

Vormen van publiek-publieke samenwerking

N.V.v.A.

18 februari 2016

Prof. mr H.D. van Romburgh

Inbesteden en aanbesteden

- Uitbesteden is het verstrekken van een overheidsopdracht aan een derde. Dat moet worden aanbesteed.
- Inbesteden (in-housediensten) is het verstrekken van een opdracht aan een onderdeel van dezelfde rechtspersoon (GvEA, T-125/06, Centro Studi Manieri, r.o. 60). Dat is dus geen overheidsopdracht.

Uitzonderingen op aanbestedingsplicht

- Uitgezonderde opdrachten (artikel 2.23 en 2.24 Aw)
- Quasi-in-house-opdrachten (artikel 2.24a en 2.24b Aw)
- Publiek-publieke samenwerking (artikel 2.24c Aw)

Uitgezonderde opdrachten

- Zijn in hun geheel niet aanbestedingsplichtig
- Vallen geheel buiten het bereik van deel 2 (en deel 3) van de Aw, maar in beginsel wel onder deel 1 van de wet.
- In de praktijk worden deze opdrachten echter als geheel buiten de aanbestedingskaders vallend beschouwd.

Quasi-in-house-opdrachten

Aanbesteden, tenzij

- hij het merendeel van zijn werkzaamheden verricht t.b.v. het lichaam dat hem beheerst (Teckal, r.o. 50; C-84/03 Commissie/Spanje, r.o. 39-40; C-220/06, Correos, r.o. 58 en C-340/04, Carboterma, r.o. 69), en
- toezicht wordt uitgeoefend ‘zoals op zijn eigen dienst’. Het gaat daarbij om daadwerkelijke controle! Zo ook artikel 2.24a, derde lid, Aw.
- Teckal-doctrine gecodificeerd in de artikelen 2.24a en 2.24bAw.

Quasi-in-houseopdrachten

Het kan ook gaan om een groep van opdrachtgevers, mits ...

- Het merendeel van de uitvoering van de opdracht de groep van deelnemers betreft, en
- De groep ook daadwerkelijk als groep controle heeft (Coditel/Brut el  en Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:6675)).
- Zie artikel 2.24b Aw.

Nastreven doelstellingen van 'algemeen belang'

- Ook bij quasi in house doorslaggevende rol voor het 'nuttig effect'.
- Bij opdrachtverlening aan een derde waarin ook marktpartijen participeren – hoe gering het belang ook – gold steeds een aanbestedingsplicht (zie Stadt Halle, r.o. 52, Mödling en ANAV, r.o. 33).
- In artikel 2.24a en 2.24b, beide eerste lid, onder c, Aw verruimd tot mogen geen 'controlerende of blokkerende macht inhouden'.

Merendeel

- In de jurisprudentie van het HvJ werd merendeel uitgelegd als marginaal anders (< 10%) (Sea/ Ponte Nossa, r.o. 80).
- Merendeel hoeft dus niet per se één entiteit te betreffen, maar kan dus ook een groep zijn.
- Nu wordt in artikel 2.24a, lid 1, Aw ‘merendeel’ gesteld op 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtsperso(o)n(en) in de vorm van taken die hem zijn toegewezen.

Uitzondering

Artikel 2.24a, tweede lid, Aw kent een uitzondering voor opdrachten ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst of aan andere rechtspersonen die door die aanbestedende dienst worden gecontroleerd.

Toezicht

- ‘Wie auf Ihre eigene Dienststelle’.
- Moet steeds worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden.
- Daaruit moet blijken dat de controlerende aanbestedende dienst ook daadwerkelijk beslissingen kan beïnvloeden (Coditel/Brutélé, r.o. 28. Zie ook artikel 2.24a, derde lid Aw).
- Het moet daarbij gaan om een doorslaggevende invloed (Coditel/Brutélé, r.o. 34). Geen toezicht zonder passende bevoegdheden.

Gezamenlijke onderneming

- Een aanbestedende dienst die een gezamenlijke onderneming met een private partij opricht, moet opdrachten aan die gezamenlijke onderneming aanbesteden (Mehiläinen, r.o. 47).
- Immers nieuwe rechtspersoon niet van ‘zuiver algemeen belang’.

Quasi-in-house bij alleenrecht

- Gemeente geeft opdracht aan andere publiekrechtelijk instelling om op basis van alleenrecht huisvuil op te halen.
- HVC mag statutair slechts werken t.b.v. gemeentelijke overheden. Is opgericht ‘met specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang’.
- Dat gemeenten – als klein aandeelhouder – slechts in beperkte mate alleen toezicht kunnen houden , speelt naar oordeel van HR geen tol, omdat belangen van alle aandeelhouders parallel lopen.
- De HR (18-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900) trekt overduidelijke parallel met Coditel/Brutélé.
- Nu gecodificeerd op basis van art. 2.24a Aw.

