



Vereniging van
Nederlandse Gemeenten

HANDREIKING

Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht



Handreiking

Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht

Colofon

Schrijvers

Ingrid van den Berge, Nysingh advocaten – notarissen NV

Yamuna Ditters, VNG

Arnold Gelderman, Nysingh advocaten – notarissen NV¹

Begeleiding VNG

Eveline de Bruin, VNG

Klankbordgroep

André Alberda, gemeente Leeuwarden

Ann-Marie Kühler, Kenniscentrum Europa decentraal

Stefanie Lakkas, gemeente Apeldoorn

Jan Lotens, gemeente Amersfoort

Jan Pool, gemeente Groningen

Angelique Schepers, gemeente Zoetermeer

Vormgeving

Chris Koning, VNG

© Vereniging van Nederlandse Gemeenten, Den Haag

Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG)

Postbus 30435

2500 GK Den Haag

¹ Mr. A.B.B. Gelderman is thans als advocaat werkzaam bij zorgverzekeraar Menzis.



Inhoudsopgave

Voorwoord	5
1 Inleiding en doel handreiking	7
2 Juridisch kader	13
3 Verticale samenwerking	19
4 Horizontale samenwerking	41
5 Alleenrecht/uitsluitend recht	51
6 Overdracht van bevoegdheden	57
7 Slotwoord	63
Bijlage – Schema voordelen en kenmerken	65



Voorwoord

De afgelopen jaren zijn gemeenten steeds intensiever gaan samenwerken. Denk bijvoorbeeld aan samenwerking op het gebied van automatisering, administratie, afval en groenonderhoud. Als gevolg van de decentralisaties in het sociale domein zal het aantal samenwerkingsverbanden de komende jaren alleen nog maar toenemen. Gemeenten werken niet alleen met elkaar samen, maar ook met andere overheden.

Eén van de vraagstukken bij samenwerking tussen overheden is misschien niet de meest direct in het oog springende, maar daarom niet minder belangrijk. Dit vraagstuk betreft de toepassing van het aanbestedingsrecht. Omdat het in de praktijk vaak als ingewikkelde materie wordt ervaren, biedt deze handreiking een overzicht van de mogelijkheden tot samenwerking binnen het (Europese) aanbestedingsrechtelijke kader.

Behalve uitleg over de juridische voorwaarden, bevat deze handreiking veel praktijkvoorbeelden. Het is namelijk de bedoeling dat een juiste vertaalslag gemaakt kan worden van het regelgevende kader naar uw eigen praktijk. Verschillende gemeentelijke vertegenwoordigers zijn

daarom ook betrokken geweest bij het opstellen van deze handreiking. De VNG dankt hen voor hun commentaar op de inhoud en hun bijdrage vanuit de gemeentelijke praktijk.

Ik vertrouw erop dat deze handreiking bijdraagt aan de juiste toepassing van het aanbestedingsrecht bij samenwerkingsverbanden tussen overheden.

Den Haag, januari 2015

Vereniging van Nederlandse Gemeenten

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'M' followed by a horizontal line and a vertical line ending in a small loop.

drs. C.J.G.M. de Vet
Lid directieraad



1 Inleiding en doel handreiking

1.1 Waar gaat deze handreiking over?

Veel gemeenten werken steeds meer met andere overheden samen. Met andere gemeenten in de regio, maar bijvoorbeeld ook met andere (de-centrale) overheden. Bij het vormgeven van deze samenwerkingen moet rekening worden gehouden met een aantal aspecten, zoals organisatorische, financiële en juridische aspecten.

Voor een beter begrip van deze aspecten heeft de VNG in het kader van Slim samenwerken meerdere handreikingen opgesteld. Gemeenten zijn zo beter in staat hun samenwerking vorm te geven. Elke handreiking kent een eigen invalshoek:

- *Intergemeentelijke samenwerking toegepast* belicht de toepassing van de Wet gemeenschappelijke regelingen;
- *Grip op samenwerken* geeft een overzicht van de meest voorkomende juridische en organisatorische vormen van samenwerking. Daarnaast worden de mogelijkheden toegelicht om (meer) grip en sturing op samenwerking te krijgen;
- *Juridisch sterker door samenwerken* biedt bouwstenen voor het maken van keuzes over de samenwerking op het terrein van juridische

zaken en de mogelijke samenwerkingsvormen.

De invalshoek van de onderhavige handreiking is de toepassing van het (Europese) aanbestedingsrecht.

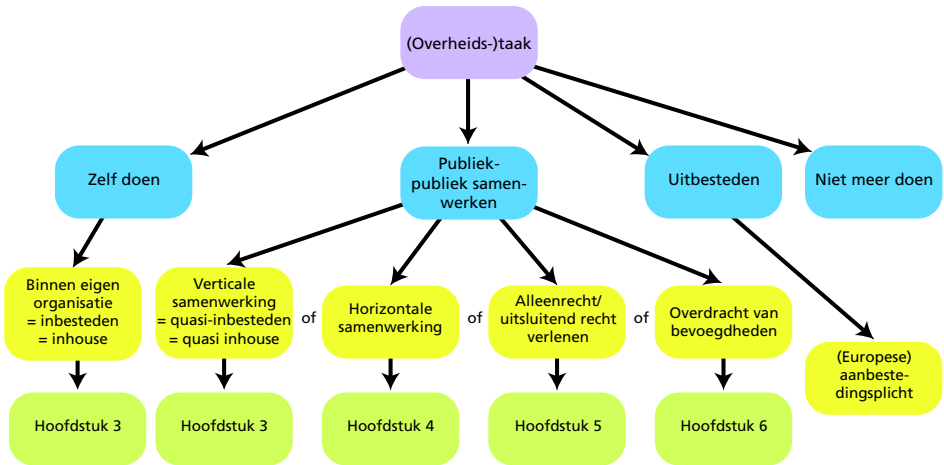
Het aanbestedingsrecht is namelijk niet alleen van toepassing als de gemeente een overheidsopdracht verleent aan een marktpartij. Het aanbestedingsrecht speelt ook een rol als de gemeente een overheidsopdracht verleent aan een andere overheid, bijvoorbeeld een andere gemeente. Voor de toepassing van het aanbestedingsrecht maakt het geen verschil of de opdrachtnemer privaat dan wel publiek is. Het aanbestedingsrecht kent op het toepassingsbereik wel een aantal uitzonderingen.

De aanbestedingsrechtelijk toegestane vormen van publiek-publieke samenwerking zijn voor de praktijk echter niet altijd duidelijk. Deze handreiking biedt hierin daarom ondersteuning. Zij geeft een overzicht van de mogelijkheden van publiek-publieke samenwerking en de randvoorwaarden die het (Europese) aanbestedingsrecht daaraan stelt. Een schematisch overzicht is weergegeven op de volgende pagina.

Deze handreiking is met name geschreven voor medewerkers van gemeenten die zijn belast met de advisering over en het opzetten van samenwerkingen. In eerste instantie gemeentjuristen - aangezien het juridische materie betreft - maar ook beleidsmedewerkers en inkoopers zullen met deze vraagstukken te maken krijgen. Het is daarom van belang dat óók zij zich ervan bewust zijn dat aanbestedingsrechtelijke aspecten een rol spelen en op welke manier.

Het doel is dat medewerkers van een gemeente met deze handreiking in de hand in staat zijn om de aanbestedingsrechtelijke aspecten van publiek-publieke samenwerking te herkennen en in staat zijn om deze toe te passen of te bepalen op welke onderdelen specifieke juridische deskundigheid nodig is.

Schematisch kan het één en ander als volgt worden weergegeven:



1.2 Definities en begrippen

In deze handreiking worden de volgende definities en begrippen gehanteerd:

Aanbestedende dienst

De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Gecontroleerde entiteit

Rechtspersoon waarop door (een) aanbestedende dienst(en) quasi-inhouse toezicht wordt uitgeoefend.

GR

Gemeenschappelijke Regeling: een publiekrechtelijke overeenkomst tussen bestuursorganen op grond van de Wet gemeenschappelijk regelingen.

HvJ EU

Hof van Justitie van de Europese Unie.

Inbesteden/Inhouse

De situatie waarin een overheidsopdracht binnen de eigen organisatie wordt verleend en uitgevoerd.

Nieuwe Richtlijn

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG. Deze Nieuwe Richtlijn dient op 18 april 2016 in de Nederlandse wetgeving te zijn geïmplementeerd.

Overheidsopdracht

Schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten

en betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Privaatrechtelijke rechtspersoon

Een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, naamloze vennootschap, besloten vennootschap of stichting (art. 2:3 BW).

Publiekrechtelijke instelling

Entiteit zoals gedefinieerd in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

Publiekrechtelijke rechtspersoon

Een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon (art. 2:1 BW).

Quasi-inbesteden/Quasi-inhouse

De situatie waarin een overheidsopdracht wordt verleend aan een rechtspersoon (gecontroleerde entiteit) waarop de opdrachtgevende overheid of overheden toezicht uitoefent/uitoefenen en waarbij die gecontroleerde entiteit het merendeel van haar werkzaamheden uitvoert voor de overheid/overheden die toezicht op haar uitoefenen.

Richtlijn

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Terugbesteden

De verlening van een overheidsopdracht door een via quasi-inhouse gecontroleerde entiteit aan de haar controlerende aanbestedende dienst(en).

Uitbesteden

De situatie waarin een aanbestedende dienst een overheidsopdracht verleent aan een derde partij.

VWEU

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

Werkdocument EC

Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten (“publiek-publieke samenwerking”) d.d. 4 oktober 2011.



2 Juridisch kader

2.1 Inleiding

Het onderwerp van deze handreiking heeft raakvlakken met meerdere rechtsgebieden. Door duidelijk te maken welke rechtsgebieden wel en welke niet worden behandeld, wordt een concreet beeld gegeven van de scope van deze handreiking.

Aanbestedingsrecht

Het algemene juridische kader van deze handreiking is het (Europese) aanbestedingsrecht. Als een gemeente een overheidsopdracht voor werken, diensten of leveringen wil verstrekken, dan moet worden na gegaan of er een (Europese) aanbestedingsprocedure gevolgd moet worden. De regels hiervoor staan in de Richtlijn. Er is inmiddels een Nieuwe Richtlijn en deze moet vanaf 18 april 2016 in nationale wetgeving zijn geïmplementeerd.

Sinds 1 april 2013 hebben gemeenten ook te maken met de Aanbestedingswet 2012. Met deze nationale wet geeft Nederland invulling aan de Richtlijn. Daarnaast bevat de Aanbestedingswet 2012 regels voor

aanbestedingen onder de Europese drempelbedragen en kaders voor meervoudige onderhandse aanbestedingen.

Het specifieke uitgangspunt en de scope van deze handleiding is het aanbestedingsrechtelijk juridisch kader en de (on)mogelijkheden voor publiek-publieke samenwerking vanuit oogpunt van het (Europees) aanbestedingsrecht.

