



Universiteit Utrecht

Executive
onderwijs*

Recht, Economie,
Bestuur en Organisatie

De effectieve organisatie van publieke taken versus het aanbestedingsrecht

VNG Juridische Tweedaagse –
21 november 2019

mr. dr. Willem A. Janssen

Casus 'Schoonmilieu'

- Overheidsopdracht loopt af op 1 oktober 2019;
- *Schoonmilieu*: opgericht door 4 gemeenten in juli 2019;
- Gemeente Utrecht beslist opdracht aan *Schoonmilieu B.V.* te gunnen zonder aanbestedingsprocedure;

Vanaf oktober 2019:

- Alle aandelen bij gemeenten (0,2% Gem. Utrecht);
- Gemeente Utrecht wordt vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder als Gemeente Culemborg;
- Nov. 2019: 49% kapitaal voor private partijen.

Hoe
lossen we
dit op?

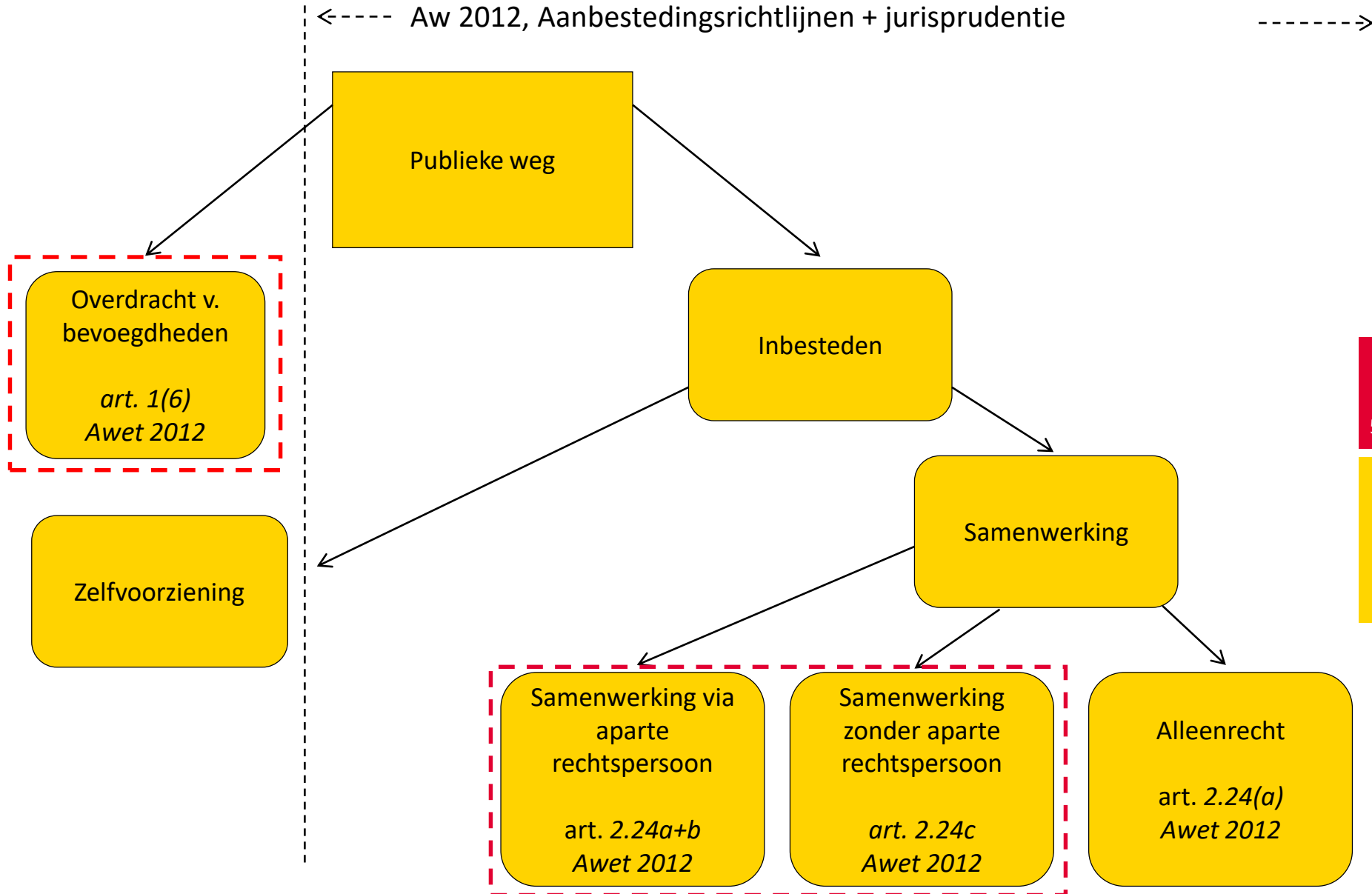
Misvattingen

- Samenwerking tussen aanbestedende diensten valt buiten het aanbestedingsrecht;
- Er is een algemene uitzondering voor alle soorten publieke samenwerking o.b.v. het 'algemeen' of 'openbaar' belang;
- Het aanbestedingsrecht staat samenwerking niet toe.

Organisatie van publieke taken

- Tot april 2016 geen wettelijke regels voor samenwerking (m.u.v. alleenrecht);
- Wel jurisprudentie Hof van Justitie EU vanaf 1999;
- Nu: Richtlijnen uit 2014 + Aanbestedingswet 2012;
- Samenwerking is een uitzondering
 - Geen 'opdracht onder bezwarende titel' (geen contract/derde)
 - Aanbestedingswet 2012 + EU richtlijnen niet van toepassing!

Mogelijkheden publieke weg



Overdracht van bevoegdheden

(Art. 1(6) richtlijn 2014/24/EU)

“**Overeenkomsten**, besluiten of andere rechtsinstrumenten waarbij de overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden **tussen aanbestedende diensten of groepen van aanbestedende diensten** met het oog op het verrichten van hun openbare taak georganiseerd wordt en die niet voorzien in vergoeding van contractuele prestaties, worden beschouwd als behorende tot de interne organisatie van de betrokken lidstaat en worden als zodanig door onderhavige richtlijn geheel onverlet gelaten.”

Art. 1(6) 2014/24/EU

‘Een schriftelijke **overeenkomst** onder bezwarende titel die is gesloten **tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten** en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken.”

Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012

Remondis (C-51/15) (1/2)

- Regio Hannover en Stad Hannover belast met afvalverwerking;
 - Stap 1: Overdracht van bevoegdheden naar de Regio;
 - Stap 2: Zweckverband 'RH' wordt opgericht;
 - Overdracht van bevoegdheden (vrijheid t.a.v. vaststellen tarieven, aangaan van deelnemingen, etc.);
 - Regio en Stad zitten in algemene vergadering en mogen stemmen over overgedragen taken;
 - Overdracht van materiaal en aandelen;
 - Compensatie voor financiële verliezen van RH.

Hoe lossen we dit op?

