

Hare Excellentie
mr. drs. M.C.G. Keijzer
Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC DEN HAAG

Briefnummer
17/11.086/EtB/Man

Onderwerp
Reactie op internetconsultatie wijziging
wet markt en overheid

Den Haag
27 oktober 2017

Telefoonnummer
070-3490321
E-mail
brake@vnoncw-mkb.nl

Excellentie,

Graag reageren wij op de consultatie van het voorontwerp tot wijziging van de “wet markt en overheid”. Daarbij gaan we in op een viertal vraagstukken:

1. Hoe wordt geborgd dat er gelijke concurrentieverhoudingen zijn, wanneer overheden producten en diensten op de markt aanbieden in concurrentie met ondernemers?
2. Mogen overheden nog producten en diensten op de markt verzorgen, als de markt daarin reeds voldoende voorziet?
3. Welke eisen worden gesteld aan beslissingen van overheden om activiteiten niet uit te besteden maar in eigen beheer uit te voeren (inbesteden)?
4. Hoe wordt voorkomen dat door de overheid gesubsidieerde instellingen (zoals in het onderwijs en de sport) de markt verstoren met andere commerciële activiteiten?

Gelijke concurrentieverhoudingen

De wet markt en overheid is in 2012 in werking getreden en heeft als doel “het creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen enerzijds overheden die als aanbieder van goederen en diensten aan derden optreden en anderzijds particuliere ondernemingen”.¹

¹ Tweede Kamer 2007-2008, nr. 31354, Memorie van Toelichting

MKB-Nederland en VNO-NCW onderschrijven het doel van de wet, maar moeten constateren dat zowel de huidige wet als het voorontwerp niet effectief bijdragen aan de realisatie van dit doel. De effectiviteit van de wet wordt ondergraven door het feit dat 90% van de gemeenten gebruik maakt van de algemeen belang uitzondering, waardoor de gedragsregels niet meer van toepassing zijn.

Overheden kunnen door deze en andere uitzonderingen in de wet blijvend goederen en diensten onder de kostprijs op de markt brengen, hun eigen overheidsbedrijven bevoordelen en gegevens die zij uit hun publieke taak verkrijgen exclusief ter beschikking stellen aan hun eigen overheidsbedrijf.

Het voorontwerp voorziet slechts in een aantal procedurele vereisten, namelijk nadere motiveringsvereisten voor algemeen belang besluiten, inspraak van ondernemers bij deze besluiten en een periodieke evaluatie.

- Nadere motiveringseisen zijn ineffectief omdat de achterliggende doelstelling van de wet (gelijke concurrentieverhoudingen) niet bij overheden leeft, zo blijkt uit de wetsevaluatie.² Nadere motiveringseisen of het indienen van een zienswijze leiden dan niet tot een andere uitkomst. Het blijft toch de slager die zijn eigen vlees keurt.
- Ook blijkt uit de evaluatie dat nu al 70% van de besluiten open staat voor bezwaar en beroep door ondernemers. Wanneer straks 100% van de besluiten daarvoor open staat zal dat voor de praktijk van ondernemers niet tot een merkbare verandering leiden. Ondernemers maken immers nauwelijks gebruik van deze procedures omdat de juridische slagingskans bij toepassing van een algemeen belang besluit vrijwel nul is. De ACM staat dan buitenspel en de bestuursrechter toetst slechts marginaal. Bovendien zijn de kosten van inspraak en procedures hoog, ligt de bewijslast bij bedrijven, en bevinden bedrijven zich vaak in een afhankelijkheidsrelatie met dezelfde overheid.
- Ook de periodieke evaluatieprocedure is vrijblijvend vormgegeven. Voor de reeds genomen algemeen belang besluiten geldt bovendien dat de evaluatie van het besluit pas vijf jaar na inwerkingtreding van de wetswijziging hoeft plaats te vinden. Dat betekent dat ondernemers die nu met oneerlijke concurrentie te maken hebben nog jaren in onzekerheid blijven zitten, met als enige perspectief inspraak en een betere motivering. Dat is onacceptabel.

