

Inbesteden nog slechts in enkele gevallen toegestaan

Onlangs heeft de Europese rechter uitspraak gedaan in de zaken *Stadt Halle*, *Coname* en *Parking Brixen*. In deze zaken komt een belangrijke uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht aan de orde, namelijk het zogenoemde 'inbesteden'. Normalerweise moeten gemeenten overheidsopdrachten boven een bepaald drempelbedrag, door middel van een Europese aanbestedingsprocedure 'in de markt zetten'. Slechts in uitzonderingsgevallen mag hiervan worden afgeweken. Met de uitspraken is duidelijk geworden dat een beroep op inbesteden slechts een minimale kans van slagen heeft.

JOCHEM BERNIS

Werkzaam als jurist bij het kenniscentrum Europees recht en beleid in Den Haag

De basis voor het leerstuk van 'inbesteden' legde het Europese Hof van Justitie EG (HvJ EG) enkele jaren geleden in het zogenoemde *Teckal* arrest.¹ De rechtsoverweging waarin het Hof een definitie geeft over het begrip is echter moeilijk te doorgronden. Duidelijk is dat een gemeente in beginsel niet verplicht is opdrachten uit te besteden indien zij deze intern ('in-house') kan laten uitvoeren. De vraag is echter waar de grens tussen interne en externe dienstverlening ligt. In het arrest 'Teckal' oordeelde het Hof dat de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing zijn indien een aanbestedende dienst binnen zijn eigen organisatie een opdracht vertrekt. In hetzelfde arrest gaat het Hof nog een stap verder. Het kan zich zelfs de situatie voorstellen, dat een beroep op een 'in-house' opdracht slaagt als het gelieerde bedrijfsonderdeel een andere rechtspersoon is dan de aanbestedende dienst. Dit wordt ook wel (quasi) inbesteden genoemd.

Het arrest *Teckal* geeft twee cumulatieve criteria, die worden gebruikt om te bepalen of sprake is van (quasi) inbesteden. Dit is het geval indien:

- 1 het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten;
- 2 deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen. In een aantal recente zaken geeft de Europese rechter meer duidelijkheid over het eerste zogenoemde toezichtcriterium.

Particuliere deelname kapitaal

Op 11 januari 2005 deed het Europese Hof van Justitie (HvJ EG) uitspraak in

de zaak '*Stadt Halle*'.² De gemeente Halle plaatste bij het bedrijf 'RPL Lochau' een opdracht voor het ontwerp van een depot voor inzameling en verwerking van gemeentelijk afval. Dit deed zij zonder Europese aanbesteding. Daarna ging zij over tot onderhandeling over het contract voor de inzameling en verwerking van gemeentelijk afval. Ook dit gebeurde zonder Europese aanbesteding.

TREA Leuna, een bedrijf dat ook geïnteresseerd was in deze opdracht, bracht de zaak uiteindelijk voor het bevoegde administratieve gerecht in Duitsland. Deze stelde op zijn beurt een aantal prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie (HvJEG). Daarbij kwam de vraag aan de orde of er sprake was van een zogenaamde 'in-house' opdracht. De gemeente Halle bezat namelijk 75,1% van de aandelen van RPL Lochau. De overige 24,9% waren in handen van een private partij.

Met onder meer een verwijzing naar de *Teckal*-uitspraak, komt de Europese rechter in het *Stadt Halle* arrest tot een zeer stellige uitspraak over inbesteden:

'De deelneming, ook al is het voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten (rechts-overweging 49).'

Een bevestiging van de '*Stadt Halle*' uitspraak zien we vervolgens in de zaak '*Coname*'.³ Aanleiding voor deze zaak is het onderhands gunnen van een opdracht van de gasdistributie door de gemeente Cingia de' Botti (Italië) aan de gelieerde instelling 'Padania'. Omdat Cingia de' Botti ook aandelen in deze onderneming bezat, werd de

vraag gesteld of deze opdracht wellicht kon worden aangemerkt als quasi inbesteden.

Het Hof benadrukt, dat de Europese aanbestedingsregels zijn opgesteld om binnen de Europese Unie, en ten behoeve van het totstandkomen van een interne markt, de vrije, eerlijke concurrentie te stimuleren. Daarbij is het beginsel van gelijke behandeling een belangrijk uitgangspunt. Het niet toepassen van de aanbestedingsregels bij het gunnen van opdrachten aan dit soort gelieerde instellingen heeft tot gevolg dat de private onderneming die kapitaal heeft ingebracht, een oneerlijk voordeel geniet tegenover zijn directe concurrenten.

Intergemeentelijke samenwerking

Het gevolg van de uitspraak is, dat een particuliere deelneming in een aan de overheid gelieerde onderneming er onverkort toe leidt dat die overheid niet langer het krachtens 'Teckal' vereiste toezicht kan uitoefenen. Men kan een dergelijke gelieerde onderneming niet meer onderhands opdrachten gunnen.

Het beroep op (quasi) inbesteden is in Nederland wel mogelijk als gemeenten onderling samenwerken. Voor samenwerking kunnen gemeenten gebruik maken van de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR). Deze wet biedt gemeenten verschillende soorten van samenwerkingsmogelijkheden. Gemeenten kunnen uitsluitend bestuurlijk samenwerken, maar kunnen ook een openbaar lichaam oprichten dat de activiteiten waarvoor de samenwerking is gezocht, verricht.⁴

Het is ook mogelijk dat een gemeente onder de noemer WGR samenwerkt met een private rechtspersoon. Maar voor een dergelijke samenwerking is steeds machtiging vereist bij koninklijk besluit (artikel 93 Wet gemeenschappelijke regelingen). Een dergelijk samenwerkingsverband kan men ook geen onderhandse opdrachten meer gunnen. In een brief aan de Europese Commissie heeft het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (Aanbestedingsrecht, 28 juni 2004, beleid inzake lokale openbare diensten in Nederland) aangegeven dat de machtiging voor dergelijke samenwerkingsverbanden niet (meer) wordt verleend als blijkt dat door de samenwerking met een private partij impliciet een overheidsopdracht wordt verstrekt. In het licht van het ar-

rest 'Stadt Halle' is dit beleid begrijpelijk.

Parking Brixen: criteria voor toezicht

Enige tijd na de arresten 'Stadt Halle' en 'Coname' verscheen in oktober 2005 de uitspraak 'Parking Brixen'.⁵ In deze zaak bezit de gemeente alle aandelen (100%) van de gelieerde partij.

De gemeente Brixen in het Italiaanse Tirol sluit begin 2001 een overeenkomst met het parkeerbedrijf Stadtwerke Brixen N.V. Met de overeenkomst gunt de gemeente de exploitatie van een parkeerpark met 200 plaatsen voor een periode van negen jaar. De rechtspersoon Stadtwerke Brixen mag de inkomsten uit het parkeerbeheer houden, maar is wel gebonden aan een aantal aanvullende afspraken. Zo dient het bedrijf een gratis fietsenstalling neer te zetten en neemt het de verantwoordelijkheid voor het dagelijks onderhoud van het parkeergebied op zich. Ook moet het bedrijf toestaan dat er wekelijks een markt op het parkeerterrein wordt gehouden.

De gemeente Brixen is van mening dat zij deze opdracht niet hoeft aan te besteden. Tot aan 2001 was de dienstverlener stadwerke Brixen een gemeentelijke onderneming. De statuten waren duidelijk; de instelling had een publieke functie om de plaatselijke openbare diensten uniform en geïntegreerd te verrichten. De gemeenteraad stelde het algemene beleid vast, wees het werkkapitaal toe, zorgde voor dekking van eventuele sociale lasten, onderzocht de bedrijfsresultaten en oefende strategisch toezicht uit. Wel was de onderneming verzekerd van de nodige zelfstandigheid. Begin 2001 kwam hier een einde aan. In die tijd ging men privatiseren. De gemeentelijke onderneming Stadtwerke Brixen werd omgezet in een naamloze vennootschap met de naam Stadtwerke Brixen N.V. De aandelen bleven voor 100% in handen van de gemeente, maar met één belangrijke beperking. De gemeente Brixen mocht volgens Italiaans recht slecht twee jaar lang enige aandeelhoudster blijven.

Een marktgerichte onderneming

Het beroep van de gemeente Brixen op haar 'interne' rechtspersoon Stadtwer-

ke Brixen N.V. wordt van de hand gewezen. De klagende partij Parking Brixen B.V. wordt in het gelijk gesteld. De reden is dat er door de gemeente onvoldoende invloed op het beleid van de onderneming kan uitoefenen. De Europese rechter geeft hierbij een aantal overwegingen dat in combinatie met elkaar tot de conclusie leidt dat de aanvankelijke gemeentelijke instelling is getransformeerd tot een marktgerichte onderneming, zodat het toezicht van de gemeente wordt afgezwakt.

Wanneer een gelieerde partij over een mate van zelfstandigheid beschikt die beantwoordt aan de onderstaande kenmerken, is het uitgesloten dat een gemeente toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten (zie rechtsoverweging 70). Het rijtje dat de Europese rechter hierbij noemt, bestaat uit de volgende elementen:

- a De aard van het vennootschapstype.
- b De verruiming van het maatschappelijke doel.
- c De (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal.
- d De territoriale uitbreiding van de activiteiten.
- e De aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd.