Remondis (C-51/15) (2/2)

- HvJ EU: volledige overdracht vereist
 - Niet alleen overdracht van verantwoordelijkheden, maar ook de verplichting tot uitvoering;
 - Dus: geen opdrachtgever-opdrachtnemer relatie;
 - Handvat 1: Operationele autonomie (geen toestemmingsrelatie);
 - Politieke betrokkenheid mag?
 - Handvat 2: Financiële autonomie (initiele overdracht van middelen mag).

NL: mandaat niet vs. delegatie wel?

Samenwerking via een aparte rechtspersoon

(art. 2.24a-2.24b Awet)

Rechtspersoon & activiteiten

- Ruimte voor overheden: EU recht maakt geen onderscheid tussen publiek of privaat
- NL: NV, BV, Stichting etc. vs. Gemeenschappelijke regeling
- Niet de 'aard' van de activiteiten, maar de 'wijze' waarop zij worden georganiseerd is van belang
- Uitzondering? Restrictief uitleggen!

Casus 'Schoonmilieu'

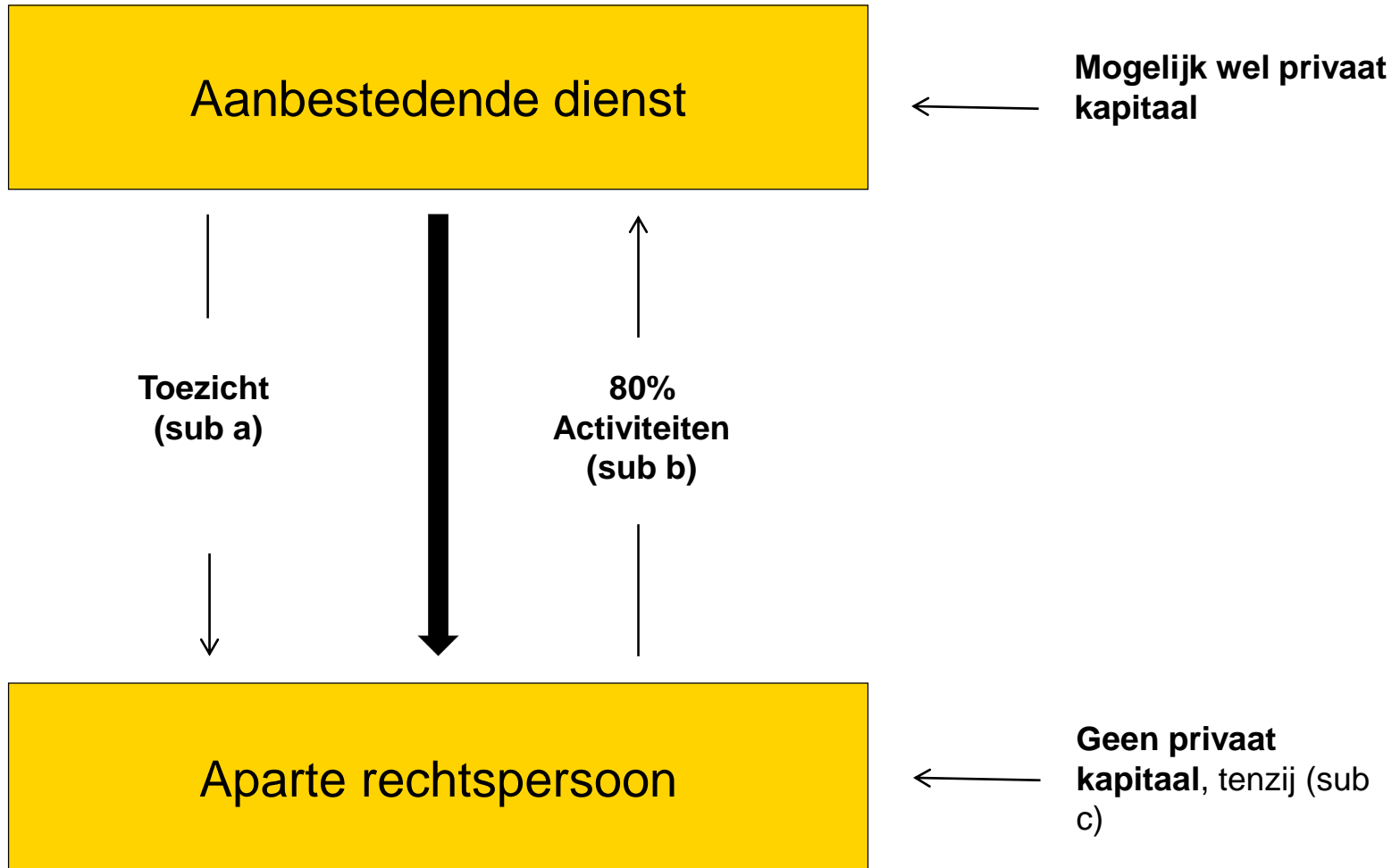
- Overheidsopdracht loopt af op 1 oktober 2019;
- *Schoonmilieu*: opgericht door 4 gemeenten in juli 2019;
- Gemeente Utrecht beslist opdracht aan *Schoonmilieu B.V.* te gunnen zonder aanbestedingsprocedure;

Vanaf oktober 2019:

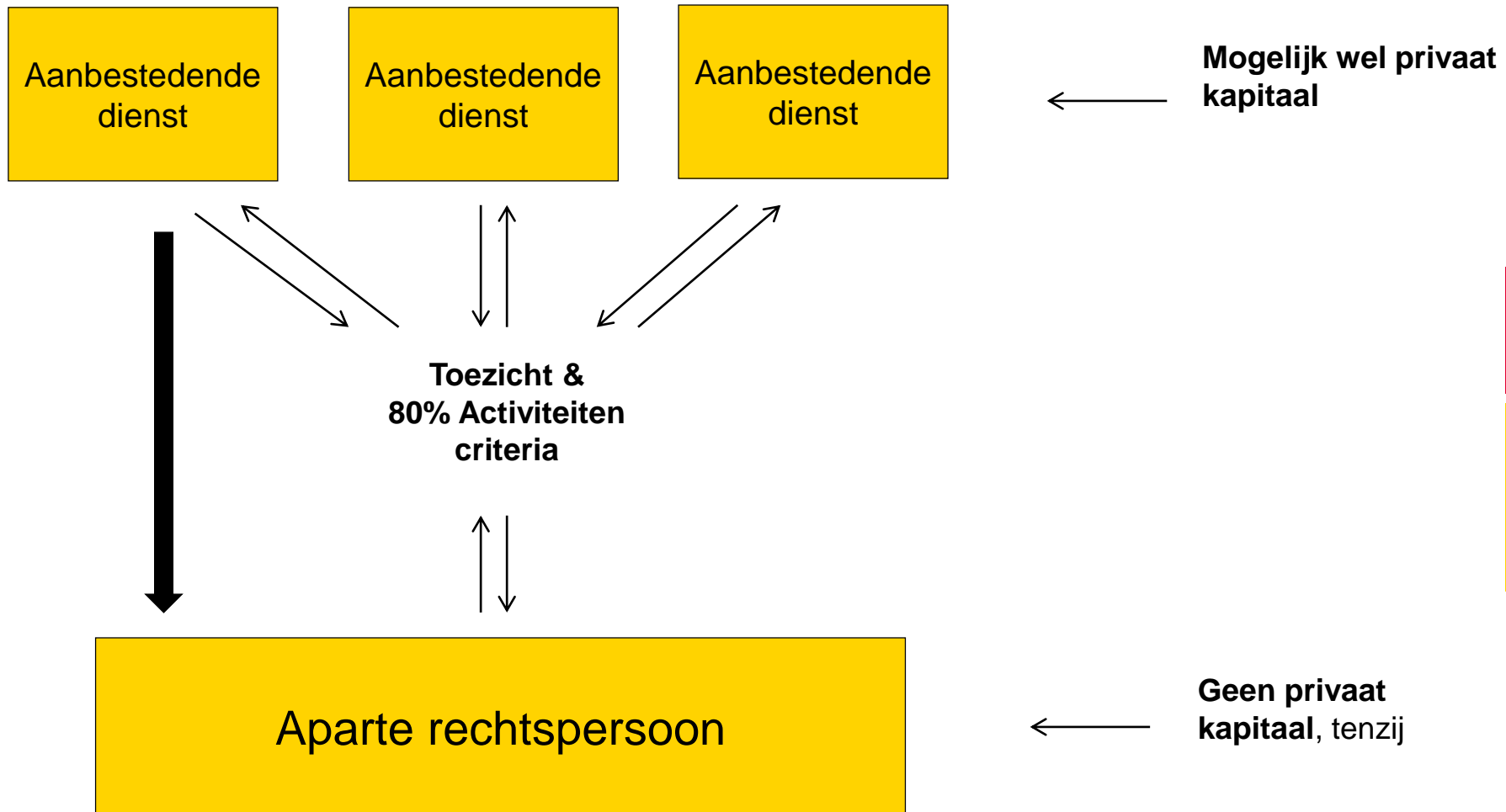
- Alle aandelen bij gemeenten (0,2% Gem. Utrecht);
- Gemeente Utrecht wordt vertegenwoordigd door dezelfde bestuurder als Gemeente Culemborg;
- Nov. 2019: 49% kapitaal voor private partijen.

Hoe
lossen we
dit op?

Samenwerking via een aparte rechtspersoon (art. 2.24a Awet)



Samenwerking via een aparte rechtspersoon met gezamenlijk toezicht (art. 2.24b)



Handvatten voor toezicht

- Beslissende invloed op (lid 3, *Parking Brixen*):
 - Belangrijke beslissingen
 - Strategische keuzes;
- Niet hetzelfde als eigen afdeling (*Coditel*), maar structureel & effectief (*Econord*)
- Manier van beslissen niet direct relevant (veto of meerderheid);
- Ook mogelijk via holdingstructuur (lid 1a)
- Marktgerichtheid bemoeilijkt toezicht (*Sea Srl*)
 - Wel of geen activiteiten private markt?

- Besluitvormingsorganen (lid 2a):
 - Samengesteld uit vertegenwoordigers;
 - Vertegenwoordigers kunnen meerdere ADs vertegenwoordigen.
- Geen belangen nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende ADs (lid 2c).
- Wederom beslissende invloed op (lid 2b):
 - Belangrijke beslissingen
 - Strategische keuzes;

Handvatten privaat kapitaal (lid 1 sub c)

- HvJ EU resoluut: geen investering mogelijk bij privaat kapitaal (*Stadt Halle*);
- Onrechtmatig voordeel;
- Nu in de wet alleen toegestaan als:
 - **Vereist krachtens nationale regelgeving;**
 - Niet resulterend in controlerende of blokkerende macht en een beslissende invloed;
 - Verenigbaar met VWEU.
- Toekomstige participatie (*Sea Srl*);
- Kapitaal volledig in handen AD (*Carbotermo*).

- OVK voor levering maaltijden aan patiënten / personeel aan SUCH:
 - SUCH: dienst voor gezamenlijk gebruik door ziekenhuizen bij wetsbesluit opgericht, vereniging zonder winstoogmerk
 - Instellingen voor sociale solidariteit kunnen zich bij SUCH aansluiten;
 - 20% commercieel diensten ook aan niet leden
 - Doel:
 - ✓ efficiënter werken door schaalvoordelen
 - ✓ sociale zekerheidsstelsel betaalbaar te houden

HvJ EU: geen winst nastreven door privaatrechtelijke entiteit?
Geen reden om buiten de aanbestedingsplicht te vallen.

“39. Belangen particuliere leden van SUCH en doelen die zij nastreven zeer waardevol vanuit sociaal oogpunt, maar zij zijn van een andere aard dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door de eveneens bij de SUCH aangesloten aanbestedende diensten.

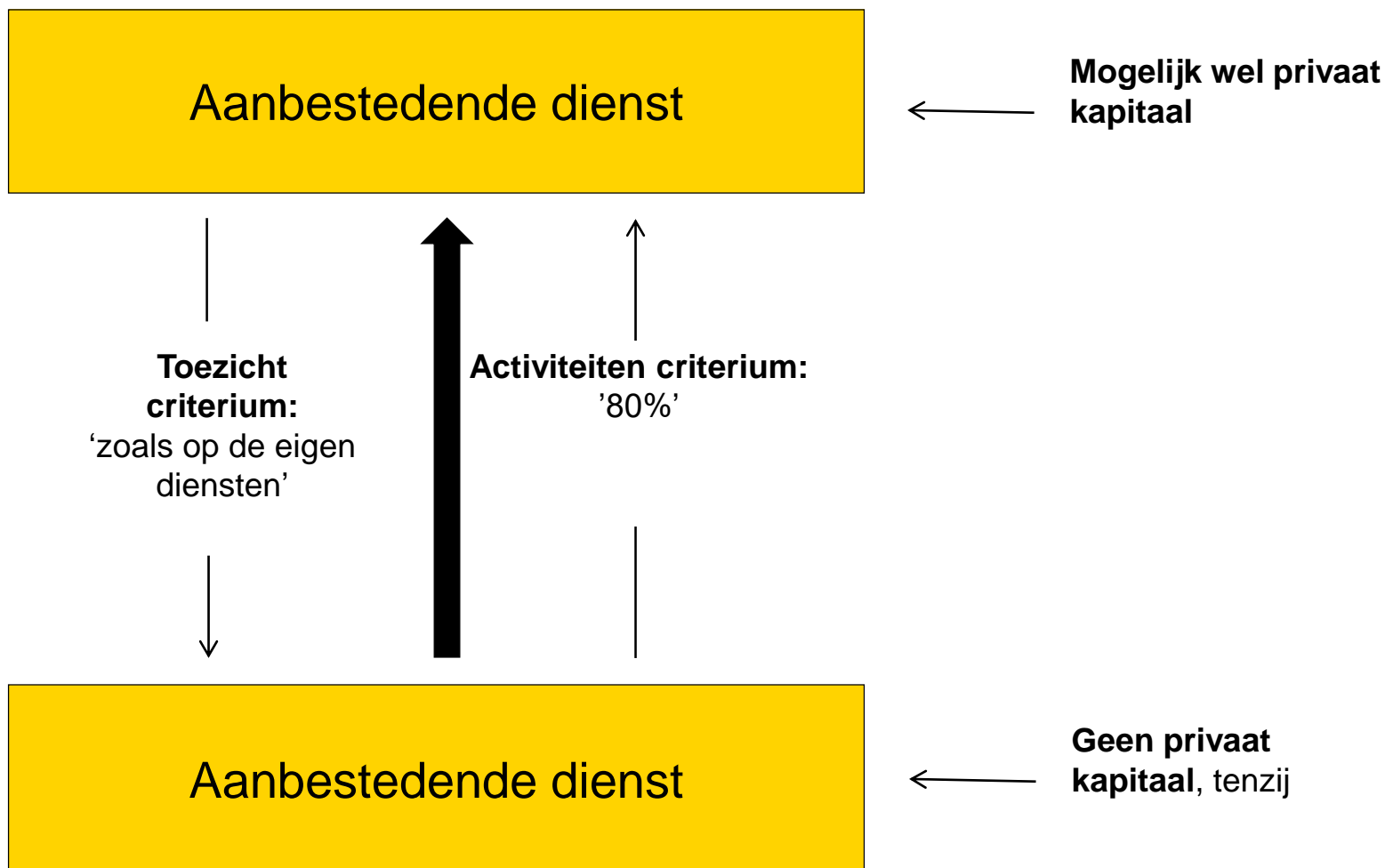
40. Het is bovendien niet uitgesloten dat de particuliere leden van SUCH, ondanks het feit dat zij instellingen voor sociale solidariteit zijn die met hun activiteiten geen winst nastreven, economische activiteiten kunnen verrichten in vrije mededinging met andere marktdeelnemers.