Om het doel van de wet te kunnen realiseren zal de algemeen belang bepaling geschrapt moeten worden, of de scope ervan fors ingeperkt moeten worden tot specifieke economische activiteiten.³

² Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015, Ecorys, Bird&Bird, 6 augustus 2015

³ Overheden hebben bovendien nog een terugvaloptie bij het schrappen of beperken van de algemeen belang bepaling. Zij kunnen op basis van Europese kaders een dienst van algemeen belang aanwijzen, op basis waarvan zij producten of diensten onder de kostprijs mogen aanbieden.

De scope zou bijvoorbeeld beperkt kunnen worden tot activiteiten zoals sport, cultuur en welzijn die expliciet in het Regeerakkoord genoemd worden.⁴ Alleen dan worden de gedragsregels waar nodig van toepassing en kan oneigenlijke en ongewenste concurrentie tussen overheden en private partijen worden voorkomen, zoals ook het Regeerakkoord beoogt. Via een wettelijk bindende regeling zal vastgelegd moeten worden bij welke activiteiten de gedragsregels niet van toepassing zijn. Bovendien zal voorzien moeten worden in een snelle overgangsregeling om de werking van reeds genomen algemeen belang besluiten te kunnen beëindigen.

Wanneer de overheid economische activiteiten op de markt mag verzorgen

Op dit moment is het zo dat overheden altijd de mogelijkheid hebben om economische activiteiten in de markt te verrichten, in concurrentie met marktpartijen. Het doel van de bestaande wet markt en overheid strekt zich niet uit tot het inperken van deze mogelijkheid, maar alleen tot het realiseren van gelijke concurrentieverhoudingen indien een overheid de markt betreedt. Deze beperkte scope van de wet is echter helemaal niet vanzelfsprekend. Waarom zou de overheid in beginsel vrij moeten zijn om elk product of dienst in concurrentie met ondernemers aan te bieden? Het ligt voor de hand om die mogelijkheid uit te sluiten bij goed ontwikkelde markten, waar geen sprake is van marktfalen. Bovendien kunnen overheden publieke belangen borgen via minder ingrijpende instrumenten, zoals een aanbesteding met daarbinnen specifieke eisen, een subsidieregeling of (zoals in de zorg en het openbaar vervoer gebeurt) met het belasten van de onderneming met een Dienst van Algemeen Economisch Belang (DAEB).

Uit het regeerakkoord volgt dat overheden activiteiten mogen blijven verzorgen, die anders niet of onvoldoende door marktpartijen worden aangeboden, zoals sport, cultuur en welzijn. Deze passage geeft ruimte om de conclusie te trekken dat wanneer marktpartijen andere activiteiten wél in voldoende mate reeds aanbieden of kunnen aanbieden, overheden deze activiteiten dus niet meer mogen verzorgen. Het doel van de wet markt en overheid, en de invulling daarvan, dient dan ook overeenkomstig te worden uitgebreid.

In markten zoals het uitbaten van jachthavens, camperplaatsen en horeca, het ophalen bedrijfsafval, pasfoto's maken, postinitieel onderwijs, het aanbieden van juridische en fiscale informatiesystemen, etc. is ons inziens helder dat marktpartijen deze diensten in ruim voldoende mate aanbieden. En aanbod vanuit de overheid achterwege kan blijven. Hierbij kan eenvoudig via een wettelijk bindende lijst geregeld worden dat overheden deze activiteiten niet meer in de markt mogen aanbieden.

⁴ Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017 – 2021, 10 oktober 2017, p.34

Hierop zou nog een uitzondering kunnen worden opgenomen voor overheden die aantonen dat in hun specifieke geval of regio producten of diensten niet of onvoldoende door marktpartijen zouden (kunnen) worden aangeboden. Deze regeling zou dan ook door de ACM getoetst moeten worden.