HVC: geen activiteit van commerciële aard

- Hof Den Haag toetst aan voorwaarden van arrest SIEPSA: er is geen sprake van zich in de markt begeven.
- Immers HVC werkt tegen kostprijs, geen winstoogmerk en alleen voor deelnemers. Eventuele verliezen worden naar rato verdeeld. Derhalve geen activiteit van commerciële aard.
- En ook voor het overige voldoet HVC N-H aan de voorwaarden voor een publiekrechtelijke instelling.

AVR ook via de bestuursrechter

- AVR heeft ook via bestuursrechter getracht het door de gemeente verleende alleenrecht te blokkeren (Rb. Den Haag 29-02-2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722).
- Rb. oordeelde dat het beroep als gegrond moest worden verklaard. Immers gemeente had AVR in zijn bezwaar niet mogen ontvangen, omdat het bestreden besluit aangemerkt moest worden als een besluit in de zin van art. 8:3 Awb.
- Eerste keer dat bestuursrechter zich uitdrukkelijk niet bevoegd heeft verklaard op grond van artikel 8:3 Awb in een aanbestedingsgeschil. Daarmee is de civielrechtelijke aard van het aanbestedingsrecht nogmaals onderstreept.

Publiek-publieke samenwerking: Uitoefening van gemeenschappelijke doelstellingen

Het gaat hier op grond van artikel 2.24c Aw om overheidsopdrachten:

- die uitsluitende tussen aanbestedende diensten worden verleend,
- ter verwezenlijking van gemeenschappelijke *doelstellingen* (dit is ruimer dan 'taken')
- op basis van uitsluitend overwegingen van het algemeen (openbaar) belang en
- de deelnemende aanbestedende diensten op de (openbare) markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Strikte toepassing

Wetgever wil strikte toepassing van deze bepaling om:

- misbruik tegen te gaan (artikel 1.10a Aw); en
- ter voorkoming van concurrentievervalsing door overheidsinstellingen (20%-regel).

Nastreven doelstellingen van 'algemeen belang'

- Bij de uitvoering van taken van algemeen belang kan samenwerking tussen overheidsinstanties geen afbreuk doen aan de voornaamste doelstellingen van de gemeenschapsregels en geen bevoordeling van marktpartijen met zich brengen, zodat er geen aanbestedingsplicht is, aldus het HvJ (Cie./Duitsland-Stadtreinigung Hamburg, C-480/06, 9 juni 2009, r.o. 47).
- Zo ook Hof Arnhem-Leeuwarden van 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (ter bevestiging van Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, LJN: BL0852, r.o. 4.32 – 4.35).

Wat is ‘algemeen belang’?

- HvJ (Cie./Duitsland - Stadtreinigung Hamburg): verwerken van huishoudelijk afval is in het kader van het algemeen belang.
- HvJ (Piepenbrock): schoonmaken van gebouwen met openbare bestemming niet.
- Wat is dan ‘algemeen belang’? Aansluiting zoeken bij ‘algemeen belang’ van het begrip ‘uitsluitend recht’ of ‘bijzonder recht’.

Taken van algemeen belang

- Het moet gaan om de uitvoering van taken (in nieuwe Aw ‘doelstellingen’) van algemeen belang te verzekeren die *op hen gezamenlijk berusten* (HvJ 19 december 2012, C-159/11, Azienda Santaria, r.o. 37).
- ‘uitsluitend recht’ alleen op basis van *wettelijk voorschrift of op basis van een besluit van een bestuursorgaan* (artikel 2.24a Aw).
- Niet *alleenrecht* maar *wettelijke of bestuurlijke bepaling* moet verenigbaar zijn met EU-recht (Vzr: Noord-Nederland, 19 juni 2015, EEW Energy Waste/ Gem. Appingedam e.a., ECLI:NL:RBNNE:2015:2947).

Wettelijke of bestuurlijke bepaling

- Rb. Gelderland (29 juli 2015, AVR/Regio Noord-Veluwe e.a., ECLI:NL:RBGEL:2015:5490, r.o. 4.7) stelt : het moet gaan om een ‘bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling’ .
- Een besluit van B en W zou naar oordeel rechtbank niet voldoende zijn. Is dat anders dan een besluit van Provinciale Staten dat gepubliceerd is in het Provinciale afkondigingsblad?

Doelstelling van algemeen belang

- Moet dus gaan om een besluit van algemeen verbindende aard
- door een daartoe bevoegd orgaan
- waarvan het besluit is bekendgemaakt
- met het oogmerk om een uitsluitend recht aan een andere aanbestedende dienst te verlenen,
- waarbij geen duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is of anderszins strijdig zouden kunnen zijn met het Unierecht
- en **alleen** ten behoeve van dié specifieke opdracht.

Tot zover!