De rechtstreekse gunning van een opdracht aan de SUCH zou de particuliere leden van die vereniging dan ook een concurrentievoordeel kunnen verschaffen.”

Uitzondering niet mogelijk indien:

44. de voor een overheidsopdracht geselecteerde entiteit een vereniging van algemeen nut zonder winstoogmerk is waarbij ten tijde van de gunning van die opdracht niet alleen entiteiten uit de publieke sector zijn aangesloten, maar ook particuliere instellingen van sociale solidariteit die activiteiten zonder winstoogmerk verrichten, zodat de richtlijn van toepassing is in dit geval.

Terugbesteding (art. 2.24a lid 2)



Casus 'Happy Workforce'

De Gemeente stelt voor dat een van haar andere dochterondernemingen 'HappyWorkforce' aan de slag gaat voor Schoonmilieu;

Hoe lossen we dit op?

Vanaf oktober 2019:

- De Gemeente houdt toezicht op Happy Workforce
- 75% van de werkzaamheden zijn voor de Gemeente Utrecht
- 25% wordt commercieel op de markt aangeboden.

Hoe lossen we dit op?

- ICT opdracht door Universiteit:
 - inkoop onder toezicht Stad Hamburg;

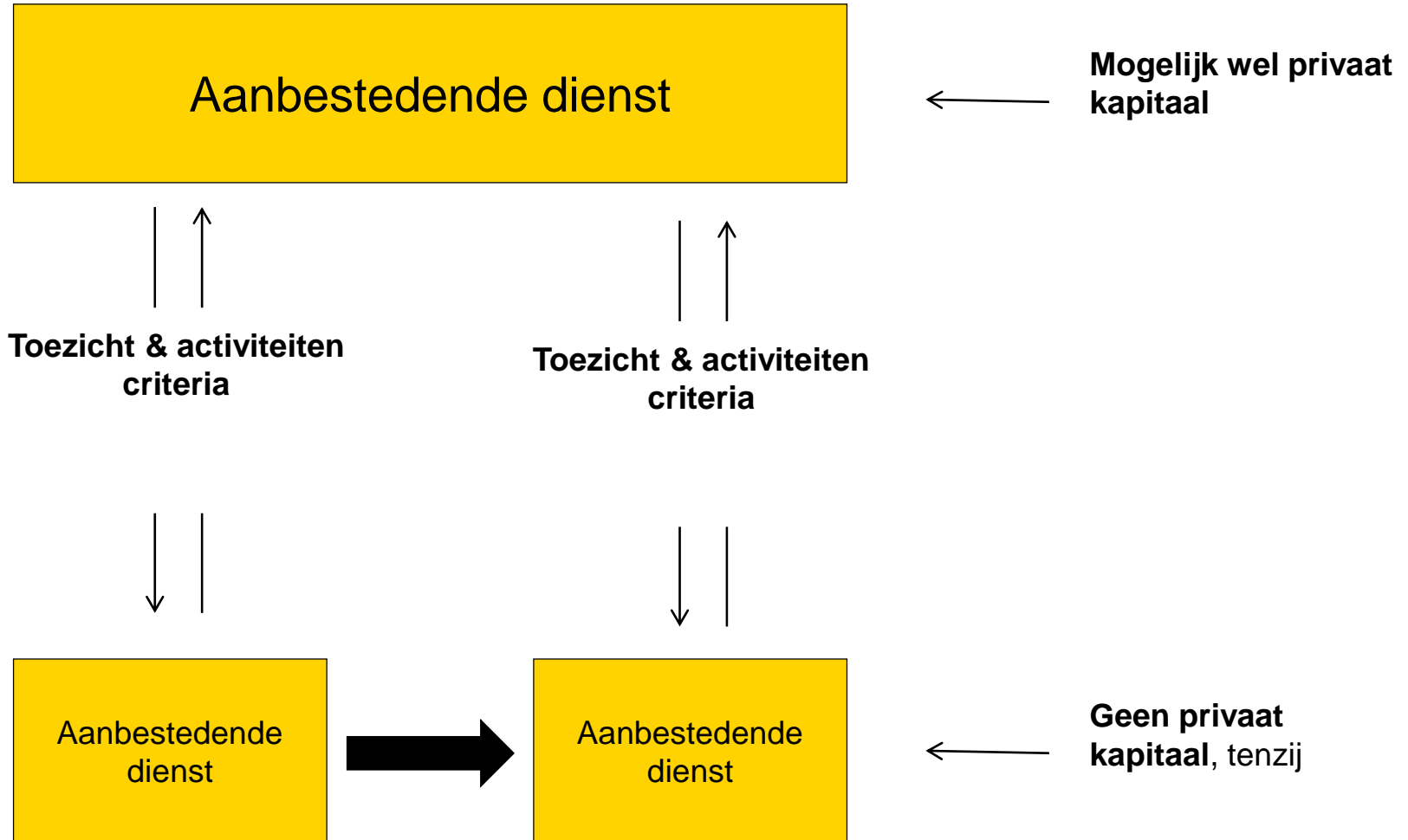
- HIS = privaatrechtelijke rechtspersoon met
 - 1/3 kapitaal Bondsrepubliek DL;
 - 2/3 16 Deelstaten, waaronder Stad Hamburg; Hamburg 4,16%

- Toezicht tussen Universiteit en HIS? Nee!
 - Universiteit neemt geen deel in kapitaal;
 - Universiteit geen wettelijke vertegenwoordiger in bestuursorgaan van HIS.