Slotopmerkingen

Wat heeft deze uitspraak te betekenen voor de dagelijkse praktijk? Een beroep op inbesteden bij opdrachten aan gelieerde instellingen zal door de voren genoemde criteria lastiger worden. De rechtsvorm en statuten van een dergelijke instelling moeten zorgvuldig worden overwogen. En ook moet men er voor waken dat het takenpakket en het bestuurlijk toezicht op de instelling in de loop der jaren niet zodanig wijzigt, dat niet meer aan de toezichtcriteria van het Hof wordt voldaan. In sommige bestaande gevallen zullen gemeenten een wijziging moeten doorvoeren om aan de strenge criteria van Parking Brixen arrest te voldoen. Naast een beperking van het takenpakket, valt hierbij te denken aan een wijziging in het bestuurlijke toezicht. Want alleen bij een juiste inkleding van de bestuurlijke organisatie kan een beroep op quasi inbesteden slagen.⁶

Een andere opmerking betreft de Nederlandse wetgever. Het Ministerie van Economische Zaken is op dit moment bezig met het aanpakken van de zogenaamde problematiek van 'markt

en overheid'. Hiervoor wil men de Nederlandse Mededingingswet aanpassen. Op 17 februari 2006 heeft de ministerraad besloten het wetsontwerp voor advies naar de Raad van State te sturen.

Overheden ontplooiën in toenemende mate commerciële activiteiten. Overheidsorganisaties die op een open markt actief zijn, kunnen voordelen genieten die particuliere ondernemingen niet hebben, hetgeen kan leiden tot concurrentievervalsing. Daarnaast zijn sommige private ondernemingen belast met de uitvoering van publieke taken van algemeen belang. De spelregels voor markt en overheid zorgen ervoor dat de inzet van publieke middelen niet terecht komt bij de uitvoering van commerciële taken. Ze voorkomen dus elke vorm van kruissubsidiëring tussen overheid en marktpartij.

Deze doelstelling vertoont een sterke gelijkheid met de uitspraak in 'Parking Brixen'. Bij een uitbreiding van andere – of liever gezegd commerciële – taken zal een beroep op (quasi) inbesteden na 'Parking Brixen' niet meer slagen. Met andere woorden; gemeenten krijgen ook nu al te maken met het Europese aanbestedingsrecht als zij een oorspronkelijk takenpakket willen uitbreiden met commerciële activiteiten. De vraag is of de nieuwe regels voor markt en overheid hier rekening mee hebben gehouden. De reële kans bestaat dat overheden door deze regels te maken krijgen met dubbele of zelfs strijdige regelgeving.

Met dank aan Jan van der Lei van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten voor zijn waardevolle commentaar.

Noten

- 1 HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, Teckal.
- 2 HvJ EG HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, Stadt Halle.
- 3 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, Coname arrest.
- 4 Zie voor een uitgebreid overzicht S.Verschuur, 'Stadt Halle- Hof stelt hoge eisen aan quasi- in house-opdrachten', Tijdschrift *Aanbestedingsrecht* 2005, p.93. Zie ook mr. K. Hoks, 'Inbesteden in gebondenheid', *B&G*, juli/augustus 2005.
- 5 HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03, Parking Brixen.
- 6 Zie bijvoorbeeld de recente actie van de Europese Commissie tegen de Duitse gemeente Hinte. Aanvankelijk stelde de Commissie deze gemeente in gebreke omdat zij een opdracht tot het uitvoeren van afvalwaterdiensten zonder aanbesteding had gegund aan het Oldenburgisch Ostfriesischer Wasserverband. De Commissie spreekt later van een 'act of internal organisation of public powers' waardoor een beroep op (quasi) inbesteden kennelijk kan slagen. Meer informatie: <http://europa.eu.int/rapid/> (zoekterm IP/05/949).

De Europese rechter is er na enkele jaren in geslaagd om meer duidelijkheid te verschaffen over het leerstuk van (quasi) inbesteden. In de zaken 'Stadt Halle' en 'Coname' laat het Hof er geen twijfel over bestaan. Een particuliere deelneming in een gelieerde organisatie leidt er onverkort toe dat een gemeente niet voldoet aan het eerste vereiste van toezicht zoals dat in Teckal werd gesteld. Het onderhands gunnen van opdrachten mag dan niet. Het Hof gaat nog verder in 'Parking Brixen'. Zelfs bij het volledige publieke eigendom van de gelieerde partij kan het Europese aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Door bepaalde factoren kan een organisatie zich gaan gedragen als een marktgerichte onderneming. Bij een te zwakke toezichtsrelatie is (quasi) inbesteden dan eveneens onrechtmatig.