Inbestedingen

De Wet markt en overheid is op dit moment ook niet van toepassing op besluiten van overheden om in te besteden. Overheden organiseren economische activiteiten dan in eigen beheer en sluiten ineens ondernemers uit van een (deel)markt waar die ondernemers al jaren actief zijn geweest. Achterliggende motieven kunnen liggen in de drang van de overheidsorganisatie te groeien, in “werk-naar-werk” trajecten voor ambtenaren bij afslankoperaties van de overheid, of omdat onvoldoende (specialistische) kennis en capaciteit in huis is om marktpartijen goed uit te vragen. Een ander motief kan zijn dat men denkt dat maatschappelijke effecten beter te realiseren zijn door uitvoering binnen de eigen organisatie (verbeteren van positie van medewerkers in lage loonschalen). Of omdat overheden hiermee proberen te voldoen aan de Banenafpraak, door het realiseren van werkplekken voor mensen met een arbeidsbeperking.

Om al deze redenen zien we dat inbesteden steeds meer plaatsvindt in vele diverse sectoren⁵. Vaak zijn overheden zich niet bewust van de consequenties voor de uitgesloten ondernemers en hun werknemers. In sectoren waar de overheid als inkoper een belangrijk marktaandeel heeft, zijn de consequenties groot. Dit risico valt buiten het normale ondernemersrisico. Ondernemers kunnen echter niets tegen een dergelijke beslissing beginnen.

Voor een juist besluit over inbesteden dan wel uitbesteden is het essentieel dat bedrijfseconomische en maatschappelijke overwegingen vooraf in beschouwing worden genomen.⁶ Daarvoor moet zorgvuldig onderzocht worden of en in welke mate marktpartijen via een aanbesteding in staat zijn om invulling te geven aan de genoemde maatschappelijke en bedrijfseconomische belangen. De aanbestedingswet geeft ruime mogelijkheden om beide belangen bij een aanbesteding te laten meewegen. Bovendien kunnen ondernemers meestal een betere prijs-kwaliteit verhouding bieden dan de overheid kan in eigen beheer. Bij inbestedingen wordt daar meestal geen objectief onderzoek naar gedaan en deze beslissingen kunnen niet door een rechter getoetst worden. Wij pleiten daarom voor een wettelijk genormeerd *transparant en objectief besliskader* voor overheden bij inbestedingsbeslissingen, waarbij ondernemers op de hoogte worden gebracht en tijdig de gelegenheid krijgen een beter alternatief te bieden.

⁵ Schoonmaak, beveiliging, koeriers- en transportdiensten, training- en opleidingsinstituten, re-integratiebedrijven, arbodiensten, ICT-diensten, informatie- en kennisproducten en -diensten, catering, ingenieursdiensten, fotografiediensten, groenvoorziening, recyclingbedrijven, reinigingsbedrijven.

⁶ Zie ook de betreffende passage in het Regeerakkoord op p. 33.

Alvorens te komen tot dit besliskader kan de Rijksoverheid zelf het goede voorbeeld geven, door bij schoonmaakactiviteiten, beveiliging, ICT-diensten, informatiediensten, etc. eerst de markt te bevragen. Daarbij dienen in ieder geval de investingsbesluiten van Rutte II, waaronder schoonmaak en beveiliging, te worden teruggedraaid, omdat de markt prima in staat is tegen een betere prijs en kwaliteit deze diensten te leveren. Dat geldt ook voor standaard ICT-diensten en producten, zoals bouw en beheer van datacentra en werkplekken voor medewerkers, die nu door een steeds grotere interne rijksdienst SSC-ICT worden uitgevoerd.

Ook is van belang dat er *een meldplicht* komt voor investeren, op te nemen in de wet. Met een dergelijke meldplicht wordt transparant gemaakt in welke mate daadwerkelijk wordt investeren. Dat is van belang omdat ondernemers zodoende op een centrale plek kunnen zien welke overheden voornemens zijn om in te investeren. Nu is er geen overzicht en ondernemers kunnen niet de besluitvorming van alle gemeenten, provincies en het Rijk tegelijk volgen. Als ondernemers weten van (voorgenomen) investeringen, kunnen zij ook hun visie geven.

Tot slot zien we dat sommige overheden wel opdrachten in de markt uitzetten, maar met als vooropgezet doel om gratis advies uit de markt te krijgen. Na de inschrijving wordt dan de aanbesteding ingetrokken, en wordt het werk van de ondernemers gebruikt om de dienst in eigen huis te organiseren. Dit is niet illegaal, maar wel zeer onwenselijk gedrag waar tegen opgetreden moet worden.

Marktverstoring door gesubsidieerde instellingen

De overheid subsidieert (publiek- of privaatrechtelijke) instellingen zoals in het onderwijs en de sport. VNO-NCW en MKB-Nederland ondersteunen dat, maar vragen aandacht voor de mogelijke nadelige consequenties wanneer die middelen ook aangewend worden voor andere commerciële activiteiten. Dan kan oneerlijke concurrentie ontstaan met ondernemers. De gedragsregels van de wet markt en overheid zijn dan meestal niet van toepassing omdat er geen sprake is van een overheid of van een overheidsbedrijf dat deze diensten aanbiedt.

Onderwijs

De met publiek geld bekostigde onderwijsinstellingen zijn nu als geheel uitgezonderd van de wet markt en overheid.⁷ De ACM kan niet optreden tegen oneerlijke concurrentie tussen deze onderwijsinstellingen en marktpartijen die met private middelen onderwijs aanbieden. De financiering van onderwijs door de overheid mag niet leiden tot verstoring van de markt voor onderwijsactiviteiten waar die financiering niet voor bedoeld is. Hoewel de verantwoording door onderwijsinstellingen is aangescherpt en er een meldpunt is bij de Onderwijsinspectie voor misstanden, zijn de regels nog niet helder.

⁷ Zie art. 25h lid 1 sub a – c.

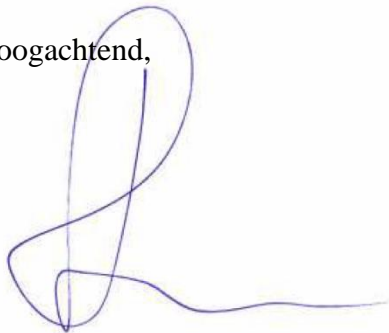
De gedragsregels uit de wet markt en overheid dienen daarom te gelden voor alle niet door de overheid bekostigde onderwijsactiviteiten van onderwijsinstellingen die grotendeels met publiek geld bekostigd worden, of deze instellingen nu publiek- of privaatrechtelijk zijn. Alleen dan ontstaat een gelijk speelveld voor alle partijen die onderwijs aanbieden, buiten het door de overheid bekostigde domein.

Horeca

Veel gemeenten ondersteunen paracommerciële instellingen voor educatie en sport (vaak verenigingen of stichtingen) met subsidies. Hetzij in geld dan wel in bijvoorbeeld een hele lage (niet-marktconforme) huur. In veel van die gevallen worden er door deze verenigingen/stichtingen ook horeca-activiteiten ontplooid, die steeds meer een commercieel karakter krijgen om extra inkomsten te verwerven. Deze paracommerciële activiteiten profiteren mee van de subsidies of voorzieningen van gemeenten. In sommige gevallen richten de verenigingen/stichtingen BV's op om überhaupt niet aan de verordening voor paracommerciële instellingen te hoeven voldoen. Deze marktverstoring door gesubsidieerde instellingen neemt toe. Maar in de meeste gevallen is de wet markt en overheid niet van toepassing omdat er geen sprake is van een overheidsbedrijf. De EU-staatssteunregels zijn ook niet van toepassing omdat er bijna nooit sprake zal zijn van een grensoverschrijdend effect. Om deze problematiek tegen te gaan zullen scherpere eisen gesteld moeten worden aan het subsidiebeleid van overheden, en de impact op marktverstoring.

Graag verzoeken wij u deze reactie te betrekken bij de verdere besluitvorming over dit voorontwerp.

Hoogachtend,



mr. J.M. Lammers
directeur Economische Zaken