HvJ EU: Stad Hamburg geen toezicht op de universiteit; wel op haar aankopen maar niet op onderwijs en onderzoek;

- Opdracht is aanbestedingsplichtig.

Zijwaarts gunnen (art. 2.24a lid 2)



Irgita: aanpassing of uitbreiding art. 12?

- *Irgita* zaak (c-285/18)
- Aanpassing of uitbreiding criteria in nationale wetgeving, zoals Polen, Italië, Finland en Litouwen;
- Harmonisatie of recht op zelforganisatie?
- Aanvullende Europeesrechtelijke criteria?
 - Mededingingsbeginsel?
 - Invloed vrijverkeersregels?

Aanpassing of uitbreiding art. 12?

- Mededingingsbeginsel?

'Overigens moet erop worden gewezen dat in overweging 31 van deze richtlijn in verband met de samenwerking tussen entiteiten in de openbare sector staat te lezen dat ervoor moet worden gezorgd dat een dergelijke samenwerking die van de werkingssfeer van deze richtlijn is uitgesloten, niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers.'

Aanpassing of uitbreiding art. 12?

- Invloed vrijverkeersregels?

'61 Zoals uit punt 48 van het onderhavige arrest in wezen voortvloeit, kan het feit dat een inhoustransactie in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 2014/24 buiten de werkingssfeer van deze richtlijn valt, de lidstaten, maar ook de aanbestedende diensten, niet ontslaan van de verplichting om met name de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en transparantie in acht te nemen.'

'63 In casu staat het in het bijzonder aan de verwijzende rechter om na te gaan of de aanbestedende dienst, door het sluiten van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde inhoustransactie, waarvan het voorwerp overlapt met dat van een overheidsopdracht die tegelijkertijd door Irgita in haar hoedanigheid van opdrachtnemer werd uitgevoerd, zijn uit deze opdracht voortvloeiende contractuele verplichtingen niet is nagekomen en het transparantiebeginsel heeft geschonden, indien zou blijken dat de aanbestedende dienst zijn behoeften niet voldoende duidelijk heeft omschreven, met name door geen minimumhoeveelheid diensten te garanderen aan de opdrachtnemer, of indien deze transactie een wezenlijke wijziging van de algemene opzet van de aan Irgita gegunde opdracht vormt.'

Discussiepunten

- Terugbesteden ook bij gezamenlijk toezicht?
- Privaat kapitaal vereiste bij zijwaarts, maar niet bij terugbesteden?
- Wat is indirecte participatie?
- Mag het activiteiten criterium beperkt worden door de nationale wetgever?
- Verhouding met hst 1 (Awet)? Wel van toepassing (bijv. 1.5 lid 2 Awet 2012)?

Samenwerking zonder een aparte rechtspersoon

(art. 2.24c Awet)

Samenwerking zonder aparte rechtspersoon (art. 2.24c)



Casus 'Bossche Broek'

Samenwerking tussen de UU, de Provincie N-B en Waterschap de Dommel op twee gebieden;

1. UU doet waterkwaliteitsonderzoek;

2. Provincie N-B heeft overcapaciteit en wil catering-diensten gaan leveren aan de Universiteit.

Provincie en Waterschap zijn wettelijk belast met drinkwaterveiligheid;

Voor de catering diensten worden alleen de kosten vergoed.

Op de waterkwaliteitsonderzoeken mag een winstmarge gemaakt worden (7%).

Hoe lossen we dit op?

- Vier Landkreisen → Rechtstreekse gunning aan Stadsreinigung Hamburg
- Afval verwijdering en transport naar Rugenberger Damm (duur ovk = 20 jr.)
- Probleem: Geen toezicht als op eigen diensten

HvJ EU:

Niet aanbestedingsplichtig, want:

- Overeenkomst strekt tot uitvoering taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust:
- Verwijdering afvalstoffen is een taak die berust op afvalstoffenrichtlijn 75/442;
- Uitsluitend tussen openbare instanties;
- Geen particuliere inbreng;
- Het is *initiatief* tot intercommunale samenwerking.

1. HvJEU concludeert in *ASL di Lecce*:

Samenwerking kan worden uitgezonderd als:

- de uitvoering van een taak van algemeen belang die op deze lichamen gezamenlijk rust;
- de overeenkomst uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband
 - houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang;
- de overeenkomst kan geen particuliere dienstverrichter bevoordelen tegenover zijn
 - concurrenten.

2. HvJEU in *Piepenbrock* (C-386/11): schoonmaakdiensten niet

- a. de overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende **aanbestedende diensten** om te bewerkstelligen dat **de openbare diensten die zij moeten uitvoeren**, worden verleend met het oog op **de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen**;
- b. de invulling van die samenwerking **uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang**;
- c. de deelnemende aanbestedende diensten op **de open markt niet meer dan 20%** van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Handvatten: Stadt Köln of Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung?

- Stadt Köln zoekt nieuwe software meldkamersysteem van haar beroepsbrandweer;
- Ovk tussen Berlijn en SCC staat toe dat software kosteloos wordt doorgegeven aan 'andere overheidsinstanties met veiligheidstaken';
- Stadt Köln en Berlijn sluiten twee ovk:
 1. 'Kosteloze langdurige terbeschikkingstelling' van software;
 2. 'Gelijkwaardig partnerschap' met uitwisseling van doorontwikkeling van software.
- Concurrent start procedure.

Handvatten: Stadt Köln (C-796/18)?

1. Is een schriftelijke overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software door het ene overheidsorgaan aan het andere overheidsorgaan, waaraan een samenwerkingsovereenkomst is verbonden, een „overheidsopdracht“ [..],

wanneer de ontvanger van de software hiervoor weliswaar een prijs noch een vergoeding van de kosten hoeft te betalen, maar de met de terbeschikkingstelling van de software verbonden samenwerkingsovereenkomst erin voorziet dat iedere samenwerkingspartner – en dus ook de ontvanger van de software – mogelijke toekomstige, echter niet verplichte eigen doorontwikkelingen van de software kosteloos aan de andere partner ter beschikking stelt?

