besluit om een overheidsopdracht via een aanbestedingsprocedure op de markt te plaatsen, dan kan een burgerinitiatief zich net als andere ondernemingen inschrijven op deze aanbesteding. Het is dan aan een aanbestedende dienst om ervoor te zorgen dat de aanbesteding ruimte biedt voor innovatieve oplossingen, waaronder die van een burgerinitiatief. De juridische mogelijkheden om dit te bewerkstellingen komen overeen met de mogelijkheden voor overheden om de toegang tot aanbestedingen voor het klein- en middenbedrijf te verbeteren. Dit streven is expliciet opgenomen als uitgangspunt van de Awet 2012, waardoor het niet verrassend is dat er veel opties zijn om een toegankelijke aanbesteding vorm te geven zonder daarbij in strijd te komen met de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. De Europese Commissie lijkt ook dit standpunt te onderschrijven, zoals blijkt uit de recentelijk gepubliceerde 71 *best practices* dat een aanvulling is op de gids *Buying Social* uit 2011.⁵⁴³ Deze gedachten sluiten tot slot aan bij het door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties uitgebrachte *Juridisch Leaflet Maatschappelijk Aanbesteden* in 2015, waarin een verscheidenheid aan mogelijkheden staan opgenomen om maatschappelijke aanbestedingen vorm te geven.⁵⁴⁴ Zonder uitputtend te willen zijn worden hieronder een aantal mogelijkheden benoemd.

Interessant is in ieder geval om een marktconsultatie op basis van art. 2.25 Awet 2012 te gebruiken om te bezien hoe het speelveld op de markt in elkaar steekt, en mogelijk zelfs om burgerinitiatieven en hun werkzaamheden te ontdekken voor zover dit nodig is. Nuttig is ook de zogeheten ‘percelenregeling’ uit artt. 2.18 en 2.19 Awet 2012. Deze regeling kan gebruikt worden om een burgerinitiatief een gedeelte van een overheidsopdracht direct te gunnen. Ten aanzien van een overheidsopdracht voor diensten bepaalt art. 2.18 lid 2 dat, als een overheidsopdracht als geheel boven de aanbestedingsdrempel uitkomt en opgedeeld wordt in percelen, dat een of meerdere percelen uit de waarde raming gehaald mogen

542. Argyrou 2017.

543. EU Commissie, *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*, mei 2020; EU Commissie, *Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*, 2011.

544. Ministerie BZK 2015b.

worden. Dit perceel kan, of deze percelen kunnen, dan direct gegund worden aan een burgerinitiatief. Duidelijk is ook dat de waarde van dit perceel niet meer mag bedragen dan € 80.000,- exclusief omzetbelasting.⁵⁴⁵ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een opdracht voor postbezorging, waarbij een perceel wordt gegund zonder competitie aan een sociale onderneming die de post met de fiets bezorgd.⁵⁴⁶ Hoewel er een financieel maximum wordt gesteld kan dit derhalve ruimte bieden voor stimulering van burgerinitiatieven.

Omdat burgerinitiatieven veelal wegens een gebrek aan schaalvoordelen niet kunnen concurreren op prijs, zijn aanbestedingen op basis van gunningscriteria volgens art. 2.114 Awet 2012 waarin kwaliteit een belangrijke rol speelt, ook een manier om een aanbesteding 'burgerinitiatief-proof' te maken. Zo kan bijvoorbeeld het duurzaamheidsgehalte van de geproduceerde producten of de hoeveelheid Co2 uitstoot bij de uitvoering van een dienst mee worden gewogen in deze criteria.⁵⁴⁷ Ten aanzien van de selectiecriteria zou vereist kunnen worden dat de aanbieder ervaring heeft met het werken met een bepaalde doelgroep, zoals relevant kan zijn bij een buurthuis, zoals de Nieuwe Jutter te Utrecht, dat beheerd wordt door buurtbewoners.⁵⁴⁸ Van belang is dan dat het verband houdt met het voorwerp van de opdracht en dat dergelijke ervaring noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht. Ook zou als uitvoeringsvoorwaarde vereist kunnen worden dat de opdrachtnemer een lokale vestiging opent, zoals bijvoorbeeld relevant kan zijn bij vormen van sociaal makelaarschap die zorgen voor het opzetten van netwerken in een wijk en het verbinden van wijkbewoners.⁵⁴⁹ Verder kunnen functionele specificaties in plaats van dichtgetimmerde bestekken ruimte bieden voor innovatieve oplossingen van burgerinitiatieven. Tot slot is het ook mogelijk om een burgerinitiatief te betrekken bij de uitvoering van een overheidsopdracht door ze de opdracht mede te laten specificeren, door ze deel te laten nemen aan een beoordelingscommissie van de inschrijvingen, of door de uitvoerder te verplichten om een burgerinitiatief tijdens de looptijd te betrekken bij de uitvoering.⁵⁵⁰

Desondanks lijken juridische mogelijkheden alleen niet voldoende te zijn om burgerinitiatieven daadwerkelijk een kans te bieden in een aanbesteding. Net als veel MKB-bedrijven hebben deze initiatieven geen of weinig kennis van het aanbestedingsproces, en identificeren zij zichzelf zoals gezegd überhaupt niet met het begrip 'onderneming'. In dat licht is het ook goed om na te denken over niet-juridi-

545. De totale geraamde waarde van de uitgezonderde percelen mag gezamenlijk niet meer bedragen dan 20% van de totale waarde van alle percelen.

