



EUROPESE COMMISSIE
DG Interne markt en diensten

Directeur-generaal

Brussel, 08.04.2010
MARKT/C1/WM/tt D(2010) 187595

De heer C. van der Burg
Directeur Maatschappelijke
ondersteuning
Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en sport
Postbus 20350
2500 EJ Den Haag
Nederland

Ingekomen DiviO	Registr.nr.
	Dep. paraaf & datum 19 APR 2010
	Trefwoord:
	Rappeldatum

Betreft: Uw brief inzake "Huishoudelijke verzorging en Europees aanbesteden"

Geachte heer Van der Burg,

Onder verwijzing naar uw brief van 5 oktober jl., door mijn diensten ontvangen op 4 december 2009 en uw bespreking met mijn diensten van 23 februari 2010, zou ik gaarne schriftelijk op uw vragen reageren. Alvorens te antwoorden op uw vragen, volgen eerst enige prealabele opmerkingen.

Algemeen

De vragen zoals gesteld aan de diensten van de Commissie houden verband met de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) die op 1 januari 2007 in werking is getreden. Deze wet zijn heeft gemeenten verantwoordelijk gemaakt voor het verlenen van maatschappelijke ondersteuning en huishoudelijke verzorging aan hun inwoners. Huishoudelijke verzorging is in artikel 1 (h) van de Wmo gedefinieerd als "het ondersteunen bij of het overnemen van activiteiten op het gebied van het verzorgen van het huishouden van een persoon dan wel van de leefeenheid waartoe een persoon behoort". Artikel 10 van de Wmo bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders het verlenen van maatschappelijke ondersteuning zoveel mogelijk laat verrichten door derden.

In uw brief verzoekt u in essentie om een verduidelijking van de wijze waarop de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten ("Richtlijn") moeten worden toegepast door gemeenten.

De diensten van de Commissie kunnen in dit stadium alleen hun informele en voorlopige antwoorden geven op de gestelde vragen, een en ander op basis van de overgelegde

documenten en op basis van algemeen beschikbare informatie. Opgemerkt moet worden dat het hier antwoorden van de diensten van de Commissie betreft, die de Commissie zelf niet binden. Verder betreffen deze antwoorden alleen de toepassing van de Europese aanbestedingsregels en niet andere regels van Europees of nationaal recht, zoals de mededingingsregels. Deze informele en voorlopige antwoorden zullen moeten worden aangepast indien aanvullende feitelijke of juridische informatie beschikbaar komt die dit vereist.

Tenslotte merken wij op dat uiteindelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaalt hoe de Europese aanbestedingsregels moeten worden geïnterpreteerd, niet de Commissie of haar diensten.

Eerste vraag

Uw eerste vraag is of gemeenten huishoudelijke verzorging, zoals gedefinieerd in de Wet maatschappelijke ondersteuning, dienen aan te besteden.

Voor de beantwoording van deze vraag zijn de definities die in de Richtlijn zijn neergelegd van belang. Deze Richtlijn is in Nederland vrijwel letterlijk omgezet in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten.

Artikel 1 lid 2 (a) van de Richtlijn bepaalt: *"Overheidsopdrachten" zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.* Artikel 1 lid 2 (d) van de Richtlijn legt vast: *"Overheidsopdrachten voor diensten" zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.* Bijlage II bij de Richtlijn bevat een lijst met 27 categorieën diensten, waaronder categorie 27 "overige diensten". Alle vormen van dienstverlening zijn aldus, voor zover de Richtlijn ze niet kwalificeert als werken of leveringen, diensten in de zin van de Richtlijn.

Naar wij begrijpen sluiten gemeenten (als aanbestedende diensten) in de praktijk raamovereenkomsten met dienstverleners om de huishoudelijke verzorging te laten verrichten. De geschatte waarde van die overeenkomsten ligt normaliter boven het drempelbedrag van de Richtlijn, welke volgens artikel 7 (b) daarvan op dit moment EUR 193.000 bedraagt.

Wij begrijpen tevens dat in de praktijk geen enkele gemeente de dienst met behulp van haar eigen personeel "in house" laat verrichten. Daarnaast blijkt uit uw brief dat tot op heden gemeenten geen gebruik maken van subsidierelaties met derden. Ten aanzien hiervan merken wij op dat hoewel gemeenten in beginsel gebruik zouden kunnen maken van subsidierelaties zonder dat deze relaties onder de werkingssfeer van de Richtlijn vallen lijkt dit in de praktijk moeilijk voorstelbaar. Gezien de wettelijke verplichting van gemeenten om huishoudelijke verzorging te verlenen, is het aannemelijk dat gemeenten de ontvanger van de subsidie verplichten om de diensten te verlenen. In dat geval zal de

subsidierelatie meestal een overheidsopdracht inhouden waarop de Richtlijn van toepassing is.¹

In het licht van het voorgaande dient te worden vastgesteld dat de door gemeenten in te kopen huishoudelijke verzorging normaliter onder het toepassingsgebied van Richtlijn zal vallen, zodat gemeenten de toepasselijke bepalingen van de Richtlijn in acht dienen te nemen.

Tweede vraag

Uw tweede vraag is of de huishoudelijke verzorging moet worden aangemerkt als een II A- of een II B-dienst. U merkt in uw brief op dat de huishoudelijke verzorging kan bestaan uit louter schoonmaken, terwijl dit ook in combinatie kan met de organisatie van het huishouden, de persoonlijke zorg van de betrokkene en eventuele andere vormen van zorg. Volgens uw brief is vooraf niet te voorspellen welk onderdeel van de opdracht kwantitatief het grootste zal worden.

Juridisch kader

Volgens de Richtlijn zijn op de gunning van opdrachten voor II B-diensten slechts een aantal artikelen van de Richtlijn van toepassing, namelijk de artikelen 23 en 35 lid 4 die respectievelijk de technische specificaties van de opdracht en de aankondiging van een gegunde opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie betreffen (artikel 21 van de Richtlijn). Daarnaast is ook artikel 2 van de Richtlijn van toepassing dat aanbestedende diensten verplicht ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en transparantie te betrachten. Op II A-diensten is het volledige regime van de Richtlijn van toepassing, dat wil zeggen artikelen 23 tot en met 55 (artikel 20 van de Richtlijn).

Op opdrachten die betrekking hebben op zowel II A-diensten als op II B-diensten is het volledige regime van de Richtlijn van toepassing indien de waarde van de II A-diensten in de opdracht hoger is dan de waarde van de II B-diensten. Indien de waarde van de II B-diensten in de opdracht hoger is dan de waarde van de II A-diensten zijn enkel de artikelen 23 en 35 lid 4 van de Richtlijn van toepassing (artikel 22 van de Richtlijn). Bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief BTW, van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten (artikel 9 lid 9 van de Richtlijn). De raming moet gelden op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de opdracht, of, wanneer deze aankondiging niet vereist is, op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning van de opdracht door de aanbestedende dienst wordt ingeleid (artikel 9 lid 2 van de Richtlijn).

Om te bepalen of er sprake is van een II A of een II B-dienst, dienen aanbestedende diensten aan de hand van bijlage II² van de Richtlijn te bepalen wat het karakter is van de diensten die onder de opdracht verleend gaan worden. Bijlage II bij de Richtlijn bevat 27

¹ Ervan uitgaande dat het bedrag van de subsidie de drempelwaarde van de Richtlijn bereikt.

² Zoals gewijzigd door Verordening (EG) nr. 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV.

categorieën, die op hun beurt verwijzen naar de codes van de "provisional Central Product Classification" ("CPC prov.") van de Verenigde Naties en van de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (Common Procurement Vocabulary ("CPV")).

De arresten van het Hof van Justitie in de zaken Tögel (zaak C-76/97) en Swoboda (zaak C-411/00), maken duidelijk dat aanbestedende diensten de diensten objectief dienen te kwalificeren met behulp van de CPC prov.-classificatie. Het feit dat het in eerstgenoemde zaak om ambulancevervoer ging, betekende niet dat de gehele opdracht gekwalificeerd diende te worden als "gezondheids- en sociale dienst" in de zin van categorie 25 van de bijlage bij de Richtlijn, aangezien de vervoersaspecten van het ambulancevervoer gekwalificeerd dienden te worden als "diensten voor vervoer over land" in de zin van categorie 2 van de bijlage bij de Richtlijn. Met andere woorden, ieder "subdienst" dient op objectieve wijze afzonderlijk te worden gekwalificeerd in het licht van de CPC prov.-classificatie.

Toepassing op de opdrachten voor huishoudelijke verzorging onder de WMO

Vooropgesteld moet worden dat aanbestedende diensten zelf de te gunnen overheidsopdracht definiëren en aldus bepalen welke diensten zij inkopen. De Richtlijn staat echter niet toe om opdrachten op te splitsen met het doel om ze te onttrekken aan de toepassing van de Richtlijn (artikel 9 lid 3 van de Richtlijn), noch is het toegelaten om opdrachten met dat doel samen te voegen (zie het Swoboda-arrest, paragraaf 57-58). Omdat aanbestedende diensten aldus bepalen hoe zij de opdracht omschrijven en de samenstelling van de bevolking per gemeente verschilt is het mogelijk dat opdrachten uit verschillende gemeenten verschillend moeten worden gekwalificeerd vanwege de afwijkende objectieve kenmerken van de opdrachten.

De opdrachten die gemeenten in de praktijk aanbesteden lijken tot op grote hoogte gemeenschappelijk kenmerken te hebben. Diensten die, blijkens de gegevens waarover mijn diensten de beschikking hebben, in de opdracht zitten zijn het licht huishoudelijk werk, het zwaar huishoudelijk werk, de was doen, het boodschappen doen en de broodmaaltijd en warme maaltijd voorbereiden. Verder zijn anderen helpen in huis met zelfverzorging en bij het bereiden van de maaltijd, de dagelijkse organisatie van het huishouden, hulp bij onregelde huishouding en advies, instructie en voorlichting met betrekking tot het huishouden ook diensten die verleend kunnen worden. Afhankelijk van de indicatie van de inwoner van de gemeente die huishoudelijke verzorging nodig heeft krijgt deze de benodigde hulp.

Uit de gegevens die wij ter beschikking hebben lijkt te volgen dat de verleende diensten voor het overgrote deel het licht en zwaar huishoudelijk werk en het de was doen betreft, terwijl het boodschappen doen en het bereiden van de warme maaltijd vaak niet als huishoudelijke verzorging lijken te worden verleend omdat voor deze diensten "voorliggende voorzieningen" beschikbaar zijn. Het anderen helpen in huis met zelfverzorging en bij het bereiden van de maaltijd en advies, instructie en voorlichting lijken vaak slechts tijdelijk te kunnen worden verleend, terwijl de overige vormen van dienstverlening ook slechts in een relatief beperkt aantal gevallen lijken te worden verleend. Hoewel het de was doen lijkt te moeten worden aangemerkt als een II B-dienst omdat deze als categorie 27 "overige diensten" in de zin van bijlage II bij de Richtlijn moeten worden gekwalificeerd (CPV codes 98312000-3 "Reinigen van textiel" en 98315000-4 "Persdiensten") lijkt het zwaar en licht huishoudelijk werk voor het overgrote deel als II A-dienst te moeten worden aangemerkt (categorie 14 (CPC code

94030, CPV code 90911000-6 "Reiniging van woningen en gebouwen en glazenwassersdiensten" en CPC code 94020, CPV Code 90513100-7, "verwijderen van huisvuil").

In het licht van de vaak gehanteerde normtijden bij de indicatiestelling en de in de praktijk meestal verleende diensten lijkt het ons waarschijnlijk dat in veel gevallen de waarde van de II A-diensten in de opdracht hoger is dan de II-B diensten, zodat het volledige regime van de Richtlijn van toepassing is.

Zoals al opgemerkt dienen aanbestedende diensten op basis van de individuele opdracht te bezien of deze analyse ook voor hen geldt. Als het voor gemeenten objectief onmogelijk is om vast te stellen of overeenkomstig Artikel 22 van de Richtlijn de II A- of II B-diensten een hogere geraamde waarde hebben, dienen zij de opdracht te verlenen overeenkomstig de strengste regels, dat wil zeggen het volledige regime van de Richtlijn.³

Grensoverschrijdend belang

Mochten gemeenten echter op basis van een objectieve analyse tot de conclusie komen dat de geraamde waarde van de II B-diensten hoger ligt dan de geraamde waarde van de II A-diensten in de opdracht en de overheidsopdracht op grond van de Richtlijn aldus niet verplicht hoeft te worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie, dan dienen zij zich af te vragen of de opdracht niet een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Heeft de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang dan moet de gemeente de opdracht op passende wijze bekendmaken en een transparante en non-discriminatoire procedure volgen. Blijkens de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn in ieder geval de plaats van uitvoering en de waarde van de opdracht van belang voor de beoordeling van het grensoverschrijdend belang (zie gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, SECAP, paragraaf 24 en zaak C-347/06, ASM Brescia paragraaf 62). Gezien de hoge waarde van de opdrachten voor huishoudelijke verzorging (vaak vele malen de drempelwaarde van de Richtlijn), de plaats van uitvoering van de opdracht (relatief dicht bij de grens met Duitsland en/of België) en het feit dat in alle gevallen ten minste een aanzienlijk deel van de opdracht II A-diensten betreft lijkt het in veel gevallen aannemelijk dat de opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. In elk geval is het de verantwoordelijkheid van de individuele gemeenten om op basis van de specifieke kenmerken van de opdracht vast te stellen of er een duidelijk grensoverschrijdend belang is, dit onder controle van de bevoegde rechterlijke instanties.

Voor nadere informatie over de toepasselijke normen bij de gunning van overheidsopdrachten voor II B-diensten verwijzen wij naar de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (Pb. EU 2006, C 179/2).

Overigens merken wij op dat zelfs als het niet verplicht is op grond van de Richtlijn dan wel op grond van het Verdrag aanbestedende diensten kunnen besluiten een transparante en non-discriminatoire procedure uit te schrijven om zich op die manier van een goede

³ Vergelijk het principe dat is vastgelegd in Artikel 9 lid 2 van Richtlijn 2004/17/EG.

prijs-kwaliteit verhouding van de te verlenen diensten te verzekeren en ondernemers op gelijke en transparante wijze te behandelen.

Slotopmerkingen

Voor de volledigheid wijzen wij op Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EG, zoals gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG. De Nederlandse Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA), welke deze Richtlijnen heeft omgezet, geeft de rechter de bevoegdheid om door aanbestedende diensten gesloten overeenkomsten die ten onrechte niet middels een aankondiging van een opdracht zijn bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie te vernietigen. Deze bevoegdheid kan in geval van ten onrechte niet bekendgemaakte opdrachten voor huishoudelijke verzorging aanzienlijke gevolgen hebben voor gemeenten. In dat licht lijkt een zorgvuldige gemeentelijke besluitvorming over de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de huishoudelijke verzorging van groot belang.

De diensten van de Commissie hopen dat deze informele en voorlopige inzichten nuttig zijn voor uw autoriteiten. Wij zijn bereid om eventuele nadere vragen te beantwoorden.

Hoogachtend,



Jörgen Holmquist

Contactpersoon:

Ward MÖHLMANN, Telefoon:(32-2) 299 92 76, Ward.Moehlmann@ec.europa.eu