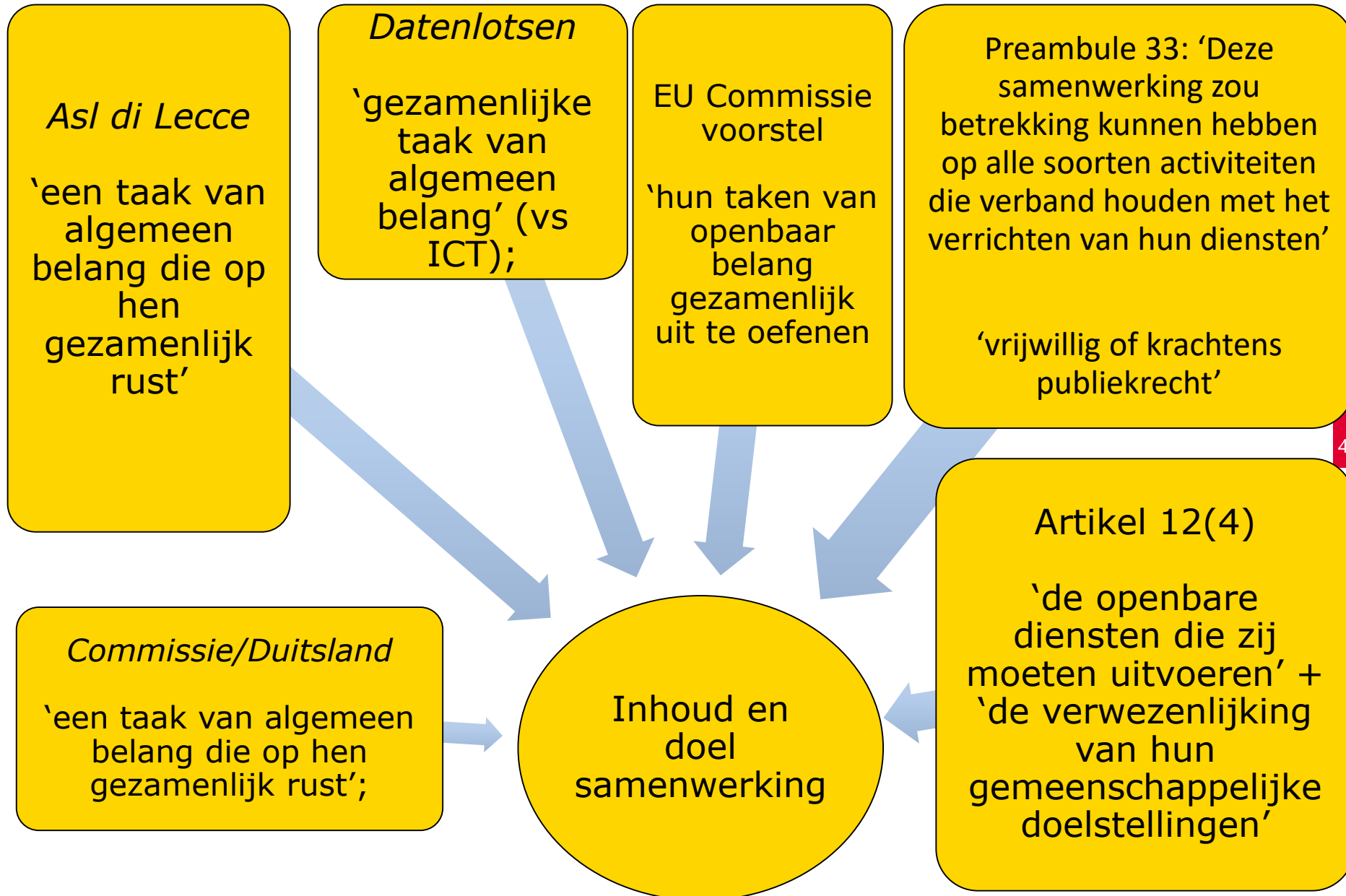
2. Alleen indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

Moeten op grond van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24/EU de aan de burger te verlenen openbare diensten, die gezamenlijk moeten worden verleend, zelf voorwerp van de samenwerking van de deelnemende aanbestedende diensten zijn, of is het voldoende dat de samenwerking betrekking heeft op werkzaamheden die in dezelfde mate, maar niet verplicht gezamenlijk in een of andere vorm voor de te verlenen openbare diensten worden uitgevoerd?

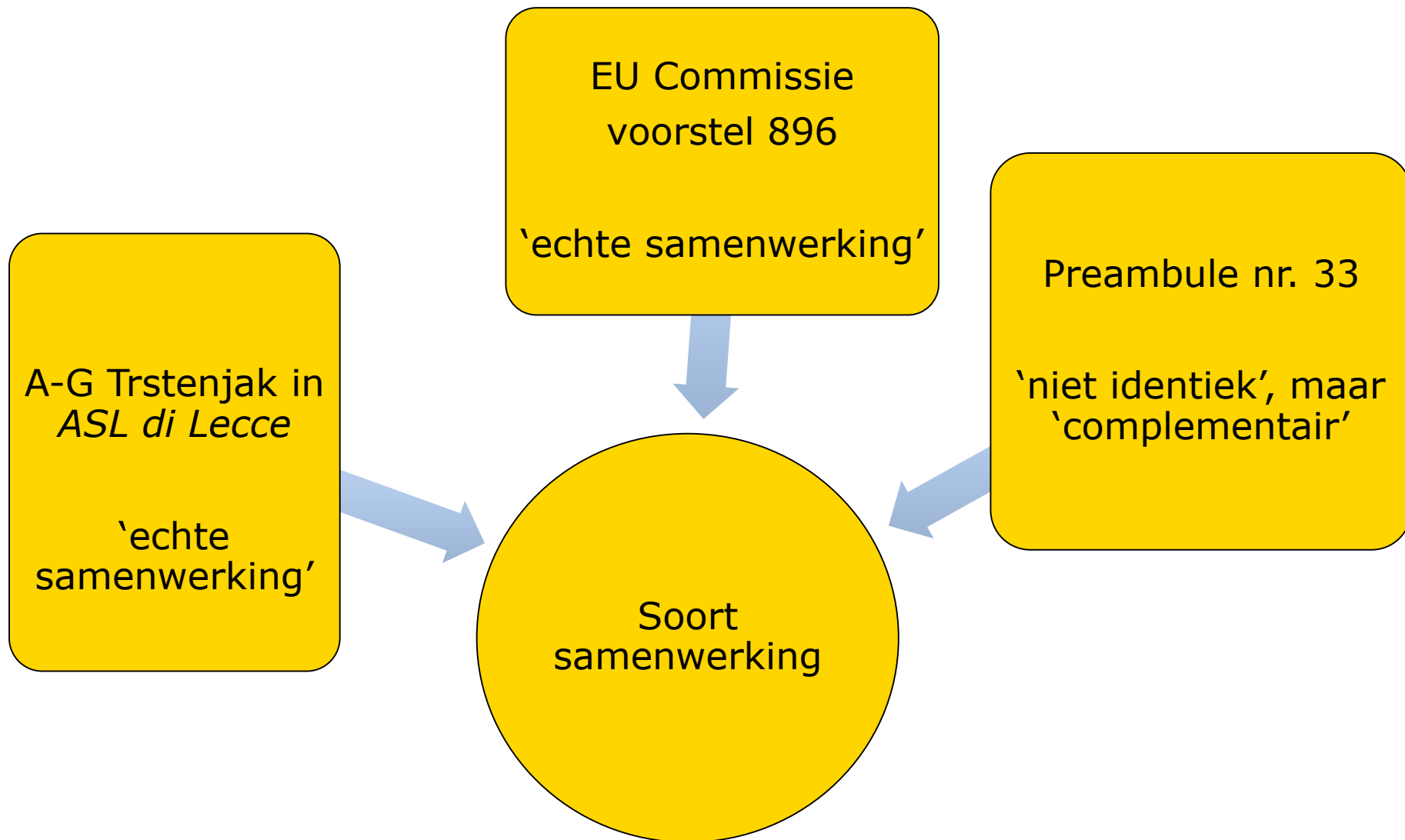
Handvatten o.b.v. de kenmerken van samenwerking

1. Inhoud en doel samenwerking;
2. Soort samenwerking;
3. Financiële voorwaarden samenwerking;
4. Commerciële vrijheid samenwerking.