546. PIANOo, *Factsheet: de ruimte van de percelenregeling*, april 2019.

547. Zie voor verschillende voorbeelden: EU Commissie, *Making socially responsible public procurement work: 71 good practice cases*, mei 2020.

548. Zie: www.denieuwejutter.nl.

549. Gemeente Utrecht, *Sociaal Makelaarschap: nota van uitgangspunten*, 2019-2014.

550. Ministerie BZK 2015b, p. 14-15.

sche maatregelen die inschrijvers – dat kunnen dus burgerinitiatieven zijn, maar bijvoorbeeld ook MKB'ers – kunnen ondersteunen bij het doen van goede inschrijving. Hierbij kan gedacht worden aan voorlichtingscampagnes of spreekuren.⁵⁵¹

5.6 CONCLUDERENDE GEDACHTEN: MEER RUIMTE IN DE TOEKOMST?

Uit bovenstaande discussie blijkt dat burgerinitiatieven mede in het kader van de participatiemaatschappij een rol spelen in de uitvoering van taken op het lokale niveau in Nederland. Duidelijk is ook dat overheden, meer specifiek gemeenten, via instrumenten als het 'Right to Challenge' steeds meer beleidsmatige ruimte willen bieden aan dergelijke initiatieven. Als gevolg komt de vraag naar voren hoe de stimulering ervan zich verhoudt tot het aanbestedingsrecht dat door de jaren heen steeds meer ruimte heeft geboden aan maatschappelijk verantwoord aanbesteden.

Het eerste geïdentificeerde juridische aandachtspunt in deze bijdrage is het onderscheid tussen overheidsopdrachten en subsidies dat in de praktijk tot interpretatie vraagstukken leidt. Belangrijker blijkt echter de vraag hoe gemeenten burgerinitiatieven kunnen stimuleren binnen de reikwijdte van de Awet 2012. Uit de bespreking van deze bijdrage blijkt dat deze wet meer mogelijkheden bevat dan veelal wordt aangenomen door de betrokken partijen. Vervolgens lijkt stimulering *binnen* een 'normale' aanbestedingsprocedure meer mogelijkheden te bieden dan in het kader van de geïnstitutionaliseerde uitzondering en de voorbehouden aanbestedingen. Hoewel ze mogelijk ruimte bieden voor de stimulering van bepaalde burgerinitiatieven stellen deze laatste twee mogelijkheden zware organisatorische voorwaarden, die mogelijk niet goed aansluiten bij de aard van een burgerinitiatief.

Desalniettemin zou het in de toekomst kunnen voorkomen dat overheden en burgerinitiatieven meer ruimte wensen binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht. Zo zou er bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de introductie van een specifiek voorbehoud of een uitzondering voor dergelijke initiatieven. Zoals echter bleek uit de discussie in paragraaf 5.2 en 5.4 zullen deze wetgevingsacties staan of vallen met een duidelijke definitie van wat burgerinitiatieven precies zijn.⁵⁵² Vraag is dan hoe een burgerinitiatief zich bijvoorbeeld onderscheidt van een startup,

551. Den Ouden, Bogaard en Driessen 2019, paragraaf 6.1.1. Ook buiten het aanbestedingsrecht zouden burgerinitiatieven kunnen profiteren van een dienstbare opstelling van de overheid. Zie hierover in hetzelfde rapport paragraaf 5.3.

552. Zie paragraaf 1.3 en 1.4 waarin uitgebreid is behandeld waarom het geven van een definitie problematisch is en in dit proefschrift ervoor is gekozen om niet te werken met een definitie, maar juist om burgerinitiatieven als verschijnsel te bestuderen en niet te kiezen voor een strakke, theoretische definitie.

een scale-up, een sociale onderneming, en een 'normaal' klein- of middenbedrijf? Zonder deze definitie ligt willekeur binnen de aanbestedingscontext op de loer.

Tot slot is duidelijk dat deze stap op Europees niveau gezet moeten worden, omdat nationale uitzonderingen strijdig zullen zijn met de aanbestedingsrichtlijnen en de aanbestedingsbeginselen. Daartoe lijkt de volgende hervorming van de aanbestedingsrichtlijnen het eerste moment. Met richtlijnen uit begin jaren 90, 2004 en 2014, lijkt op basis van een ruwe schatting de aanloop naar een nieuwe wetgevend kader in 2024 het eerste moment om dergelijke discussies te starten.