Er is sprake van een rechtmatige uitzondering op de (Europese) aanbestedingsplicht, als aan de voorwaarden zoals geschetst in de hoofdstukken 3 tot en met 6 van deze handreiking is voldaan. In deze gevallen is geen sprake meer van toepasselijkheid van het (Europese) aanbestedingsrecht.

Uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht moeten restrictief worden uitgelegd. De voorwaarden kunnen dus niet worden opgerekt. Bij twijfel geldt: niet inhalen.

Motiveringsverplichtingen (keuze voor een procedure, uitgenodigde marktpartijen, samenvoegen van opdrachten dan wel splitsen in percelen) spelen geen rol meer in het geval een uitzondering van toepassing is. Op deze motiveringsverplichtingen gaat deze handreiking dan ook niet in.

Niet behandeld: staatssteun

Aan welke randvoorwaarden moet zijn voldaan om de publiek-publieke samenwerking ook vanuit de staatssteunregels (artikelen 107 e.v. VWEU) goed te keuren, valt buiten de scope van deze handreiking.

De gemeente moet echter elke vorm van publiek-publieke samenwerking waarbij geldstromen of andere voordelen van de overheid aan een marktpartij worden verstrekt ook aan de staatssteunregels toetsen. De entiteit waaraan de opdracht wordt verstrekt kan immers kwalificeren als een onderneming. Als deze onderneming door de overheid met overheidsmiddelen een voordeel wordt verstrekt waardoor de tussenstaatse

handel wordt beïnvloed en de concurrentie wordt vervalst, dan kan sprake zijn van staatssteun.¹

Niet behandeld: Wet Markt en Overheid

Deze handreiking behandelt evenmin de vraag in hoeverre het aanbieden van producten of diensten door de betreffende entiteit - indien dit een bestuursorgaan is - aan de aanbestedende diensten in overeenstemming is met de Wet Markt en Overheid. Deze wet betreft de voorwaarden waaronder een bestuursorgaan als aanbieder van producten of diensten kan optreden en niet de overheid als inkoper van producten of diensten. Deze handreiking beslaat alleen de vraag in hoeverre de overheid als inkoper voldoet aan de aanbestedingsregels.

Niet behandeld: mededingingsrecht

Evenmin gaat deze handreiking in op de mededingingsrechtelijke gevolgen van een publiek-publieke samenwerking als daarbij ondernemingen betrokken zijn. Een onderneming is in de definitie van het mededingingsrecht elke entiteit die een economische activiteit verricht. Dus als er twee of meer overheden in het kader van een publiek-publieke samenwerking als ondernemingen moeten worden beschouwd omdat zij economische activiteiten verrichten, dan zou de Mededingingswet nog een rol kunnen spelen (met name het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet).

Niet behandeld: publieke of private samenwerking

Evenmin wordt in deze handreiking ingegaan op de vraag welke factoren een rol kunnen spelen in het kader van de beleidsmatige afweging of een publiek-publieke samenwerking of een publiek-private samenwerking gewenst is. Ook is deze handreiking niet een *handleiding* waarin u stapsgewijs wordt geleid langs de keuzes die u kunt maken om te komen tot een goed functionerend samenwerkingsverband. Hiervoor

1 Raadpleeg voor informatie en ondersteuning het dossier 'Staatssteun' bij Kenniscentrum Europa decentraal.

kunt u andere VNG Handreikingen raadplegen.²

2.2 Uitzonderingen op Europese aanbestedingsplicht: ook geldig in andere (niet-Europese) gevallen?

Deze handreiking behandelt de verschillende uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht bij publiek-publieke samenwerking. Van belang is om vooraf op te merken dat de uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht zijn ontwikkeld in de Europese jurisprudentie (verticale en horizontale samenwerking) of afkomstig zijn uit Richtlijn 2004/18/EG (uitsluitend recht) of in toekomstige regelgeving staan (overdracht van bevoegdheden).

Dat betekent dat de genoemde uitzonderingen van toepassing zijn bij overschrijding van de Europese drempelwaarden. Echter, het Hof van Justitie EU heeft bepaald dat de quasi-inhouse uitzondering ook geldt als het VWEU van toepassing is, dus bij concessies voor diensten waarin sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.³ Het ligt voor de hand dat dit ook geldt voor onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.⁴ Een duidelijk grensoverschrijdend belang is er als er (potentiële) interesse vanuit een andere EU-lidstaat bestaat voor de betreffende overheidsopdracht. Factoren die hierbij moeten worden bekeken zijn: de waarde van de opdracht, de (technische) aard van de opdracht, de plaats van uitvoering en de structuur van de markt.

Het voorgaande laat onverlet dat de gemeente ook steeds aan haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid dient te toetsen of zij zich heeft gecommitteerd aan meer spelregels dan die uit het Europese recht voortvloeien.

2 Zie de VNG Handreikingen 'Grip op samenwerken' en 'Intergemeentelijke samenwerking toegepast'. Beide publicaties zijn te vinden op de VNG website.

3 Zie HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea) en HvJ EU 15 oktober 2009, C-196/08 (Acoset). Voor horizontale samenwerking en artikel 18 Richtlijn is dit nog niet uitgemakt.

4 Zie: Gerecht 20 mei 2010, T-258/06 (Duitsland/Commissie).

2.3 Leeswijzer

In hoofdstuk 3 worden de verschillende mogelijkheden om verticale samenwerking vorm te geven besproken. Hoofdstuk 4 behandelt de horizontale samenwerking. Hoofdstuk 5 gaat in op opdrachten die op basis van een uitsluitend recht worden verleend. Tenslotte gaat hoofdstuk 6 in op overdracht van bevoegdheden van de ene overheidsinstantie aan de andere.

In deze hoofdstukken komen de volgende aspecten in ieder geval aan bod:

- Inleiding (uitleg en juridische randvoorwaarden)
- Voorbeelden

Er wordt gewerkt met groene, oranje en rode kaders. De groene voorbeelden zijn situaties die voldoen aan de voorwaarden en waarbij dus geen sprake is van een Europese aanbestedingsplicht. De oranje gevallen zijn grensgevallen of gevallen waarvan niet duidelijk is of zij voldoen aan de voorwaarden, de rode voorbeelden geven aan dat een uitzondering niet van toepassing is.

N.B. De voorbeelden dienen ter verduidelijking van de juridische theorie. Zij zijn bedoeld als ondersteuning om tot een goede vertaling te komen van de juridische criteria naar de praktijk. Zij zijn echter niet uitputtend bedoeld en doen geen recht aan de nuances die zich in de praktijk veelal voordoen.

- Kenmerken en voordelen van de besproken vorm van publiek-publieke samenwerking
- Toekomst
Er zal voor zover relevant worden ingegaan op de Nieuwe Richtlijn en de wijzigingen die daarin zijn opgenomen ten opzichte van de huidige situatie.



3 Verticale samenwerking

3.1 Inleiding

Inhouse

De gemeente heeft een diversiteit aan taken. Hierbij kan de gemeente zich afvragen welke taken zij zelf wil blijven doen en welke taken zij liever in samenwerking met andere overheden oppakt.

Als de gemeente de taak zelf wil blijven doen, dan behoudt zij zelf de verantwoordelijkheid voor de uitvoering. Bij uitvoering van de taak binnen de eigen organisatie spreekt men van inbesteding.

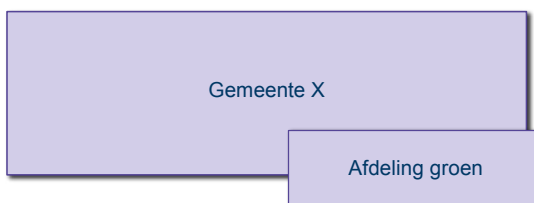
Van inbesteding is sprake wanneer de gemeente zelf personeel/materieel in huis heeft om opdrachten te vervullen en om die reden geen overeenkomst met een andere rechtspersoon hoeft te sluiten om bepaalde opdrachten uit te laten voeren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de gemeentelijke groenvoorziening.

In dit geval beschikt de gemeente zelf over personeel en materieel om 'groenopdrachten' uit te voeren en hoeft zij geen opdracht meer aan een derde partij te verlenen voor het laten uitvoeren van groenopdrach-

ten. In die situatie wordt ook de term '*inhouse*' gehanteerd.

Omdat in die situatie geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een opdrachtnemer – en er dus geen sprake is van een overheidsopdracht (zie artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012) – bestaat er in het geval van *inbesteden* geen (Europese) aanbestedingsplicht.

Schematisch kan *inbesteden* oftewel *inhouse* als volgt worden weergegeven:



Quasi-inhouse

In sommige gevallen besluit de gemeente om bepaalde dienstverlening 'op afstand te zetten' en een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten om vandaar uit activiteiten te laten verrichten.

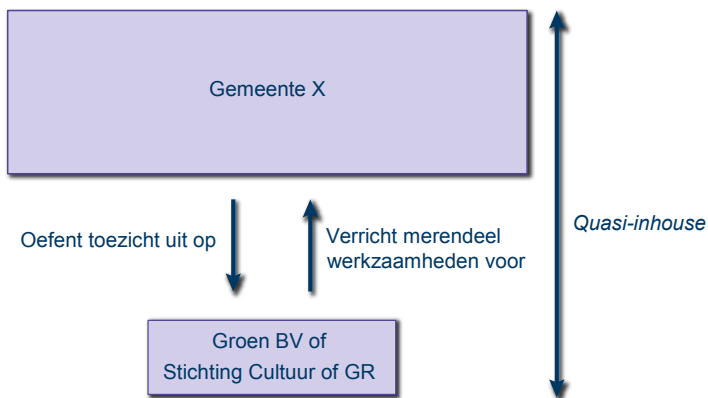
In die gevallen heeft de gemeente zelf geen personeel/materieel in huis, maar geeft de gemeente deze rechtspersoon de opdracht om bepaalde producten te leveren of diensten te verrichten.

Omdat in die omstandigheden de gemeente de activiteiten niet in eigen beheer verricht, maar een opdracht wordt vergeven aan een andere, aan de gemeente gelieerde rechtspersoon die als het ware een verlengstuk is van de gemeente, wordt gesproken over quasi-inhouse opdrachtverlening of *quasi-inbesteding*.

We spreken hier ook wel van 'verticale samenwerking', omdat een

'moeder'-organisatie (de gemeente) een opdracht geeft aan haar 'dochter' (de door haar gecontroleerde entiteit).

Schematisch kan *quasi-inbesteden* of *quasi-inhouse* als volgt worden weergegeven:



3.2 Voorwaarden quasi-inhouse kort samengevat

Het HvJ EU heeft in een reeks van arresten bepaald dat een overheidsopdracht die wordt verleend aan een gelieerde rechtspersoon onder omstandigheden niet (Europees) aanbestedingsplichtig is.

In het eerste relevante arrest, *Teckal*,⁵ heeft het HvJ EU bepaald dat aan twee cumulatieve criteria moet zijn voldaan, wil een betrekking tussen een aanbestedende dienst en een andere rechtspersoon van de toepassing van de EU-aanbestedingsregels worden vrijgesteld.

Volgens het HvJ EU valt deze opdracht buiten het toepassingsgebied van het aanbestedingsrecht als:

- de aanbestedende dienst over de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten (**toezicht-criterium**), EN

⁵ HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*).

- deze rechtspersoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem controleren (**merendeel-criterium**).

Wordt aan deze twee cumulatieve voorwaarden voldaan, dan is er volgens het HvJ EU materieel/functioneel gezien geen onderscheid tussen enerzijds inbesteden en anderzijds de situatie waarin een opdracht aan een derde partij wordt vergeven. In die laatste situatie is er sprake van quasi-inbesteden (ook *quasi-inhouse* genoemd) en is de opdracht aan de entiteit niet aanbestedingsplichtig. Het HvJEU meent dat dan kan worden geoordeeld dat de aanbestedende dienst zijn eigen middelen gebruikt.⁶

Tot nu toe is dit een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht die alleen in de jurisprudentie is aangenomen. De huidige wetgeving bevat deze uitzondering dus nog niet, maar deze is wel opgenomen in de toekomstige wetgeving (zie de paragraaf Toekomst).

3.3 Nadere uitwerking criteria quasi-inhouse

De twee Teckal-criteria (toezicht-criterium en merendeel-criterium) zijn in latere rechtspraak nader uitgekristalliseerd. Uit deze rechtspraak zijn de onderstaande nadere voorwaarden af te leiden.

De weergave uit deze rechtspraak zal hieronder worden weergegeven met daarbij een samenvatting en/of toelichting en waar mogelijk een vertaling naar de praktijk.

⁶ HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (Datenlotsen).

Toezicht-criterium

Kapitaal

- De omstandigheid dat de aanbestedende dienst samen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal in handen heeft van de vennootschap waaraan de opdracht wordt verleend, lijkt erop te wijzen - zonder beslissend te zijn - dat die aanbestedende dienst op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten.⁷
 - **Toelichting: als het volledige kapitaal van de entiteit in handen is van één of meer aanbestedende diensten is dat een aanwijzing dat aan het toezicht-criterium is voldaan.**
- De participatie - ook een minderheidsparticipatie - van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap, waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, sluit hoe dan ook uit dat de aanbestedende dienst op deze vennootschap toezicht kan uitoefenen.⁸
 - **Toelichting: elk aandeel, hoe klein dan ook, van een private onderneming in het kapitaal van de gecontroleerde entiteit, sluit toezicht door de aanbestedende dienst uit. Met privaat kapitaal in de gecontroleerde entiteit is een beroep op de quasi-inhouse uitzondering op dit moment dus niet mogelijk.**
- De louter theoretische mogelijkheid dat een private partij later deelneemt in het kapitaal van een gecontroleerde entiteit laat (zonder dat sprake is van een daadwerkelijke participatie) de "in house"-relatie tussen de aanbestedende dienst en de entiteit onverlet;⁹
 - **Toelichting: als het mogelijk is dat ooit in de toekomst een pri-**

7 HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo). Zie ook HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel) en HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea).

8 HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle). Zie ook HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel) en HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea).

9 HvJ EU 17 juli 2008, C-371/05 (Commissie/Italië). Zie ook Werkdocument EC, p. 9.

vate deelneming kan ontstaan (omdat private deelneming niet in de statuten is uitgesloten bijvoorbeeld) betekent dat niet dat er op dit moment geen beroep kan worden gedaan op de quasi-inhouse uitzondering. Echter, zie voorwaarde hierna.

- De latere daadwerkelijke verwerving van een private partij van een belang in het kapitaal van een gecontroleerde entiteit dienst, gedurende de looptijd van de overeenkomst leidt tot een aanbestedingsplicht.¹⁰
 - Toelichting: als er later alsnog een private deelneming ontstaat in het kapitaal van de gecontroleerde entiteit, ontstaat alsnog een Europese aanbestedingsplicht. Dit betekent dat voor de gesloten overeenkomst alsnog een aanbestedingsplicht ontstaat. Dit is te voorkomen door in de statuten van de gecontroleerde entiteit op te nemen dat alleen publiekrechtelijke rechtspersonen aandeelhouder kunnen zijn.
- Niet duidelijk is of de ratio die achter de voorwaarde inzake deelname van privaat kapitaal schuilt, ook op rechtspersonen moet worden toegepast die geen aandelenkapitaal hebben (zoals stichtingen of GR's). De ratio is volgens het Stadt Halle-arrest de volgende: *“Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat de verhouding tussen een overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen verband houdend met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De plaatsing van privé-kapitaal in een onderneming beantwoordt daarentegen aan specifieke overwegingen verband houdend met particuliere belangen en streeft andere doelstellingen na.”*¹¹
 - Toelichting: of deze overweging uit het Stadt Halle-arrest ertoe leidt dat elke deelname van private partijen, bijvoorbeeld in de

10 HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea). Zie ook Werkdocument EC, p. 9.

11 HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle), punt 50.

vorm van deelname in bestuur, is uitgesloten in een stichting om een beroep te kunnen doen op quasi-inhouse is nog niet bepaald. Het lijkt wel het veiligst om daar van uit te gaan.

Gezamenlijk toezicht

- Wanneer een overheidsinstantie toetreedt tot een intergemeentelijke vennootschap, waarvan alle aandeelhouders overheidsinstanties zijn, om aan die vennootschap het beheer van een openbare dienst over te dragen, kan het toezicht van de bij die vennootschap aangesloten instanties op die vennootschap, om als toezicht als op hun eigen diensten te worden aangemerkt, door deze instanties gezamenlijk worden uitgeoefend, in voorkomend geval bij meerderheidsbeslissing.¹²
 - Toelichting: gezamenlijk toezicht met meerdere aanbestedende diensten in de betreffende gecontroleerde entiteit is mogelijk.
- Het (gezamenlijk) toezicht moet effectief zijn, maar hoeft niet door elk aangesloten lid individueel te worden uitgeoefend.¹³
 - Toelichting: er moet wel sprake zijn van een effectief, werkend toezicht op de gecontroleerde entiteit maar het hoeft niet door elke individuele aanbestedende dienst te worden uitgeoefend, dus er kan ook worden gewerkt met één vertegenwoordiger van meerdere aanbestedende diensten in bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering.

Type rechtspersoon

- Het type rechtspersoon aan wie de opdracht wordt verleend is op zich niet beslissend, maar kan een aanwijzing vormen voor meer of minder overheidsinvloed. Zo hebben bepaalde rechtspersonen naar nationaal recht een grotere onafhankelijkheid van de aandeelhou-

¹² HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel).

¹³ HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel), HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea) en HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (Econord).

ders en/of een handelskarakter.¹⁴

- **Toelichting:** bij een vennootschap (BV of NV) kan de afhankelijkheid van de aandeelhouders kleiner zijn dan de afhankelijkheid van deelnemende aanbestedende diensten in een stichting of GR. Bij een vennootschap kan het handelskarakter groter zijn dan bij een stichting of GR.
- Naarmate de betrokken entiteit een grote zelfstandigheid heeft en/of meer ruimte heeft om marktgericht te opereren (betrekkingen met ondernemingen uit de commerciële/particuliere sector kan aanknopen), zal minder snel aan het toezichtcriterium zijn voldaan.¹⁵
 - **Toelichting:** een grotere zelfstandigheid en marktgerichtheid van de gecontroleerde entiteit komt het toezicht-criterium niet ten goede.

Toezicht waarop en hoe?

- Of de aanbestedende dienst op de entiteit toezicht uitoefent (zoals op zijn eigen diensten), moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de entiteit onder een zodanig toezicht staat, dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed, zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap.¹⁶
 - **Toelichting:** of voldaan is aan het toezicht-criterium moet worden bekeken aan de hand van alle feiten en omstandigheden. Van toezicht is sprake bij een doorslaggevende invloed van de aanbestedende dienst(en) op de strategische doelstellingen (zoals bijvoorbeeld meerjarenplan, visie, strategie, marktbenadering etc.)

14 HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel).

15 HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (Parking Brixen), HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (Coditel) en HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea).

16 HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo). Zie ook HvJ EU 13 oktober 2005, C-458/03 (Parking Brixen) en HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (Sea).

en de belangrijke beslissingen (zoals bijvoorbeeld vaststelling begroting en jaarrekening, ontslag/benoeming sleutelfiguren, verwerven en vervreemden van onroerend goed, het aangaan van andere belangrijke transacties, beslissen over belangrijke investeringsbeslissingen, etc.).

- Het toezicht van een aanbestedende dienst op de gecontroleerde entiteit dient structureel, functioneel en effectief te zijn. Het toezicht mag niet worden uitgehold.¹⁷
 - Toelichting: meerderheidstoezicht mag, maar het individuele toezicht mag niet een uitsluitend formeel toezicht zijn. Er mag dus geen sprake zijn van een 'louter formele' deelname in het toezicht maar er moet functioneel en effectief toezicht worden uitgeoefend. De jurisprudentie maakt niet duidelijk waar de grens ligt tussen structureel, functioneel en effectief toezicht en een uitgehold toezicht.
- Het toezicht dat de aanbestedende diensten uitoefenen op een (gecontroleerde) entiteit, kan in ieder geval worden aangemerkt als toezicht zoals op hun eigen diensten in omstandigheden waar (i) de activiteiten van die entiteit beperkt zijn tot het grondgebied van de aanbestedende diensten en het merendeel van de activiteiten wordt uitgeoefend ten behoeve van de aanbestedende diensten, en (ii) de aanbestedende diensten via statutaire organen, bestaande uit hun vertegenwoordigers, een doorslaggevende invloed in de hiervóór bedoelde zin uitoefenen.¹⁸
 - Toelichting: er is *in ieder geval* toezicht als de activiteiten van de gecontroleerde entiteit zich concentreren op het grondgebied van de controlerende aanbestedende diensten, zij alleen werkt ten behoeve van die aanbestedende diensten en de aanbestedende diensten via vertegenwoordigers zitting hebben in direc-

17 HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (Econord).

18 Hv JEU 10 september 2009, C-573/07 (Sea).

tie/raad van commissarissen/bestuur en op die manier doorslaggevende invloed uitoefenen.

Verzwakking toezicht door holding

- Indirecte participatie via een holdingvennootschap boven de betreffende gecontroleerde entiteit kan naar gelang de omstandigheden tot een verzwakking leiden van het eventuele toezicht dat de aanbestedende dienst op de gecontroleerde entiteit uitoefent.¹⁹
 - Toelichting: een tussenentiteit tussen de gecontroleerde entiteit en de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een verzwakking van het toezicht. Er kan dan nog wel sprake zijn van quasi-inhouse toezicht maar dat moet dan uit andere omstandigheden blijken.

Merendeel-criterium

- De activiteiten van de gecontroleerde entiteit moeten zich hoofdzakelijk toespitsen op de aanbestedende dienst (en) en elke andere activiteit moet marginaal c.q. bijkomstig van aard zijn (mogelijk niet meer dan 10%²⁰ van de omzet).²¹
 - Toelichting: de gecontroleerde entiteit moet zich qua activiteiten concentreren op de haar controlerende aanbestedende diensten.
- Voor het merendeel-criterium zijn alle werkzaamheden die de gecontroleerde entiteit verricht in het kader van de door de aanbestedende dienst(en) gegunde opdracht(en) relevant. Niet relevant is de identiteit van de begunstigde (aangebestedende dienst of burger), niet relevant is wie betaalt (de aanbestedende dienst dan wel de burger/derden-gebruikers) en niet relevant is het grondgebied waarop deze werkzaamheden worden verricht.²²

19 HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

20 Dit percentage zal in de nabije toekomst veranderen in 20% na implementatie van de Nieuwe Richtlijn (zie ook paragraaf 3.11 Toekomst van dit hoofdstuk).

21 HvJ EU, 19 april 2007, C-295/05 (Asemfo). Zie ook HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

22 HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

- **Toelichting:** alle activiteiten die de gecontroleerde entiteit voor de aanbestedende dienst(en) in het kader van de gegunde opdracht verricht moeten in ogenschouw worden genomen om het percentage te kunnen berekenen.
- Gekeken moet worden naar de omzet die de gecontroleerde entiteit maakt met de activiteiten die zij verricht in het kader van de door de aanbestedende dienst(en) gegunde opdracht(en).²³
- Wanneer de gecontroleerde entiteit gezamenlijk wordt gecontroleerd door verschillende aanbestedende diensten moet in het kader van het merendeel-criterium rekening worden gehouden met de werkzaamheden die de entiteit voor al deze aanbestedende diensten samen verricht.²⁴

3.4 Over BV's, NV's, stichtingen en GR's

Opvallend is dat de jurisprudentie van het HvJ EU over verticale samenwerking uitsluitend en de nationale rechtspraak tot op heden hoofdzakelijk gericht is op privaatrechtelijke rechtspersonen (vooral de BV en de NV).²⁵

In Nederland wordt echter door gemeenten en andere overheden veel samengewerkt in de vorm van GR's en soms ook via stichtingen. De rechtspraak zoals hiervoor genoemd geldt net zo goed voor GR's en stichtingen als voor NV's en BV's.

Ook bij een GR of een stichting die opdrachten verricht voor gemeenten (en mogelijk andere overheden) moet aan het toezicht- en merendeel-criterium zijn voldaan willen de gemeenten een beroep kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering.

²³ HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

²⁴ HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

²⁵ Hoge Raad 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900; Hof Den Bosch 17 januari 2012, LJN:BV1367; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NLGHARL:2013:6675.

De enige voorwaarde die nader onderzoek verdient is de eis dat er geen sprake mag zijn van privaat kapitaal in de gecontroleerde entiteit. Immers, GR's en stichtingen hebben geen aandelenkapitaal. Zij hebben wel een bestuur en er worden financiële middelen ter beschikking gesteld.

Aangenomen moet worden dat om ook te kunnen profiteren van de quasi-inhouse uitzondering in het geval van een GR of een stichting, gewaakt moet worden voor teveel invloed uit de private sector. Wat is de ratio achter de voorwaarde dat privaat kapitaal toezicht in het kader van quasi-inhouse uitsluit? Die ratio staat in het Stadt Halle-arrest. Hierin heeft het HvJ EU bepaald dat de plaatsing van privé kapitaal in een onderneming ingegeven is door overwegingen in het kader van particuliere belangen en dus andere doelstellingen nastreeft dan aanbevestigende diensten die worden beheerst door specifieke overwegingen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.²⁶

Concreet lijkt dit tot de algemene aanbeveling te leiden dat als de gemeente opdrachten verleent aan een stichting of een GR en een beroep wil doen op de quasi-inhouse uitzondering, het de voorkeur verdient om bestuurders in deze stichting of GR geen vertegenwoordigers te laten zijn van de private sector en de stichting of de GR niet door private middelen te laten financieren.

26 HvJ EU 26 januari 2005, C-26/03 (Stadt Halle).

3.5 Voorbeelden B.V.'s

Casus Wsw

Gemeente X wijst op grond van artikel 2, lid 2 van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) Sowevo BV aan om voornoemde wet in de gemeente uit te voeren. De aandelen van Sowevo BV zijn 100% in handen van de gemeente. Sowevo BV besluit in 2014 als onderneming in te schrijven op een aantal aanbestedingsprocedures voor groenonderhoud van enkele buurgemeenten. Sowevo BV wint deze aanbestedingsprocedures en voorziet dat zij in 2015 circa 33% van haar omzet zal behalen uit de uitvoering van deze overheidsopdrachten. Kan een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering worden gedaan?

Antwoord: Neen. Voor een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering is het noodzakelijk dat de activiteiten van Sowevo BV zich voor het merendeel toespitsen op de gemeente X. Elke andere activiteit moet marginaal c.q. bijkomstig van aard zijn. Wanneer Sowevo BV in 2015 circa 33% van haar omzet zal behalen uit de uitvoering van overheidsopdrachten van andere gemeenten, kan niet langer meer betoogd worden dat de activiteiten van Sowevo BV zich hoofdzakelijk toespitsen op de gemeente X. Een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering komt hierdoor dus op de tocht te staan. Slechts indien die andere gemeenten ook aandeelhouder worden van Sowevo BV kan dit weer anders worden.

Casus Groenvoorziening

Gemeenten X en Y richten in 2014 de gezamenlijke Gemeentelijke Groen BV op en bezitten ieder de helft van de aandelen in deze BV. Deze BV verricht groenwerkzaamheden voor de twee genoemde gemeenten. In 2015 wenst gemeente Z tevens gebruik te maken van de diensten van Gemeentelijke Groen BV. De gemeenten besluiten daarom een holding BV op te richten waarin zij alle drie voor 1/3 aandeelhouder zullen worden. Deze holding BV zal op haar beurt de volledig aandeelhouder worden van de Gemeentelijke Groen BV. Staat deze constructie in de weg aan een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering?

Antwoord: Neen, niet zonder meer. Een holdingstructuur staat niet zonder meer in de weg aan een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering. Wel dienen de gemeenten er rekening mee te houden dat het toezicht van de drie gemeenten op de Gemeentelijke Groen BV kan 'verwateren' door middel van de holdingconstructie. In het geval van dergelijke holdingconstructies verdient het daarom aanbeveling om in de statuten van de Gemeentelijke Groen BV te regelen dat de drie gemeenten een doorslaggevend invloed hebben op de strategische doelstellingen en de belangrijke beslissingen van Gemeentelijke Groen BV.

Casus IT

Gemeenten X, Y en Z richten in 2014 de gezamenlijke IT BV op en bezitten ieder 1/3 van de aandelen in deze BV. Deze BV verricht IT-dienstverlening voor de drie genoemde gemeenten. In 2015 wensen de gemeenten V en W te participeren in het aandelenkapitaal van de BV, zodat de BV tevens diensten voor hen kan gaan verrichten, zonder dat deze overheidsopdrachten hoeven worden aanbesteed. Staat een dergelijke toetreding van de gemeenten V en W in het aandelenkapitaal van de BV in de weg aan een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering?

Antwoord: Neen. De participatie van gemeenten V en W in het aandelenkapitaal van de Gemeentelijke IT BV staat als zodanig niet in de weg aan een succesvol beroep op de quasi-inhouse uitzondering. Het toezicht op de BV kan immers gezamenlijk worden uitgeoefend door de vijf gemeenten.

3.6 Voorbeelden GR's

Casus Vastgoed (1)

Een aantal gemeenten wenst samen te gaan werken in het kader van beheer en exploitatie van de vastgoedportefeuille van de gemeenten. Zij wensen de samenwerking onder te brengen in een aparte rechtspersoon maar twijfelen nog tussen een BV en een GR met openbaar lichaam. Zij menen dat een BV niet als verlengstuk van de gemeenten kan worden gezien en een GR wel. Zij denken dat als zij een BV oprichten, het niet mogelijk is om aan deze BV overheidsopdrachten te geven zonder een Europese aanbesteding te houden van de vastgoedsamenwerking en als zij een GR instellen wel. Klopt de gedachte van deze gemeenten?

Antwoord: Neen. Het maakt voor toepassing van het aanbestedingsrecht niet uit of de gecontroleerde entiteit, aan wie overheidsopdrachten worden verleend, een GR (met openbaar lichaam) of een BV is. Wel geldt dat om een beroep te kunnen doen op de quasi-inhouse uitzondering de gemeenten op de GR of BV toezicht moeten uitoefenen en dat de GR of BV het merendeel van de werkzaamheden moet verrichten voor de gemeenten die toezicht uitoefenen.

Maakt het nog uit wat de BV of GR precies gaat doen aan dienstverlening voor de gemeenten?

Antwoord: Neen. Voor een beroep op de quasi-inhouse uitzondering maakt het niet uit welke activiteiten de BV of GR precies verricht (en ook niet of deze diensten worden verricht in het algemeen belang of in het kader van de publieke taak van de gemeenten) zolang de gemeenten toezicht uitoefenen op de BV of GR en de BV of GR het merendeel van de werkzaamheden voor de gemeenten verricht.

Casus Ingenieursdiensten

Meerdere gemeenten hebben met elkaar een ingenieursbureau opgericht. Het ingenieursbureau is een openbaar lichaam in de zin van de Wgr. Het ingenieursbureau verzorgt de realisatie van infrastructurele en bouwkundige projecten in opdracht van de participerende gemeenten.

Gemeente X, die tot nu toe vaak externe expertise inhuurde bij grote ingenieursopdrachten, wil graag overheidsopdrachten bij dit gemeenschappelijke ingenieursbureau plaatsen, door te participeren in deze GR. De andere gemeenten vragen zich echter af of dit kan?

Antwoord: Ja, dit is mogelijk. Gemeente X zal juist moeten gaan deelnemen in de GR wil een beroep op verticale samenwerking succesvol zijn. Er moet zowel aan het toezicht-criterium en merendeel-criterium worden voldaan. Gezamenlijk toezicht is mogelijk mits het toezicht effectief, functioneel en structureel is. Indien alle gemeenten in de GR op dezelfde wijze deelnemen en alle gemeenten dus toezicht op het ingenieursbureau uitoefenen en het ingenieursbureau voor alle gemeenten diensten verricht kunnen alle gemeenten een beroep doen op de quasi-inhouse uitzondering.

Casus Kantoorautomatisering Veiligheidsregio (1)

De kantoorautomatisering van de Veiligheidsregio behoeft nodig aanpassing en vernieuwing. Eén van de twintig gemeenten wil de ICT-dienstverlening die daarmee gemeoid gaat voor de Veiligheidsregio verrichten tegen een vergoeding. De Europese drempelwaarde wordt hiermee overschreden. Kan de Veiligheidsregio deze overheidsopdracht zonder meer aan deze gemeente verlenen?

Antwoord: Neen. De Veiligheidsregio is een aanbestedende dienst. Er wordt echter door de Veiligheidsregio geen toezicht uitgeoefend op de gemeente en er is dus geen sprake van een quasi-inhouse uitzondering.

Indien sprake zou zijn van een overheidsopdracht onder de drempelwaarde moet eerst worden onderzocht of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (dat wil zeggen of er potentiële interesse is vanuit een andere EU-lidstaat) dus ook in dat geval kan de Veiligheidsregio de overheidsopdracht niet zonder meer aan de gemeente gunnen.

Casus Bedrijfsvoeringsorganisatie PIOFACH

Vier gemeenten zijn een samenwerking aangegaan in de vorm van een bedrijfsvoeringsorganisatie. Het is een GR met rechtspersoonlijkheid, zoals nieuw geïntroduceerd in de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr). Deze bedrijfsvoeringsorganisatie (BVO) is belast met de uitvoeringstaken personeel, informatievoorziening, organisatie, financiën, administratie, communicatie en huisvesting (zogenaamde PIOFACH taken) en ontvangt daartoe een vergoeding.

De uitvoering van de PIOFACH taken bij een vijfde gemeente geschiedt nu vooral via een detacheringsbureau. Zij is echter wel geïnteresseerd om deze taken door de BVO van de vier gemeenten te laten uitvoeren. Zij vraagt zich af zij zonder (Europese) aanbestedingsprocedure deze taken en daaruit voortvloeiende overheidsopdrachten kan 'wegzetten' bij deze bedrijfsvoeringsorganisatie?

Antwoord: Ja. De vier gemeenten hebben een beslissende invloed op de BVO als het gaat om strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, en oefenen derhalve toezicht uit op deze BVO. De BVO werkt uitsluitend voor de vier gemeenten. Deze samenwerking valt dus onder de quasi-inhouse uitzondering. De vijfde gemeente kan eveneens zonder Europese aanbesteding aan de BVO opdrachten verstrekken als zij ervoor zorgt dat zij ook toezicht uitoefent op deze BVO.

(Per 1 januari 2015 introduceert de Wgr een nieuwe samenwerkingsvorm, namelijk de bedrijfsvoeringsorganisatie met rechtspersoonlijkheid).

3.7 Voorbeelden stichting

Casus Stichting Innovatie

Provincie X en twee gemeenten Y en Z hebben de Stichting Bevordering Innovatie en Economische Ontwikkeling opgericht. In het bestuur van de Stichting zitten naast drie vertegenwoordigers van de provincie en de gemeenten ook twee vertegenwoordigers van private partijen, namelijk van een projectontwikkelaar en van een aannemer. Alle bestuursleden hebben een gelijke stem in het bestuur. Er is geen raad van toezicht. Kunnen de provincie en gemeenten opdrachten - bestaande uit het geven van adviezen over subsidies aan bedrijven in de provincie en de gemeenten - aan de Stichting BIEO verlenen met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering?

Antwoord: Dit is in zoverre een twijfelgeval omdat niet duidelijk is of de ratio van de voorwaarde die in het kader van het toezicht-criterium inzake kapitaal wordt gesteld ook moet worden toegepast bij een stichting (waarin immers geen kapitaal aanwezig is). Met andere woorden: niet helemaal duidelijk is of er (een) vertegenwoordiger(s) van private partijen in het bestuur van de stichting mag/mogen deelnemen als men een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering wil doen, omdat dan mogelijk de situatie ontstaat dat de stichting zich (mede) laat leiden door andere doelstellingen dan het nastreven van het algemeen belang.

Casus Stichting met uitbreiding opdrachtgevers

Stichting BIEO uit het vorige voorbeeld heeft de smaak te pakken en gaat voor andere commerciële en overheidsopdrachtgevers eveneens subsidie-adviezen alsmede bouwkundige en architectonische adviezen verstrekken. De omzet die zij daarmee behaalt is al snel het dubbele van de omzet die zij behaalt met de overheidsopdrachten van provincie en gemeenten. Is een beroep op quasi-inhouse nog mogelijk?

Antwoord: Neen. Er is niet langer voldaan aan het merendeel-criterium omdat de omzet die de Stichting behaalt voor andere opdrachtgevers dan provincie en gemeenten meer dan marginaal is.

3.8 Opdrachten van gecontroleerde entiteit aan derden

De overheidsopdrachten van de gecontroleerde entiteit aan derden zijn niet ook vrijgesteld van de Europese aanbestedingsregels. Zodra er buiten de vrijgestelde situatie opdrachten extern worden verleend geldt de uitzondering niet meer en zal gewoon aan de Europese aanbestedingsregels moeten worden getoetst. Zo zal er moeten worden getoetst of de gecontroleerde entiteit kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst is.

Casus Vastgoed (2)

Enkele gemeenten richten in het kader van beheer en exploitatie van de vastgoedportefeuille van de gemeenten een BV op. Zij hebben doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de BV (dus er is voldaan aan het toezicht-criterium) en de BV werkt uitsluitend voor de betreffende gemeenten (dus er is voldaan aan het merendeel-criterium).

De BV schakelt af en toe externen in voor onderhoud aan de gemeentelijke gebouwen in de diverse gemeenten. Hiermee worden de Europese drempelwaarden overschreden. De BV houdt echter geen Europese aanbesteding. Is dit toegestaan?

Antwoord: Dat is niet met zekerheid te zeggen. Het hangt er van af of de BV zelf een aanbestedende dienst is of niet. Er moet worden getoetst of de BV voldoet aan de vereisten van een publiekrechtelijke instelling. Als zij dat is, dan dient zij (Europees) aan te besteden, anders niet.

Publiekrechtelijke instelling (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012)

Een publiekrechtelijke instelling is een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan

- a) de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd of
- b) het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichhoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Deze criteria worden nader ingevuld en uitgelegd in jurisprudentie.

Raadpleeg voor meer informatie over het uitvoeren van deze toets de voorlichting van Kenniscentrum Europa decentraal op dit punt.

3.9 Opdracht tussen twee zusterbedrijven valt niet onder uitzondering

Een situatie die inmiddels ook in de jurisprudentie van het HvJ EU is beantwoord is de vraag of opdrachten tussen twee zusterentiteiten die door dezelfde moederentiteit worden gecontroleerd zijn vrijgesteld van de Europese aanbestedingsplicht.²⁷ Het antwoord is: neen.

Casus 'horizontale quasi-inhouse'

Op de Stichting Duurzame Innovatie wordt toezicht uitgeoefend door gemeente X en provincie Y; zij hebben een doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van deze stichting. De gemeente X en provincie Y oefenen op deze wijze ook toezicht uit op een andere stichting, de Stichting Cultuurbevordering. Beide stichtingen voeren het merendeel van hun activiteiten ten behoeve van gemeente X en provincie Y uit.

Mag de Stichting Duurzame Innovatie een overheidsopdracht voor diensten gunnen aan de Stichting Cultuurbevordering met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering?

Antwoord: Neen. Er is geen sprake van een quasi-inhouse uitzondering in dit geval.

Uiteraard kunnen de gemeente X en de provincie Y wel aan beide Stichtingen overheidsopdrachten verlenen met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

²⁷ HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (Datenlotsen).

3.10 Kenmerken en voordelen verticale samenwerking

- Een voordeel van verticale samenwerking is dat er behalve het verwerven van aandeelhouderschap of op een andere wijze verkregen zeggenschap weinig hoeft te worden 'geformaliseerd'.

Er dient feitelijk sprake te zijn van het toezicht (en dat kan op verschillende manieren worden geëffectueerd).

Ook dient voldaan te zijn aan het merendeel-criterium. Dit zou gezien kunnen worden als een nadeel van verticale samenwerking, omdat het een beperkende voorwaarde is.

- Een tweede voordeel van de verticale samenwerking is dat voor de diensten die de gecontroleerde rechtspersoon verricht, niet de eis geldt dat deze diensten gelieerd moeten zijn aan enig (gemeenschappelijk) algemeen belang.

In feite kan elke dienst door de gecontroleerde rechtspersoon worden verricht. Dat betekent dat schoonmaakdiensten, ICT-diensten, groenonderhoud, noem maar op, allemaal in de gecontroleerde entiteit kunnen worden uitgevoerd, mits de gemeenten (al dan niet met andere overheden) toezicht houden en de gecontroleerde entiteit het merendeel van de werkzaamheden blijft uitoefenen voor de op haar toezichthoudende overheden.

- Een laatste kenmerk is dat verticale samenwerking met meerdere toezichthoudende overheden gezamenlijk mogelijk is. Dus met meerdere gemeenten, maar ook met gemeenten en provincies, en/of waterschappen en/of veiligheidsregio's. Mits al deze overheden toezicht hebben op de gecontroleerde entiteit (dus doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van die entiteit).

3.11 Toekomst

Artikel 12, leden 1 tot en met 3 van de Nieuwe Richtlijn zijn relevant voor vormen van verticale samenwerking.

Drie wijzigingen ten opzichte van de voorwaarden zoals neergelegd in de huidige jurisprudentie springen in het oog.

Percentage bij merendeel-criterium

Ten eerste zal na implementatie van artikel 12 het merendeel-criterium zijn geconcretiseerd in minimaal 80%. Of het veilig is nu al op dit percentage vooruit te lopen is niet duidelijk omdat het er op lijkt dat het HvJ EU een percentage van 10% aan commerciële activiteiten waarschijnlijk marginaal acht, maar niet duidelijk is of dat ook geldt voor 20%.²⁸

Top down en bottom up verticale samenwerking

Ten tweede is het verlenen van opdrachten van de toezichthoudende aanbestedende diensten aan de gecontroleerde entiteit toegestaan (gemakshalve 'top down' verticale samenwerking genoemd), maar ook - en dat is nieuw - het 'terugbesteden' van opdrachten van de gecontroleerde entiteit aan de toezichthoudende aanbestedende diensten (hier gemakshalve 'bottom up' verticale samenwerking genoemd). Deze opdrachten zijn over en weer vrijgesteld van een Europese aanbestedingsplicht. De *bottom up* verticale samenwerking en de opdrachten die daaruit voortvloeien zijn nu nog niet vrijgesteld van de aanbestedingsplicht.

Privé kapitaal

Ten derde mag directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde entiteit ook in de toekomst niet. Met uitzondering van vormen van participatie die geen controle of blokkerende macht opleveren, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving, die in overeenstemming zijn

²⁸ HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04 (Carbotermo).

met de (Europese) verdragen en die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde entiteit. Het lijkt er dus op dat het aanbestedingsrecht met de notie 'doorslaggevende invloed' steeds meer aanhaakt bij het mededingingsrechtelijke begrip 'zeggenschap', waarbij ook daadwerkelijk invloed kan worden uitgeoefend. Minderheidsdeelnemingen zonder zeggenschap van private partijen lijken dus in de toekomst voor quasi-inhouse niet langer altijd problematisch.



4 Horizontale samenwerking

4.1 Inleiding

Een tweede uitzondering die in de jurisprudentie is ontwikkeld door het HvJ EU is de zogenaamde horizontale samenwerking.

Vóór 2009 heeft het HvJ EU meerdere keren bepaald dat overeenkomsten die worden gesloten tussen aanbestedende diensten in beginsel onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht vallen. Voor zover deze overeenkomsten een overheidsopdracht zijn met een drempelwaarde boven de Europese aanbestedingsdrempels bestaat er een Europese aanbestedingsplicht voor dergelijke overeenkomsten.²⁹

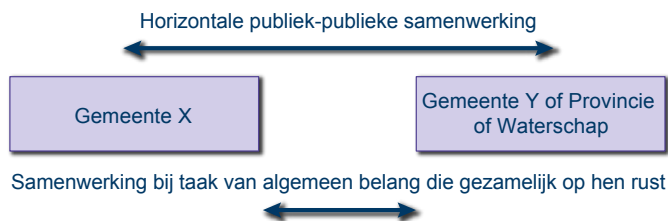
Op dit uitgangspunt is in de rechtspraak van het HvJ EU in 2009 een uitzondering gemaakt.³⁰

Het betrof een situatie waarbij sprake was van een 'horizontale'

29 Zie o.a. HvJ EU 18 januari 2007, C-386/11 (Commune de Roanne).

30 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

(samenwerkings)overeenkomst tussen aanbestedende diensten onderling die betrekking had op afvalverwerking.



4.2 Nadere uitwerking criteria

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU valt op te maken dat een samenwerkingsovereenkomst tussen aanbestedende diensten niet aanbestedingsplichtig is wanneer aan enkele cumulatieve criteria wordt voldaan:

- (i) Bij de overeenkomst zijn alleen aanbestedende diensten betrokken;
- (ii) Er is geen sprake van enige particuliere inbreng en geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten;
- (iii) De overeenkomst heeft als eigenschap dat het gaat om een echte samenwerking die de gezamenlijke vervulling van een openbare/geenschappelijke taak tot doel heeft; en
- (iv) De samenwerking wordt uitsluitend beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Met name de criteria genoemd onder (iii) en (iv) zijn voornamelijk voor verschillende interpretaties vatbaar.

Uit het Werkdocument EC³¹ blijkt dat de Europese Commissie zich op het standpunt stelt dat het criterium onder (iii) vergt dat de gezamenlijke uitvoering wordt gekenmerkt door deelname en wederzijdse verplichtingen

³¹ Werkdocument EC, zie Definities van deze Handreiking.

van de contractpartners, hetgeen leidt tot wederzijdse synergieën.

Dit houdt niet in, aldus de Commissie, dat elk van de samenwerkende aanbestedende diensten op gelijke basis deelneemt aan de werkelijke vervulling van de taak, maar het contract moet wel een gemeenschappelijk doel dienen, namelijk de gezamenlijke uitvoering van dezelfde taak.

In dat kader geeft het Werkdocument EC als voorbeeld dat aanbestedende diensten afvalverwerking als gemeenschappelijk doel hebben, waarbij de ene aanbestedende dienst voor het ophalen en de andere aanbestedende dienst voor verbranding van het afval zorgt.

LET OP

Een samenwerking waarbij echter de ene aanbestedende dienst tegen een vergoeding van de werkelijke kosten taken voor de andere aanbestedende dienst verricht, is volgens het Werkdocument een kenmerk van overheidsopdrachten die onder de EU aanbestedingsregels vallen. Dan is er dus geen sprake van vrijgestelde horizontale samenwerking.

Een ander voorbeeld uit het Werkdocument is de levering van elektriciteit aan de gebouwen van een gemeente door het nutsbedrijf van een andere gemeente. Deze opdracht moet dus worden aanbesteed.

Ten aanzien van het criterium onder (iv) geeft hetzelfde Werkdocument aan dat de samenwerking alleen op overwegingen van openbaar belang gebaseerd mag zijn. De uitzondering op de aanbestedingsplicht geldt dus niet indien de samenwerking in hoofdzaak op andere, in het bijzonder commerciële, overwegingen is gebaseerd.

“Daarom zouden de samenwerkende partners in beginsel geen activiteiten op de markt als onderdeel van de samenwerking mogen verrichten. De samenwerkingsovereenkomst mag met andere woorden geen activiteiten inhouden die op de open markt worden aangeboden.”³²

32 Werkdocument EC, p. 15. Er staat ‘in beginsel’ omdat de Commissie vervolgens in een voetnoot aangeeft dat strikt bijkomstige en marginale activiteiten wel op de open markt mogen worden verricht. Het voorbeeld van redelijk gebruik van toevallige reservecapaciteit wordt genoemd.

De enige vorm van horizontale samenwerking die tot nu toe door het HvJ EU is goedgekeurd had betrekking op afvalverwerking.³³ Horizontale samenwerking waarbij de samenwerking betrekking had op ingenieursdiensten en schoonmaakdiensten heeft de toets bij het HvJ EU niet doorstaan.³⁴

Bij dergelijke opdrachten is verticale samenwerking wel een mogelijkheid, zoals omschreven in paragraaf 3.2 van deze handreiking.

33 HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

34 HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (Lecce) en HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock).

4.3 Voorbeelden

Casus Afval

Gemeente X wenst op grond van artikel 10.21 van de Wet milieubeheer in samenwerking met gemeente Y het huishoudelijke afval in te zamelen. Door het over en weer gebruik maken van elkaars personeel en materieel hopen de twee gemeenten tot een optimale allocatie van de beschikbare middelen te komen. Er worden geen derden ingeschakeld in het kader van deze samenwerking. Zijn deze overheidsopdrachten over en weer aanbestedingsplichtig?

Antwoord: Neen. Het is verdedigbaar dat de samenwerking betrekking heeft op de uitvoering van een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de gemeenten rust. Het is gelet op het arrest Stadtreinigung Hamburg en gelet op het Werkdocument EC goed verdedigbaar dat een dergelijke horizontale samenwerking niet aanbestedingsplichtig is.

Casus Afvalwater (1)

Twaalf gemeenten en waterschap X wensen te komen tot een effectieve beheersing van de afvalwatercyclus door samen te gaan werken.

Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de **inzameling** van stedelijk afvalwater en de rioleringen.

Waterschappen hebben de zorgplicht voor de **zuivering** van stedelijk afvalwater.

Concreet is het idee dat de gemeenten aan waterschap X de overheidsopdracht verlenen tot het beheer en onderhoud van de rioolgemalen van de gemeenten. Andersom verstrekt het waterschap X de overheidsopdracht aan de gemeenten tot het doen van metingen bij waterzuiveringsfilters op verschillende gemeentelijke locaties. Daarnaast willen zij gezamenlijk neerslagmetingen gaan verrichten en een gezamenlijk calamiteitsplan opstellen.

Vallen deze overheidsopdrachten onder de uitzondering van horizontale samenwerking?

Antwoord: Het valt gelet op de huidige stand van het recht niet met zekerheid te zeggen of de samenwerking betrekking heeft op de uitvoering van een gezamenlijke taak van algemeen belang, omdat de taken van gemeenten en waterschap wel in elkaars verlengde liggen maar niet sprake is van een taak van algemeen belang die gezamenlijk op hen rust. De jurisprudentie heeft hierin nog geen duidelijkheid gebracht. De toekomstige regelgeving (artikel 12 lid 4 Nieuwe Richtlijn) lijkt meer ruimte te bieden omdat daarin wordt gesproken over 'samenwerking om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die de aanbestedende diensten moeten uitvoeren worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen'.

Casus Schoonmaak

Gemeente X wenst de komende tien jaar schoonmaakmedewerkers in dienst van de gemeente Y tegen een vergoeding in te schakelen voor glasbewassing van al het gemeentelijke vastgoed. Bestaat er voor een dergelijke overheidsopdracht een Europese aanbestedingsplicht?

Antwoord: Ja. Er van uitgaande dat de opdracht de Europese drempelwaarde overschrijdt, bestaat er voor deze overheidsopdracht een Europese aanbestedingsplicht en kunnen de gemeenten geen succesvol beroep doen op de uitzondering van horizontale samenwerking. Bij schoonmaakdiensten gaat het niet om een gemeenschappelijke taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust. Het gaat hier bovendien om een 'samenwerking' waarbij de ene aanbestedende dienst tegen een vergoeding van de werkelijke kosten taken voor de andere aanbestedende diensten verricht. Dit betreft volgens het Werkdocument EC juist een kenmerk van overheidsopdrachten die onder de aanbestedingsregels vallen.

Casus Kantoorautomatisering Veiligheidsregio (2)

De kantoorautomatisering van de Veiligheidsregio waarin twintig gemeenten deelnemen behoeft nodig aanpassing en vernieuwing. Eén van die twintig gemeenten wil de ICT-dienstverlening die daarmee gemoeid gaat voor de Veiligheidsregio verrichten tegen een vergoeding. De Europese drempelwaarde wordt hiermee overschreden. Kan de Veiligheidsregio deze overheidsopdracht zonder meer aan deze gemeente verlenen? Kan hun samenwerking als een toegestane horizontale samenwerking worden beschouwd?

Antwoord: Neen. De Veiligheidsregio is een aanbestedende dienst. De gemeente ook. Kantoorautomatisering kan echter niet worden beschouwd als een taak van algemeen belang, laat staan een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de Veiligheidsregio en de gemeenten rust. Bovendien gaat het hier om een 'samenwerking' waarbij de ene aanbestedende dienst tegen een vergoeding van de werkelijke kosten een dienst voor de andere aanbestedende diensten verricht. Dit betreft volgens het Werkdocument EC juist een kenmerk van overheidsopdrachten die onder de aanbestedingsregels vallen.

Casus Uitbreiding software

Gemeente A heeft een contract met softwareleverancier X. Gemeente B wil gaan samenwerken met gemeente A in die zin dat gemeente B ook gaat afnemen onder het contract dat gemeente A met softwareleverancier X heeft. Is dit een toegestane vorm van horizontale samenwerking?

Antwoord: Neen. Er is geen sprake van een samenwerking die de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke tot doel heeft en doelstellingen van algemeen belang nastreeft. Door deze samenwerking wordt bovendien een particuliere onderneming bevoordeeld.

4.4 Kenmerken en voordelen

- Een kenmerk en voordeel van horizontale samenwerking is dat afspraken, al dan niet in een overeenkomst vastgelegd, tussen de aanbestedende diensten volstaan. Er zijn geen andere 'handelingen' voor nodig.
- Een tweede kenmerk van horizontale samenwerking is dat vereist is dat de samenwerking betrekking heeft op een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de aanbestedende diensten rust. In de toekomst moet sprake zijn van de verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen waaraan de samenwerking invulling geeft.

4.5 Toekomst

In de Nieuwe Richtlijn is de horizontale samenwerking vastgelegd in artikel 12 lid 4 en lid 5.

De limitatieve vereisten in de bepaling zijn anders vormgegeven dan uit de huidige jurisprudentie voortvloeit.

Er is geen sprake van een Europese aanbestedingsplicht indien:

- (i) een opdracht wordt verleend tussen twee of meer aanbestedende diensten;
- (ii) welke opdracht uitvoering geeft aan samenwerking tussen deze aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij uitvoeren worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- (iii) de invulling van de samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en
- (iv) de aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder de samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

In hoeverre deze bepaling een materiële verandering behelst ten opzichte van de jurisprudentie is niet helemaal duidelijk. De eis van

een taak van algemeen belang die gezamenlijk op hen rust is komen te vervallen maar daarvoor is 'de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen' terug gekomen en het algemeen belang komt terug in de eis dat invulling van de samenwerking berust op openbaar belang-overwegingen.

Opvallend is dat de expliciete eis dat een particuliere dienstverrichter niet wordt bevoordeeld is komen te vervallen. Deze eis zou impliciet besloten kunnen liggen in het vereiste dat uitsluitend overwegingen in verband met het openbaar belang aan de orde mogen zijn. Dit omdat in overweging 33 van de considerans van de Nieuwe Richtlijn wel degelijk wordt overwogen dat de samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang mag plaatsvinden, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten.

In overweging 32 van de considerans van de Nieuwe Richtlijn wordt verder verduidelijkt dat aanbestedende diensten zoals publiekrechtelijke instellingen waarin sprake kan zijn van private deelneming zich desalniettemin moeten kunnen beroepen op de uitzondering wegens horizontale samenwerking. Privaat kapitaal in een publiekrechtelijke instelling (zijnde een aan de samenwerking deelnemende aanbestedende dienst) sluit horizontale samenwerking dus ook in de toekomst niet uit.

Verder wordt in overweging 33 van de considerans van de Nieuwe Richtlijn overwogen dat aanbestedende diensten moeten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking zou betrekking kunnen hebben, aldus deze overweging, op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen (lees: gemeenten, provincies, waterschappen, veiligheidsregio's) verplicht of vrijwillig op zich nemen, of diensten waarvoor krachtens publiek recht specifieke instanties bevoegd zijn.

Tenslotte wordt ook hier overwogen dat de diensten die door de verschillende instanties worden verleend niet noodzakelijkerwijs identiek hoeven te zijn maar ook complementair kunnen zijn. Dus de deelnemende overheden hoeven niet allebei dezelfde bijdrage te leveren aan de samenwerking maar moeten ieder bijdragen leveren die elkaar aanvullen in het kader van de taak van algemeen belang.

Hoe de (nieuwe) voorwaarde onder (iv) moet worden uitgelegd is op dit moment niet geheel duidelijk. Artikel 12 lid 5 van de nieuwe Richtlijn bepaalt dat het percentage moet worden berekend aan de hand van de gemiddelde totale omzet (of een andere geschikte maatstaf) over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht. Indien het nieuwe activiteiten of een nieuwe rechtspersoon betreft (waardoor er geen gegevens over drie jaar voorhanden zijn) volstaat het om met gemiddelde bedrijfsprognoses een aannemelijke meting te maken. In dit verband is de in voetnoot 32 geciteerde passage uit het Werkdocument EC van belang.



5 Alleenrecht/uitsluitend recht

5.1 Inleiding

Een derde vorm van publiek-publieke samenwerking die in deze handreiking wordt behandeld is de situatie waarbij de ene aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst een uitsluitend recht (alleenrecht) verleent op basis waarvan opdrachten aan deze aanbestedende dienst kunnen worden verleend.

Deze uitzondering is – anders dan de verticale en de horizontale samenwerking – in de huidige regelgeving neergelegd, namelijk in artikel 18 van de Richtlijn en artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012.

Er moet aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- (i) Een aanbestedende dienst gunt een opdracht aan
- (ii) een andere aanbestedende dienst
- (iii) op basis van een uitsluitend recht dat
- (iv) wettelijk of bestuursrechtelijk bekend is gemaakt
- (v) en waarvan de bepalingen in overeenstemming zijn met het VWEU.

Ad (iii): Een uitsluitend recht is volgens de definitie in artikel 1.1. Aan-

bestedingswet 2012 een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. Het is dus volgens de Nederlandse wetgeving vereist dat in het uitsluitend recht een geografisch gebied wordt aangegeven.

Ad (iv): Het uitsluitend recht dat de opdracht verrichtende aanbestedende dienst geniet moet een wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke basis hebben. Dat is dus óf een uitsluitend recht dat is neergelegd in een wet (bijvoorbeeld het Kadaster of een waterschap dat wettelijke taken uitoefent) óf een bekendgemaakte verordening of een besluit van het college van B en W waarin een uitsluitend recht wordt verleend.

Ad (v): De laatste voorwaarde vereist dat de bepalingen van het uitsluitend recht in overeenstemming zijn met het VWEU.

Deze handreiking kan niet ingaan op de details en alle jurisprudentie die het HvJ EU heeft gewezen over uitsluitende rechten. Hier wordt volstaan met de opmerking dat het uitsluitend recht – dat immers de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt - gerechtvaardigd moet zijn door een in het VWEU genoemde uitzondering.

Er kan sprake zijn van een rechtvaardiging door de uitoefening van het openbaar gezag, door de openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid of door dwingende redenen van algemeen belang. In dat laatste geval moeten die geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder gaan dan noodzakelijk en zonder discriminatie worden toegepast.

Dit vergt in elk individueel geval weer een individuele toets. Het moge duidelijk zijn dat de verlening van een uitsluitend recht moet voldoen aan een aantal voorwaarden en dat van deze uitzondering niet lichtvaardig gebruik kan worden gemaakt.

De Hoge Raad heeft een samenwerking inzake afvalinzameling en verwerking waarbij een uitsluitend recht was verleend in overeenstemming met het VWEU geacht omdat tevens was voldaan aan de quasi-inhouse uitzondering.³⁵

³⁵ Hoge Raad 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900.

5.2 Voorbeelden

Casus Afvalinzameling

Gemeente X wil de afvalinzameling op afstand zetten. Zij verzelfstandigt de gemeentelijke inzamelingsdienst door Proper BV op te richten waarin de gemeente en twee andere gemeenten elk voor een derde aandeelhouder van worden. De statuten van deze BV bepalen dat het doel van deze BV is om het huisvuil in de gemeente en mogelijk in de toekomst van andere nieuwe aandeelhoudende gemeenten in te zamelen en de huisvuilinzameling op een zo duurzaam en milieuverantwoord mogelijke wijze in de betreffende gemeente(n) in te richten. Verder bepalen de statuten van deze BV dat uitsluitend publiekrechtelijke rechtspersonen als aandeelhouder kunnen toetreden. Niet ter discussie staat dat deze BV een publiekrechtelijke instelling is en dus een aanbestedende dienst.

Gemeente X heeft een doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van Proper BV en Proper BV werkt uitsluitend voor Gemeente X.

Gemeente X verstrekt aan Proper BV een uitsluitend recht om het huisvuil in deze gemeente in te zamelen voor de komende vijf jaar en sluit vervolgens met deze BV een overeenkomst voor 2 jaar die 3 maal met een jaar kan worden verlengd. Met deze overheidsopdracht wordt de Europese drempelwaarde overschreden. In de gemeentelijke afvalverordening wordt Proper BV als inzamelingsdienst aangewezen.

Kan een beroep worden gedaan op artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 zodat deze overheidsopdracht niet Europees hoeft te worden aanbesteed?

Antwoord: Ja. Naar de huidige stand van de jurisprudentie is voldaan aan de voorwaarden die artikel 18 Richtlijn en artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 stelt.

Casus onderhoud en support ICT

Vijf gemeenten verlenen aan Eerstelijnsadvies ICT BV het uitsluitend recht om onderhoud en support te leveren op specifieke database software omdat de volledige ICT-infrastructuur van deze vijf gemeenten is toegesneden op de database software van deze leverancier. Het uitsluitend recht wordt voor vijf jaar verleend. Zij leggen dit vast in een overeenkomst.

Kunnen deze gemeenten een beroep doen op de uitzondering inzake het uitsluitend recht?

Antwoord: Neen. Er is geen sprake van een wettelijk of bestuursrechtelijk bekend gemaakt uitsluitend recht en er is geen sprake van een aanbestedende dienst aan wie het uitsluitend recht wordt verleend.

5.3 Kenmerken en voordelen

- Een eerste kenmerk en voordeel van deze wettelijke uitzondering is dat er geen toezichtsverhouding vereist is tussen de aanbestedende dienst die de opdracht verleent en de aanbestedende dienst die de opdracht verricht.
- Een ander voordeel is dat niet nodig is dat aan het merendeel-criterium wordt voldaan. Het maakt, anders gezegd, niet uit hoeveel werkzaamheden de opdracht verrichtende entiteit verricht voor wie.
- Een derde kenmerk van deze uitzondering is dat het uitsluitend recht geformaliseerd dient te zijn in de vorm van een wettelijke taak of een aanwijzing in een verordening of een besluit van het college van B en W.
- Een vierde kenmerk, en dit bemoeilijkt het gebruik van deze uitzonderingsmogelijkheid, is de voorwaarde dat de bepalingen van het uitsluitend recht in overeenstemming moeten zijn met het VWEU. Er is weinig relevante rechtspraak over de vraag waaraan moet zijn voldaan om aan deze voorwaarde te voldoen.³⁶

³⁶ Er is één relevant Europees arrest waarin deze voorwaarde aan de orde kwam. Daaruit blijkt dat indien een richtlijn van toepassing is die de betreffende sector liberaliseert het verlenen van een uitsluitend recht in die sector in strijd komt met het VWEU omdat dan het verlenen van het uitsluitend recht indruist tegen de doelstelling van de richtlijn, zie HvJ EU 18 december 2007, C-220/06 (Correos).

5.4 Toekomst

In de Nieuwe Richtlijn staat deze uitzondering opgenomen in artikel 11. De inhoud is materieel ongewijzigd ten opzichte van artikel 18 van de Richtlijn.



6 Overdracht van bevoegdheden

6.1 Inleiding

Een vierde vorm van publiek-publieke samenwerking die kan worden onderscheiden en die noch in aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie noch in huidige aanbestedingsregelgeving is vastgelegd betreft de overdracht van bevoegdheden.

Hierbij wordt de bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak van de ene aan de andere overheidsinstantie volledig overgedragen (als onderdeel van een reorganisatie van overheidsdiensten) – dat wil zeggen het officiële gezag en de bijbehorende economische activiteiten - en de instantie die de bevoegdheid overdraagt behoudt geen enkele verantwoordelijkheid meer. De instantie die de bevoegdheid krijgt overgedragen moet deze bevoegdheid zelfstandig en op eigen verantwoordelijkheid uitoefenen, alsmede bepalen en regelen hoe de economische activiteiten die in het kader van de openbare taak aan de orde zijn worden verricht.

De Europese aanbestedingsregels houden zich niet bezig met de vraag hoe de overdracht op nationaal vlak in het vat zou kunnen worden ge-

goten dus evenmin met de vraag: is er sprake van delegatie of mandaat of een andere vorm?

Mandaat

In artikel 10.1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is vastgelegd dat onder mandaat wordt verstaan de bevoegdheid om *in naam van een bestuursorgaan* besluiten te nemen. In ons nationale rechtsstelsel zal bij mandatering aan een andere gemeente of een samenwerkingsverband, de bevoegdheid door de andere gemeente of samenwerkingsverband uitgeoefend worden in naam van de gemeente die het mandaat verleent. Een beroep op de uitzondering van overdracht van bevoegdheden zoals benoemd in dit hoofdstuk is dan gegeven het bestuursrechtelijk kader niet mogelijk. De bevoegdheid wordt dan immers niet overgedragen.

Delegatie

Anders dan bij mandaat, wordt bij delegatie wel de bevoegdheid en daarmee de verantwoordelijkheid overgedragen. Artikel 10:13 Awb stelt dat bij delegatie een bestuursorgaan zijn bevoegdheid overdraagt tot het nemen van besluiten aan een ander die deze *onder eigen verantwoordelijkheid* uitoefent. In het geval van delegatie is een beroep op de uitzondering van overdracht van bevoegdheden zoals benoemd in dit hoofdstuk bestuursrechtelijk wel mogelijk.

LET OP

Er zal echter wel eerst moeten worden nagegaan of delegatie is toegestaan. Voor delegatie is namelijk een wettelijk voorschrift vereist (artikel 10:15 Awb). Daarnaast zal ook moeten worden getoetst of de aard van de bevoegdheid zich tegen delegatie verzet.³⁷

37 Zie hierover artikelen 156 en 165 Gemeentewet, voor wat betreft de gemeenteraad en het college van B en W.

6.2 Voorbeelden

Casus Afvalwater (2)

In de Waterwet staat dat de zorg voor de zuivering van stedelijk afvalwater ook bij een gemeente kan worden neergelegd, als het waterschap en de betrokken gemeente het daarover eens zijn en als dat doelmatiger is.

Gemeente A en Waterschap B willen gebruik maken van deze wettelijke mogelijkheid. Zij zijn van mening dat zij in dit geval niet hoeven te toetsen aan de Europese aanbestedingsregels en in het bijzonder niet aan de vraag of de uitzondering van 'overdracht van bevoegdheden' van toepassing zou kunnen zijn, aangezien de Nederlandse wetgeving bepaalt dat dit mag. Klopt dit?

Antwoord: Neen, niet zonder meer. Er zal in het kader van het overdragen van deze zorg van Waterschap B aan Gemeente A een aantal afspraken worden gemaakt. Zo zal waarschijnlijk een vergoeding door het Waterschap B aan Gemeente A worden verstrekt, wat betekent dat moet worden bekeken of Waterschap B aan Gemeente A een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht verstrekt.

In dit kader zal moeten worden gezien op welke uitzondering een beroep kan worden gedaan en of in dit geval sprake is van 'overdracht van bevoegdheden'. Als het officiële gezag en de daarbij behorende uitvoeringstaken worden overgedragen, dan is dat het geval. In de toekomstige regelgeving staat bovendien de eis dat Waterschap B aan gemeente A geen vergoeding voor contractuele prestaties mag verlenen. Waarschijnlijk (maar dat is onzeker) wordt hiermee bedoeld dat Waterschap B aan Gemeente A slechts een vergoeding mag verlenen ter dekking van de kosten van de overgedragen taak en uitvoeringsactiviteiten en niet meer.

Casus Milieustraat

Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de inzameling van grof huishoudelijk afval. Een viertal gemeenten wil liever gebruik maken van de milieustraat van centrumgemeente X dan dat zij ieder een eigen milieustraat moeten inrichten. De gemeenten vragen zich of zij in dit geval een beroep kunnen doen op de uitzondering 'overdracht van bevoegdheden', door hun bevoegdheid over te dragen aan centrumgemeente X.

Is hier sprake van overdracht van bevoegdheden?

Antwoord: Ja. Vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief zou gesteld kunnen worden dat er sprake is van 'overdracht van bevoegdheden' mits de vier gemeenten aan centrumgemeente X daadwerkelijk het officiële gezag en de bijbehorende uitvoeringsactiviteiten overdragen. In de toekomstige aanbestedingsregelgeving staat bovendien de eis dat de vier gemeenten aan gemeente X geen vergoeding voor contractuele prestaties mogen verlenen. Waarschijnlijk (maar dat is onzeker) wordt hiermee bedoeld dat de gemeenten aan gemeente X slechts een vergoeding mogen verlenen ter dekking van de kosten van de overgedragen taak en uitvoeringsactiviteiten en niet meer.

Vanuit bestuursrechtsrechtelijk perspectief zal nog wel getoetst moeten worden of de Wgr of een ander wettelijk voorschrift een wettelijke grondslag biedt voor delegatie (art. 10:15 Awb). In het geval van een centrumgemeente biedt de Wgr deze wettelijke grondslag niet en moet in dit geval gekeken worden of de Wet Milieubeheer deze grondslag biedt.

6.3 Kenmerken en voordelen

- Voor overdracht van bevoegdheden is noodzakelijk dat de bevoegdheid en bijbehorende uitvoeringsactiviteiten daadwerkelijk worden overgedragen.
- Er dient wel steeds aan de hand van de bestuursrechtelijke regelgeving te worden gezien of overdracht mogelijk is en op welke wijze dit in het vat moet worden gegoten.
- De overdragende gemeente is de verantwoordelijkheid voor en daarmee ook controlerende invloed op de betreffende openbare taak en uitvoeringsactiviteiten kwijt.
- Overdracht van bevoegdheden lijkt vooral een uitkomst te bieden voor (kleinere) gemeenten die slechts een beperkte ambtenaren capaciteit hebben en die graag een bepaalde openbare taak met uitvoeringsactiviteiten integraal wensen over te dragen aan een andere (grotere) gemeente.

6.4 Toekomst

In de Nieuwe Richtlijn staat de overdracht van bevoegdheden geregeld in artikel 1 lid 6. Dat is een geheel nieuwe bepaling waarin kort samengevat de volgende elementen staan:

De:

- overdracht van bevoegdheden
- tussen aanbestedende diensten of groepen van aanbestedende diensten
- geregeld in overeenkomsten, besluiten of andere rechtsinstrumenten
- met het oog op het verrichten van hun openbare taak
- waarbij geen sprake is van vergoeding van contractuele prestaties
- behoort tot de interne organisatie van de lidstaat
- en valt buiten de toepassing van de richtlijn.

Met name de voorwaarde inzake de afwezigheid van een vergoeding van contractuele prestaties doet de vraag rijzen of een vergoeding ter dekking van de kosten van de overgedragen taak en de bijbehorende uitvoeringsactiviteiten wel is toegestaan. Dit zal waarschijnlijk nader worden bepaald in de jurisprudentie.



7 Slotwoord

Aan de hand van het bovenstaande juridisch kader en praktijkvoorbeelden is verduidelijkt welke vormen van publiek-publieke samenwerking vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief mogelijk zijn en welke eisen er dan gelden.

Er zijn meerdere wegen die naar Rome leiden en elke weg heeft zijn voor- en nadelen gezien de verschillende randvoorwaarden die gelden.

Als niet aan de geschetste randvoorwaarden is voldaan ontstaat bij de gemeente of gemeenten die de overheidsopdracht verstrekt/verstrekken een (Europese) aanbestedingsplicht. Als deze plicht niet wordt nageleefd kan de aanbestedende dienst juridische, financiële en politieke risico's lopen.

Gelet op deze risico's verdient het aanbeveling om bij elke vorm van publiek-publieke samenwerking, hoe pril ook, te bezien welke samenwerkingsvorm, ook gelet op de Nieuwe Richtlijn, het meest voor de hand ligt, en deze in lijn met het (Europese) aanbestedingsrecht vorm te geven.



Bijlage – Schema voordelen en kenmerken

Het volgend schema biedt een verkorte weergave van de voordelen en kenmerken van de uitzonderingen zoals in de handreiking benoemd. Het biedt daarmee een verkort overzicht waar en wanneer specifieke kenmerken bij welke uitzondering van belang zijn. Voor een volledig inzicht van alle relevante kenmerken en criteria zal echter de integrale tekst van handreiking moeten worden geraadpleegd.

	Verticale samenwerking	Horizontale samenwerking	Alleenrecht/ uitsluitend recht	Overdracht van bevoegdheden
Opdrachtnemer aanbestedende dienst	NEE ↓ Gecontroleerde rechtspersoon hoeft zelf geen aanbestedende dienst te zijn (al zal dat de facto vaak wel het geval zijn!) Zie blz. 36	JA ↓ Opdrachtnemer moet een aanbestedende dienst zijn Zie blz. 42	JA ↓ Opdrachtverlening uitsluitend aan een aanbestedende dienst op basis van een alleenrecht Zie blz. 51	JA ↓ Overdracht van bevoegdheden tussen aanbestedende diensten Zie blz. 57
Toezicht-criterium	JA ↓ Zie voor volledige uitwerking Hoofdstuk 3, blz. 23 e.v.	NEE ↓ Geen toezichtsverhouding tussen de aanbestedende diensten vereist	NEE ↓ Geen toezichtsverhouding tussen de aanbestedende diensten vereist Zie blz. 55	NEE ↓ Aanbestedende dienst draagt officieel gezag en verantwoordelijkheid volledig over Zie blz. 57 e.v.
Merendeel-criterium	JA ↓ Zie voor volledige uitwerking Hoofdstuk 3, blz. 28 en 29 Nieuwe Richtlijn Artikel 12 stelt minimaal 80% MAAR HvJEU acht momenteel waarschijnlijk een percentage van 10% als marginaal	NEE ↓ Het merendeel-criterium speelt geen rol	NEE ↓ Het merendeel-criterium speelt geen rol Zie blz. 55	NEE ↓ Het merendeel-criterium speelt geen rol
'Algemeen belang'-criterium	NEE ↓ Schoonmaakdiensten, ICT-diensten, groenonderhoud etc. kunnen door gelieerde rechtspersoon worden uitgevoerd Zie blz. 38 Nieuwe Richtlijn Artikel 12 lid 1, lid 2 en lid 3	JA ↓ Samenwerking moet betrekking hebben op een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de aanbestedende diensten rust Zie blz. 42 e.v. Nieuwe Richtlijn artikel 12 lid 4 en lid 5	Eigen criterium van toepassing: In overeenstemming met VWEU + Wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke basis Zie blz. 51 e.v. Nieuwe Richtlijn artikel 11	Eigen criterium van toepassing (in toekomst): Met het oog op het verrichten van openbare taak Zie blz. 62 Nieuwe Richtlijn artikel 1 lid 6