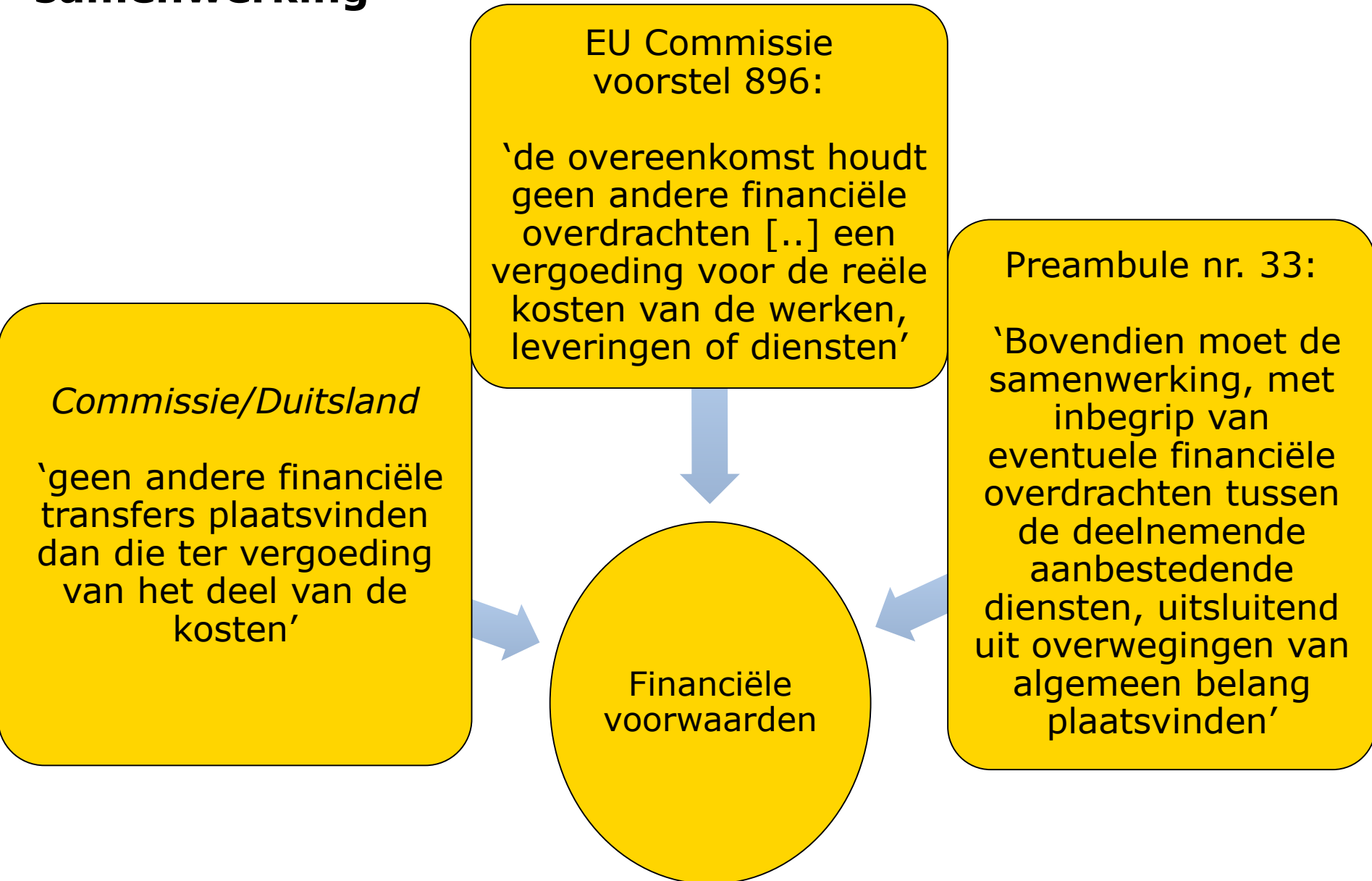
1. Inhoud & doel samenwerking



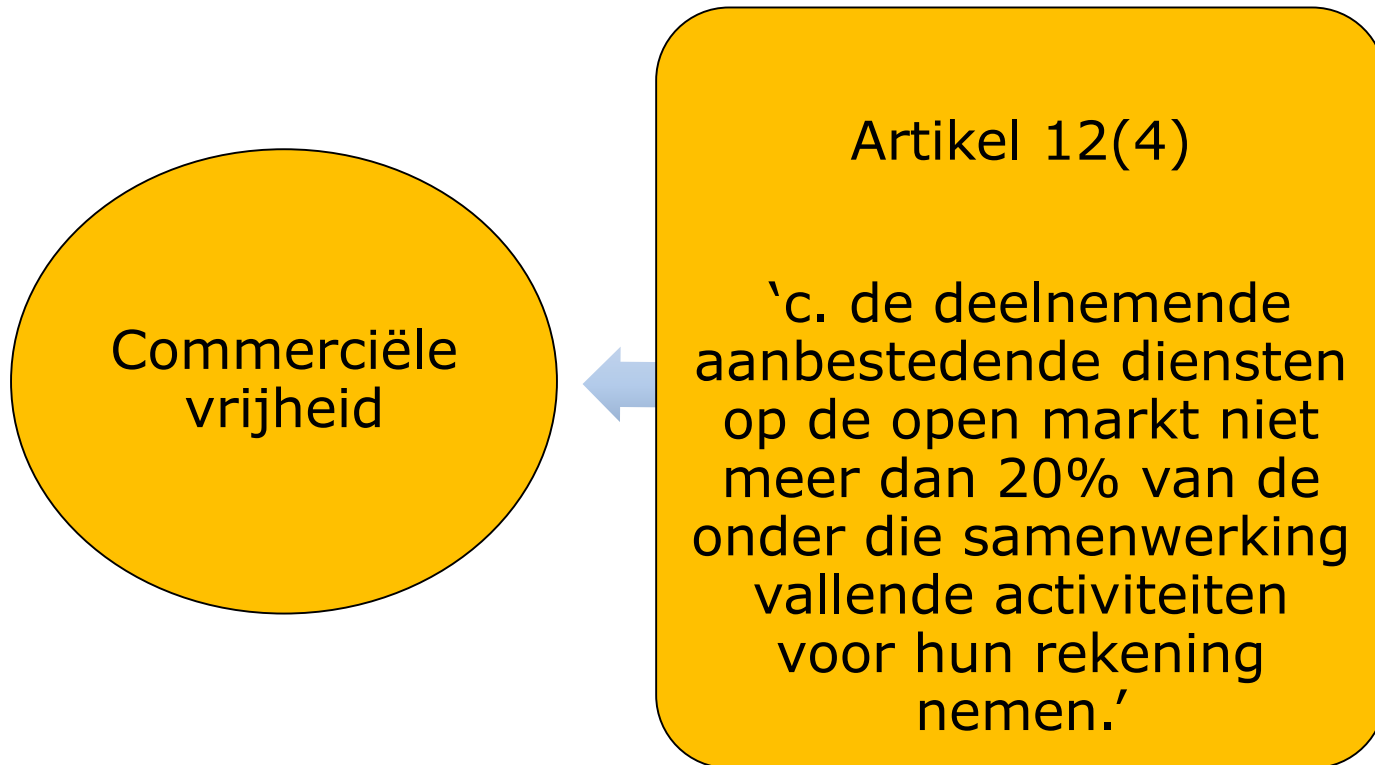
2. Soort samenwerking



3. Financiële voorwaarden van de samenwerking



4. Commerciële vrijheid van de samenwerking



Casus 'Bossche Broek'

Samenwerking tussen de UU, de Provincie N-B en Waterschap de Dommel op twee gebieden;

1. UU doet waterkwaliteitsonderzoek;

2. Provincie N-B heeft overcapaciteit en wil catering-diensten gaan leveren aan de Universiteit.

Provincie en Waterschap zijn wettelijk belast met drinkwaterveiligheid;

Voor de catering diensten worden alleen de kosten vergoed.

Op de waterkwaliteitsonderzoeken mag een winstmarge gemaakt worden (7%).

Hoe lossen we dit op?

Discussiepunten

- In algemene zin: is er meer ruimte gecreëerd?
- Relateert 'openbare diensten' aan het begrip 'public services'?
 - Wettelijke grondslag vereist?
- Is 'openbare diensten die zij moeten uitvoeren' hetzelfde als een taak 'die op deze lichamen gezamenlijk rust'?
- Wat is de invloed van de verwijzing naar 'de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen'?
- Wat voor soort samenwerking? Wat betekent 'complementair'?
- Zijn financiële transacties (meer dan kostenvergoeding) binnen de samenwerking toegestaan of niet?
- Wat is de 'open markt' en hoe berekenen we de 20%?



Vragen / contact?

mr. Willem A. Janssen

Email: w.a.janssen@uu.nl

LinkedIn: [willemajanssen](#)

Twitter: [@willemajanssen](#)

Podcast: aanbestedingspodcast.nl



Zelfstudie

- Alleenrechten
- Deelbaarheid Staat

Alleenrechten

Handvatten en discussiepunten

Artikel 2.24(a) Aanbestedingswet 2012

‘In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

- **a.** die door een **aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst** of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een **uitsluitend recht** dat aan die andere aanbestedende dienst of het desbetreffende samenwerkingsverband is verleend, **mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;**’

Handvatten

- Alleen voor *diensten*;
- Tussen aanbestedende diensten (EU Commissie: 'downstream impact beperken');
- Gebaseerd op 'wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen' → APV of wet etc;
- Verder: besluit in gemeenteraad is niet voldoende transparent;
- Alleenrecht en overheidsopdracht mogen simultaan worden gegund (BFI/Arnhem);
- Toets aan VWEU bevat mededingingsregels en vrij verkeer regels.
- Toets aan vrij verkeer is tweeledig: exclusief recht zelf en de selectie van de exclusieve aanbieder.

Discussiepunten:

- Zou dit recht niet ook moeten gelden voor werken en leveringen?
- Moet het alleenrecht zelf niet worden aanbesteed op basis van het arrest Betfair (anders niet verenigbaar met VWEU?)
- En: is het daarom niet logischer om deze uitzondering niet meer te gebruiken omdat de voordelen ervan weg zijn genomen door Betfair?

De Staat en inbesteding

Handvatten en discussiepunten

Discussiepunt: de Staat is aanbestedende dienst, maar bestaat de Staat uit één of meerdere aanbestedende diensten?

Onderwerp van geschil voor o.a.:

- CvAE advies nr. 195, 255;
- Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2018:316).

Twee benaderingen:

1. Grammaticale benadering;
2. 'Juridische scheiding' benadering;
 - 2.1 Bestuursrechtelijke benadering;
 - 2.2 Privaatrechtelijke benadering.

Niet van belang?

- De lijst met 'centrale overheidsinstanties' bij richtlijn 2014/24/EU
 - Doel: vaststelling drempels (art. 4(b) richtlijn 2014/24/EU + duidelijkheid t.a.v. aanbestedingsplicht
- De Nederlandse versie van de richtlijn:

„aanbestedende diensten“: de **staats-**, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen

(art. 2(1) richtlijn 2014/24/EU)

De Staat en inbesteding (3/5)

Uitgangspunt = HvJEU in *Beentjes* (C-31/87) + *Teckal* (C-107/98)

Handvat 1: Staat is een functioneel begrip (*Beentjes*)

Handvat 2: Rechtens onderscheid en dan pas de institutionele uitzondering (*Teckal*)

Discussiepunt: Hoe vullen we het begrip 'rechtens onderscheid' in?

▪ De Staat en investering (4/5)

Bestuursrechtelijke benadering (positie van o.a. Denemarken);

- In Nederland: Rechts onderscheid mogelijk o.b.v. bijv. Comptabiliteitswet of bestuursorganen;

Argumenten vóór:

- Functionele benadering: het doet recht aan het 'nut effect' van de richtlijn;
- Rechtspersoonlijkheid is mogelijk geheel niet van belang (*Beentjes*);
- Sluit goed aan bij 'organisatorische bewoordingen' van het Hof in *Teckal*;
- Rechtspersoonlijkheid betekent niet dat er sprake is van een gezagsstructuur bij grote ADs zoals de Staat (zie eerste en tweede lid van *Teckal*).

Discussiepunten:

- Wat doen we met de handhaving (*Helmut Muller*)?
- Wat is überhaupt de rol van het nationale recht?
- Prejudiciële vragen of inbreukprocedure?

De Staat en inbesteding (5/5)

Privaatrechtelijke benadering (RB Den Haag + NL Staat);

- Gaat uit van rechtspersoonlijkheid van de Staat

Argumenten vóór:

- Preambule Richtlijn 2014 --> reikwijdte ongewijzigd;
- Ministeries hebben geen eigen rechtspersoonlijkheid en zijn daarom geen 'derden';
- Functionele benadering doet niets af aan privaatrechtelijke benadering (Beentjes verwijst er bijvoorbeeld niet naar);

Discussiepunt:

- Andere lidstaten hebben een andere vorm van rechtsbescherming via het publiekrecht op basis waarvan wel deelbaarheid kan worden aangenomen. Waarom geeft de nationale rechtsbescherming de doorslag voor toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht?