



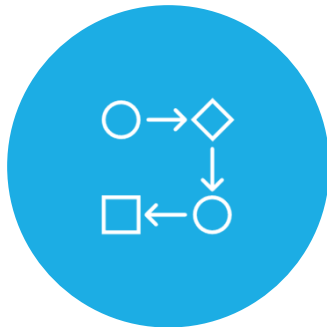
ONTWIKKELINGEN QUASI-INHOUSE/INBESTEDEN

NVvA PROCUREMENT HOUR 14/09/2023

Elise Zeelenberg, *MeesterZet aanbestedingsrecht & Wageningen University & Research*



PROGRAMMA



VORMEN VAN (QUASI-)
INBESTEDEN



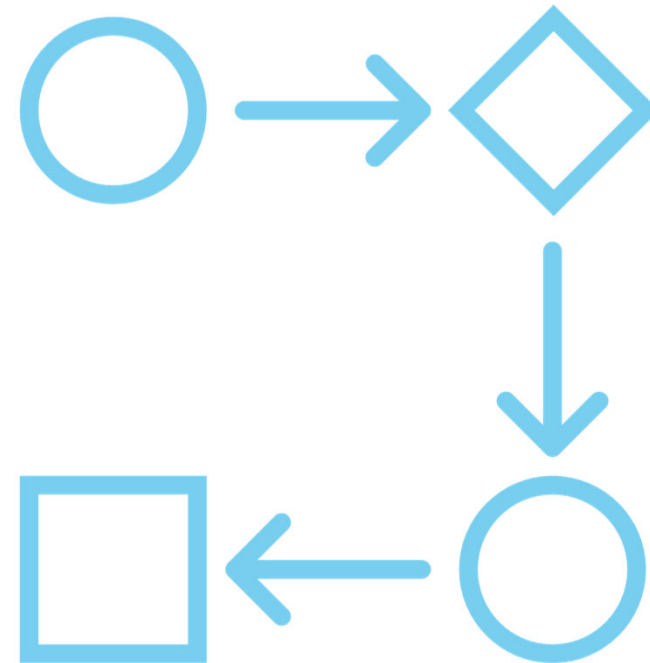
RECENTE
ONTWIKKELINGEN (JUP)



VRAGEN/DISCUSSIE

VORMEN VAN INBESTEDEN

- Zuiver inbesteden
- Enkelvoudig (quasi-) inbesteden
- Opwaarts (quasi-) inbesteden
- Zijwaarts (quasi-) inbesteden
- Gezamenlijk (quasi-) inbesteden



ZUIVER INBESTEDEN

- **Vzr. Rb. Midden-Nederland 21-12-2022, [ECLI:NL:RBMNE:2022:6158](#) :**

Kernvraag:

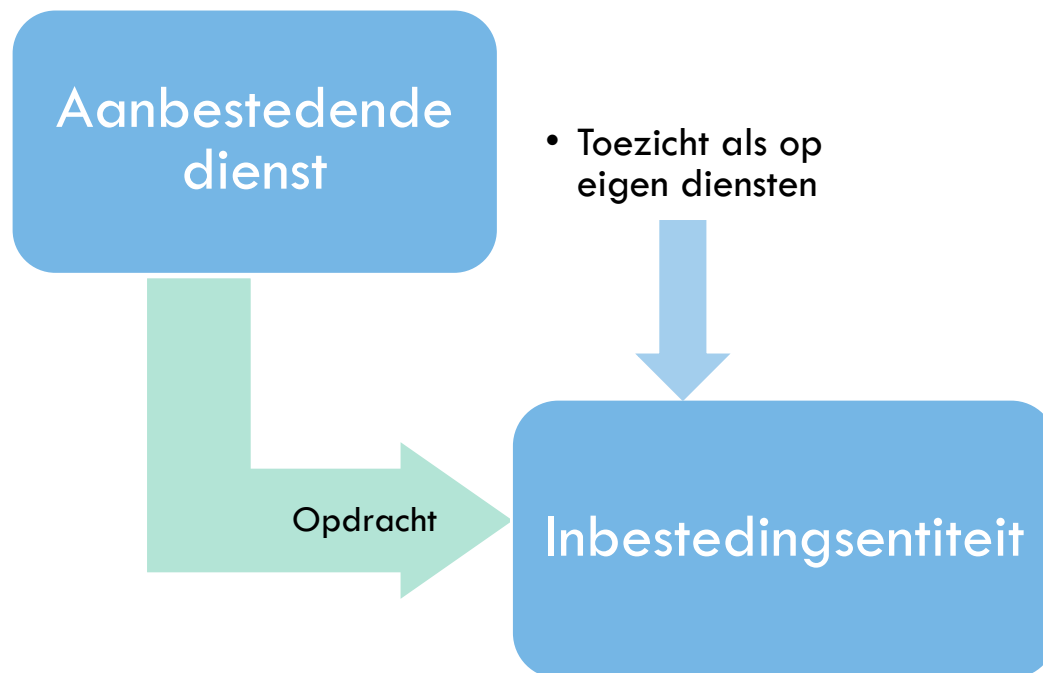
Is tussen de Staat (de Belastingdienst) enerzijds en DRZ (dienst Domeinen Roerende Zaken) – die de (inspecteur van de) Belastingdienst ondersteunt bij het vaststellen van de waarde van de schadeauto ter bepaling van de BPM – anderzijds sprake van een zodanige rechtsverhouding en dienstverlening dat de opdracht(en) van de Belastingdienst aan DRZ aanbesteed had(den) moeten worden?

Oordeel Vzr:

DRZ is van agentschap omgevormd tot een reguliere ambtelijke dienst van het ministerie van Financiën. Daarmee is DRZ een onzelfstandig onderdeel van de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat. DRZ is in juridische zin om die reden ook niet van de Staat te onderscheiden. **De dienstverlening door DRZ betreft een zuivere inbesteding, waar geen juridisch van de Staat te onderscheiden entiteit bij betrokken is. Deze dienstverlening valt om die reden buiten de toepassing van het aanbestedingsrecht.**

ENKELVOUDIG (QUASI-) INBESTEDEN

art. 2.24a lid 1 Aw 2012



- Toezicht als op eigen diensten

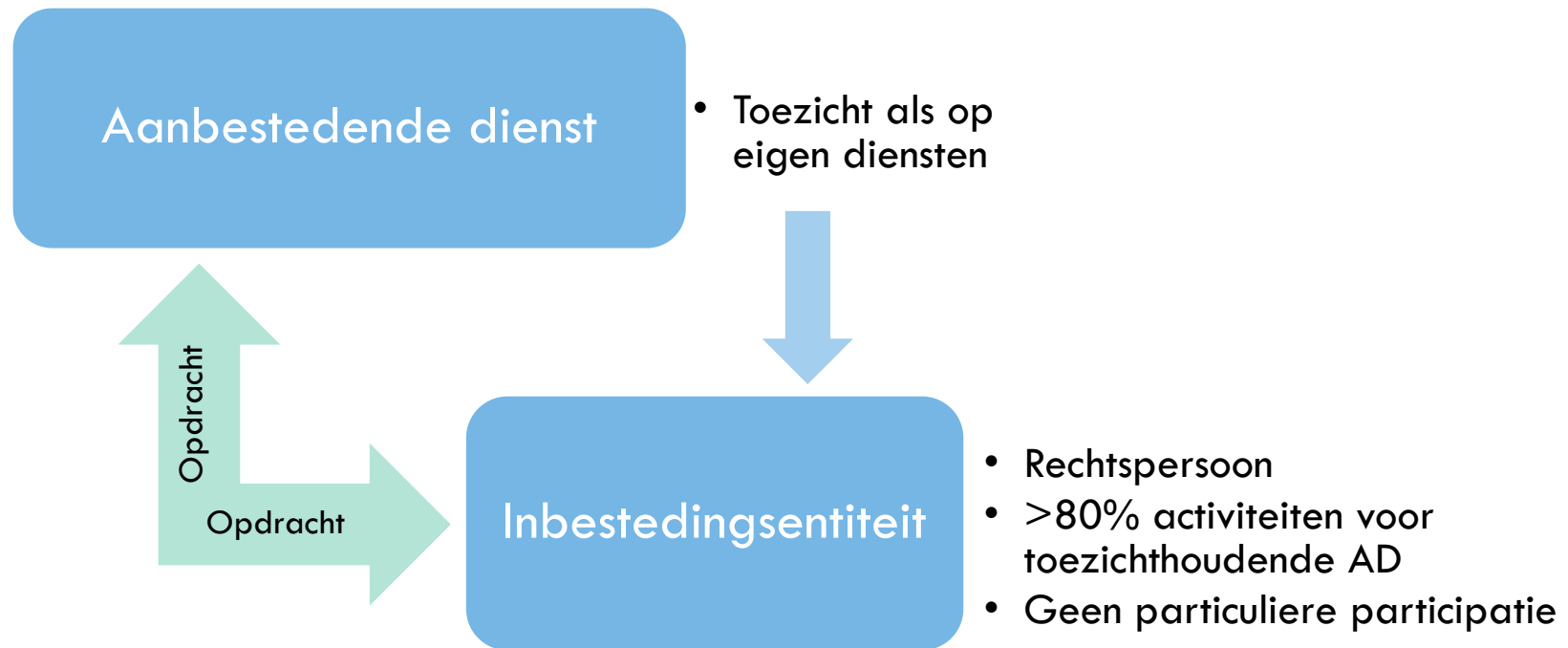
HVJ EU in Porin Linjat-arrest, r.o.v. 66:

‘Bij een inhousegunning wordt de aanbestedende dienst geacht gebruik te maken van zijn eigen middelen. Zelfs indien de opdrachtnemende entiteit juridisch onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, maakt zij immers nagenoeg deel uit van de interne diensten daarvan, voor zover aan twee voorwaarden is voldaan.’

- Rechtspersoon
- >80% activiteiten voor toezichhoudende AD
- Geen particuliere participatie

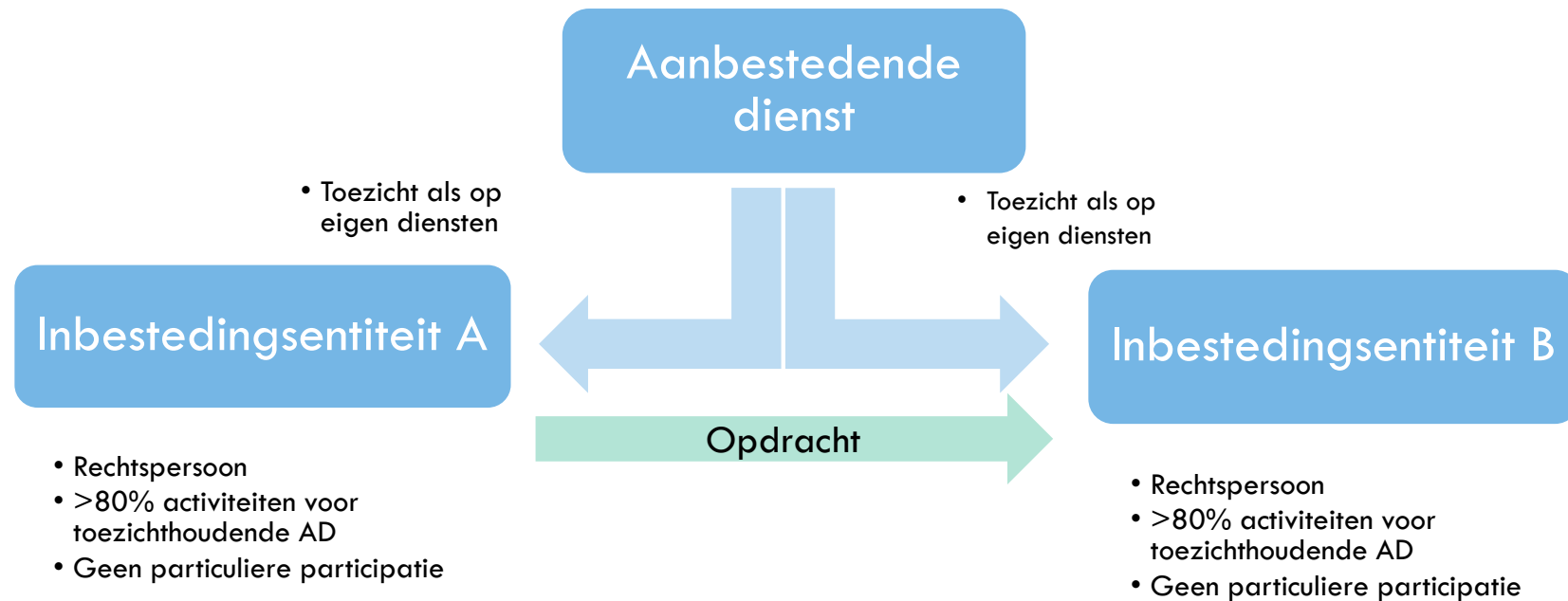
OPWAARTS (QUASI-) INBESTEDEN

art. 2.24a lid 2 Aw 2012



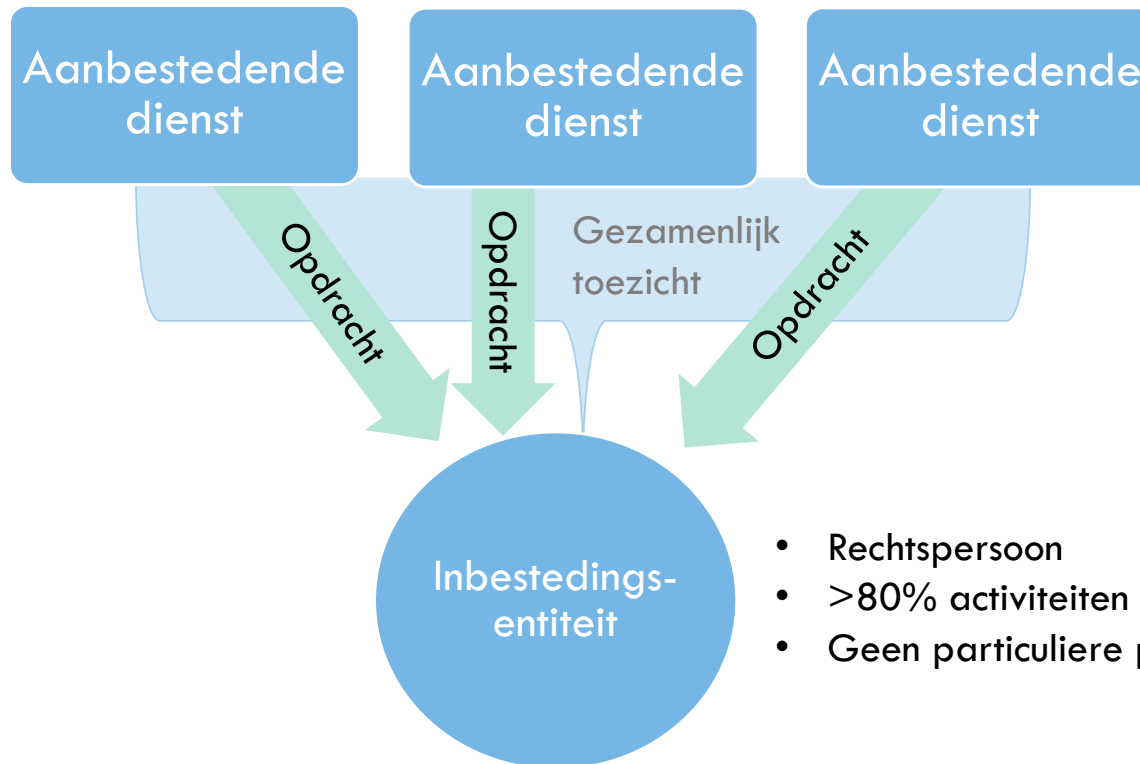
ZIJWAARTS (QUASI-) INBESTEDEN

art. 2.24a lid 2 Aw 2012



GEZAMENLIJK (QUASI-) INBESTEDEN

art. 2.24b Aw 2012



- Rechtspersoon
- >80% activiteiten voor toezichthoudende AD-en
- Geen particuliere participatie

MERENDEELCRITERIUM

- Bij **enkelvoudig verticaal** (quasi-) inbesteden:
 - ↳ **>80%** van de activiteiten van de inbestedingsentiteit in opdracht van de **controlerende aanbestedende dienst**
- Bij (combinatie met) **zijwaarts** (quasi-) inbesteden:
 - ↳ **>80%** van de activiteiten van de inbestedingsentiteit in opdracht van de **controlerende aanbestedende dienst of zuster-inbestedingsentiteit**
- Bij **gezamenlijk** (quasi-) inbesteden:
 - ↳ **>80%** van de activiteiten van de inbestedingsentiteit in opdracht van de **controlerende aanbestedende diensten gezamenlijk**

TOEZICHTCRITERIUM (1)

- Bij **enkelvoudig, opwaarts en zijwaarts** (quasi-) inbesteden:

↳ AD dient **toezicht** te houden op inbestedingsentiteit “**als op eigen diensten**”

= “*beslissende invloed uitoefenen op zowel strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen*” (art. 2.24a lid 3 Aw 2012)

↳ (100%) **aandeelhouderschap** van AD wijst op voldoen aan toezichtcriterium, maar **≠ beslissend**, bijzondere controlebevoegdheden zijn van belang;

↳ **Getrapt toezicht**, via bijv. een tussenholding, is mogelijk, mits dit niet leidt tot een verzwakking van de afhankelijkheidsrelatie tussen inbestedingsentiteit en AD.

TOEZICHTCRITERIUM (2)

- Bij **gezamenlijk (quasi-) inbesteden**, jurisprudentie HvJ EU:
 - **Gezamenlijk** met andere aanbestedende diensten **toezicht** houden op inbestedingsentiteit;
 - (100%) **aandeelhouderschap** van AD-en wijst op voldoen aan toezichtcriterium, maar **≠ beslissend**, bijzondere controlebevoegdheden zijn van belang;
 - Individueel toezicht **≠** vereist, het gaat om *daadwerkelijk en effectief toezicht*;
 - Ook minderheidsaandeelhouders kunnen toezicht uitoefenen

TOEZICHTCRITERIUM (3)

Bij **gezamenlijk (quasi-) inbesteden**, art. 2.24b lid 2 Aw 2012:

- a. Besluitvormingsorganen van gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit **vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten**, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen,
- b. Deze aanbestedende diensten in staat zijn **gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen** op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- c. De gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

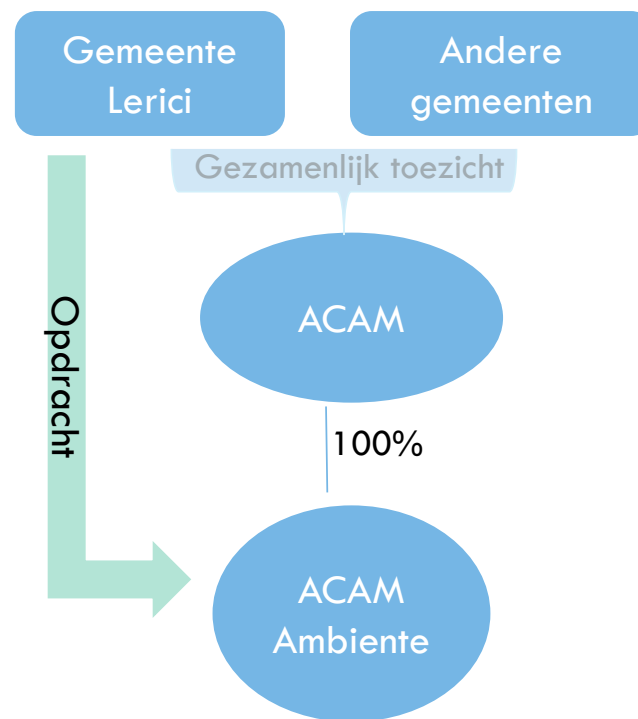
RECENTE ONTWIKKELINGEN (2020 - medio 2023)

- **Bevoegdheidsoverdracht en (quasi)inhouseopdrachtverlening**
Porin Linjat-arrest (HvJ EU 18-06-2020, [zaak C-328/19](#), ECLI:EU:C:2020:483)
- **Opvolgende (quasi-)inbestedingen**
(Irado) Vزر. Rb. Rotterdam 31-01-2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:791](#) en Rb. Rotterdam 23-12-2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:12395](#) (bodem)
- **Overdracht (quasi-) inbestedingsentiteit**
IREN-arrest, (HvJ EU 12-05-2022, [zaak C-719/20](#), ECLI:EU:C:2022:372)
- **Zuiver inbesteden**
Vزر. Rb. Midden-Nederland 21-12-2022, [ECLI:NL:RBMNE:2022:6158](#)
- **Vertegenwoordiging bij gezamenlijk inbesteden**
SLSP Sambre & Biesme-arrest, (HvJ EU 22-12-2022, gevoegde zaken C-383/21 en C-384/21, [ECLI:EU:C:2022:1022](#))
- **Publiek-publieke samenwerkingspartner en merendeelcriterium**
(Twence) Rb. Overijssel 01-02-2023, [ECLI:NL:RBOVE:2023:337](#) (bodem)



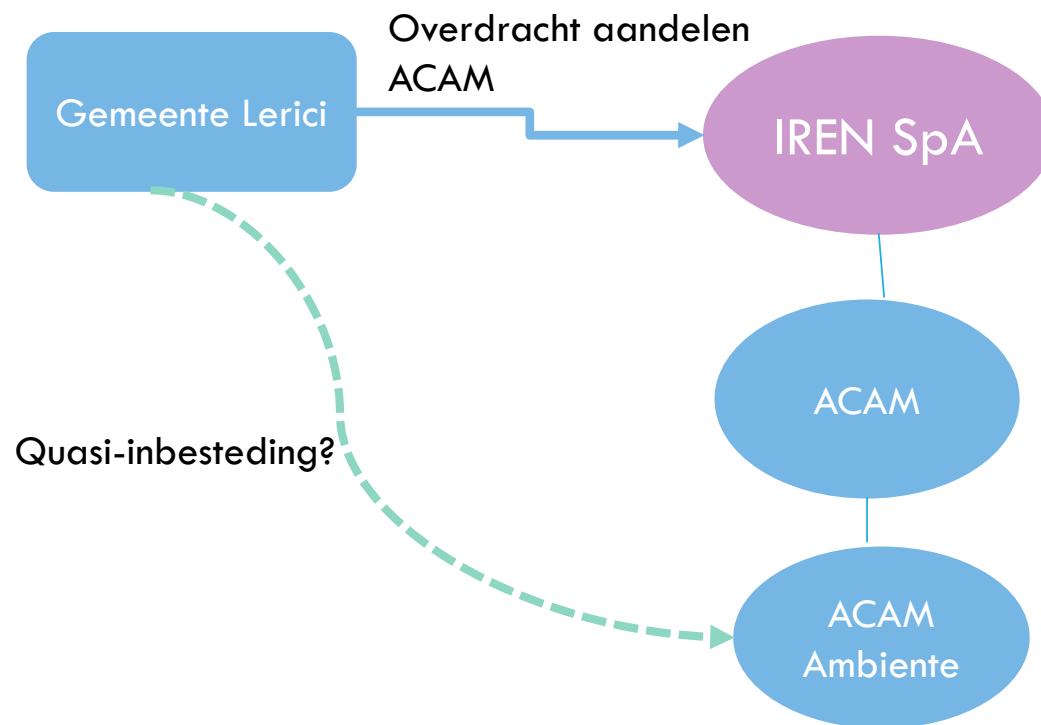
OVERDRACHT INBESTEDINGSENTITEIT (1)

Oorspronkelijke situatie IREN-arrest:



OVERDRACHT INBESTEDINGSENTITEIT (2)

Nieuwe situatie:

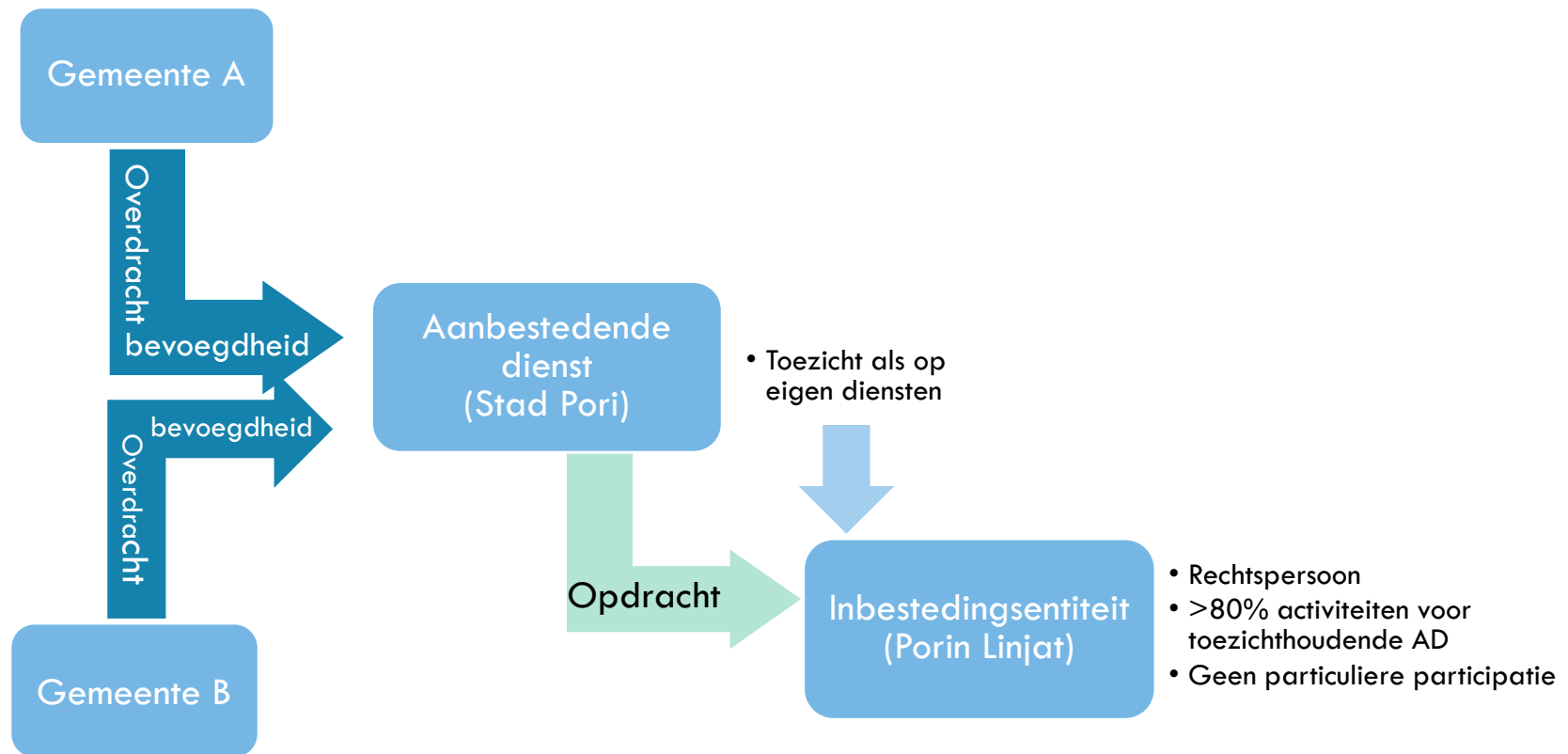


OVERDRACHT INBESTEDINGSENTITEIT (3)

Oordeel HVJ EU in IREN-arrest ([zaak C-719/20](#)) :

- De verwerving van een inbestedingsentiteit door een andere marktdeelnemer tijdens de looptijd van die opdracht, kan een 'wijziging van een basisvoorwaarde' opleveren, waardoor een aanbesteding moet worden uitgeschreven.
- Gemeente Lerici nam niet deel in het kapitaal van IREN, dat bovendien ruim toegankelijk is voor private deelnemingen;
- Gemeente Lerici \neq vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van IREN en \neq in staat (zelfstandig of gezamenlijk) invloed uit te oefenen op strategische doelstellingen of belangrijke beslissingen van IREN \Rightarrow dus niet voldaan aan toezichtcriterium \Rightarrow aanbestedingsplicht voor Lerici.
- Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat IREN door ACAM, en daarmee door de gemeenten waarvan deze vennootschap in handen is, is gekozen na een openbare aanbesteding (!).

BEVOEGDHEIDSOVERDRACHT EN (QUASI-)INBESTEDING (1)



BEVOEGDHEIDSOVERDRACHT EN (QUASI-) INBESTEDING (2)

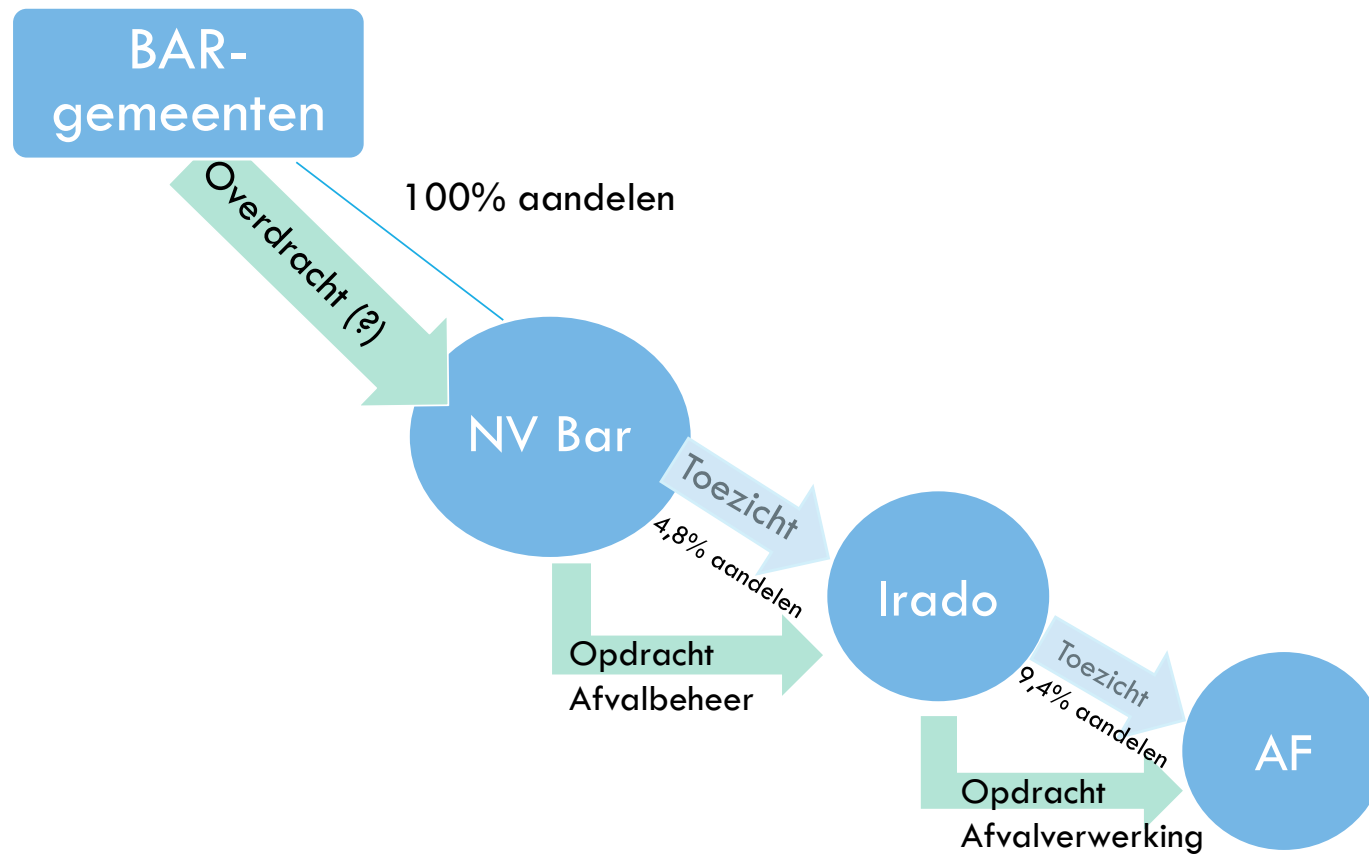
- **Gezamenlijk inbesteden zonder aandelen** ⇒ HvJEU 18 juni 2020, zaak C-328/19 (Porin Linjat):
 - Overdracht van bevoegdheden op het gebied van vervoersdiensten en gezondheidsdiensten van een aantal Finse gemeenten aan een “verantwoordelijke gemeente”;
 - Die laatste gemeente besteedt de diensten vervolgens in bij haar (eigen) (quasi-) inbestedingsentiteit;
 - HvJEU: voor zover vereist, biedt dit model de bevoegdheid-overdragende gemeenten de mogelijkheid om (via de bevoegdheid-ontvangende gemeente) toezicht uit te oefenen op de (quasi-) inbestedingsentiteit;
 - In het kader van het merendeelcriterium moeten de werkzaamheden die de (quasi-) inbestedingsentiteit voor de (niet-aandeelhoudende) bevoegdheid-overdragende gemeenten verricht, gelijk worden gesteld aan de werkzaamheden die de entiteit voor haar aandeelhoudende gemeente (= tevens bevoegdheid-ontvangende gemeente) verricht.

BEVOEGDHEIDSOVERDRACHT EN (QUASI-) INBESTEDING (3)

Voorwaarden aan bevoegdheidsoverdracht:

- De ontvangende instantie moet haar bevoegdheden “autonoom en onder eigen verantwoordelijkheid uitoefenen”:
 - Praktische autonomie: in staat om haar uitvoering zelf te organiseren en de voor deze taken geldende bepalingen vast te stellen;
 - Financiële autonomie: de overdragende instantie mag geen effectief financieel toezicht meer uitoefenen of een goedkeuringsrecht t.a.v. bepaalde besluiten bedingen.
- Enig toezicht vanuit de overdragende instantie(s) is toegestaan, maar inmenging in de concrete uitvoering van de overgedragen bevoegdheid is uitgesloten.

OPVOLGENDE (QUASI-)INBESTEDINGEN (1)



OPVOLGENDE (QUASI-)INBESTEDINGEN (2)

Oordeel Vzr. en Rechtbank:

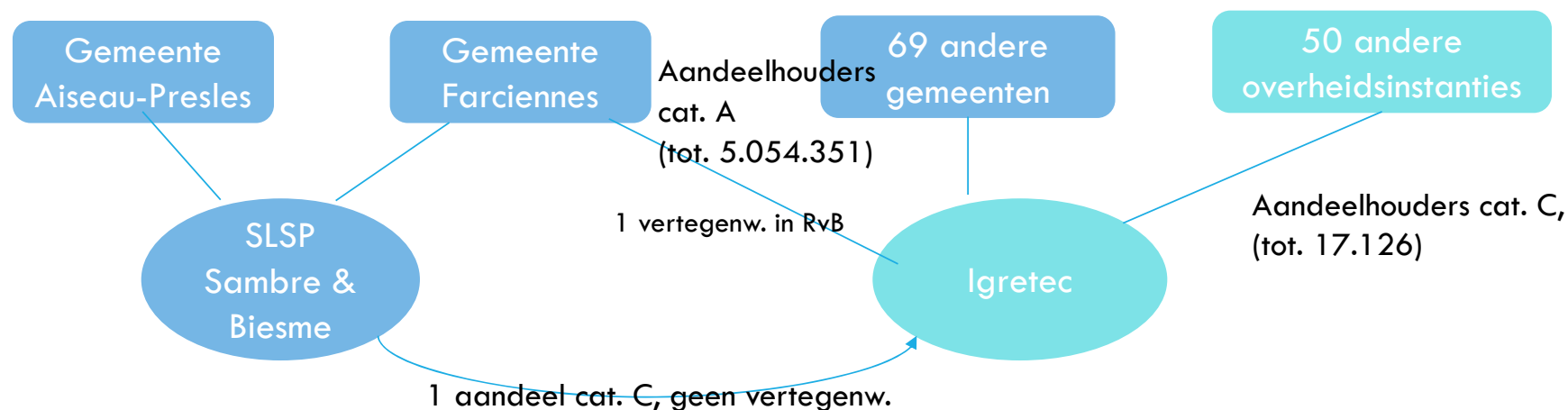
- Aan de vereisten van een quasi-inbesteding wordt voldaan, zowel in de relatie NV Bar-Irado als in de relatie Irado-AF:

“Het is niet noodzakelijk dat de gemeenten en/of het eerste afvalbeheerbedrijf direct toezicht houden op het derde afvalbeheerbedrijf. Niet valt in te zien waarom het noodzakelijke toezicht niet kan worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, mits die op zijn beurt zelf wel door de aanbestedende diensten wordt gecontroleerd. Ook in dat geval is immers sprake van toezicht, waarbij wel bezien moet worden of dat toezicht voldoende is. Evenmin is het noodzakelijk dat het tweede afvalbeheerbedrijf de opdracht zelf uitvoert. Niet valt in te zien waarom dit bedrijf, dat zelf ook een aanbestedende dienst is, niet ervoor kan kiezen om de opdracht aan te besteden, dan wel om deze binnen de grenzen van artikel 2.24b Aw 2012 te gunnen aan een andere (gecontroleerde) rechtspersoon.”

Vzr. Rb. Rotterdam 31-01-2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:791](#) en Rb. Rotterdam 23-12-2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:12395](#) (bodem)

VERTEGENWOORDIGING BIJ GEZAMENLIJK INBESTEDEN (1)

SLSP Sambre & Biesme-arrest, (HvJ EU 22-12-2022, gevoegde zaken C-383/21 en C-384/21, [ECLI:EU:C:2022:1022](#)):



Gemeente Farciennes en SLSP Sambre & Biesme willen gezamenlijke overheidsopdrachten met een beroep op de quasi-inbestedingsuitzondering gunnen aan Igretec.

VERTEGENWOORDIGING BIJ GEZAMENLIJK INBESTEDEN (2)

Oordeel HvJ EU:

“In het bijzonder vereist het in artikel 12, lid 3, tweede alinea, onder i), van richtlijn 2014/24 bedoelde vereiste van vertegenwoordiging dat een aanbestedende dienst deelneemt in de besluitvormingsorganen van de rechtspersoon waar samen met andere aanbestedende diensten toezicht op wordt uitgeoefend via een vertegenwoordiger van die aanbestedende dienst zelf. Aan dit vereiste kan dus niet worden voldaan via een lid van deze organen dat daar alleen zitting in heeft als vertegenwoordiger van een andere aanbestedende dienst.

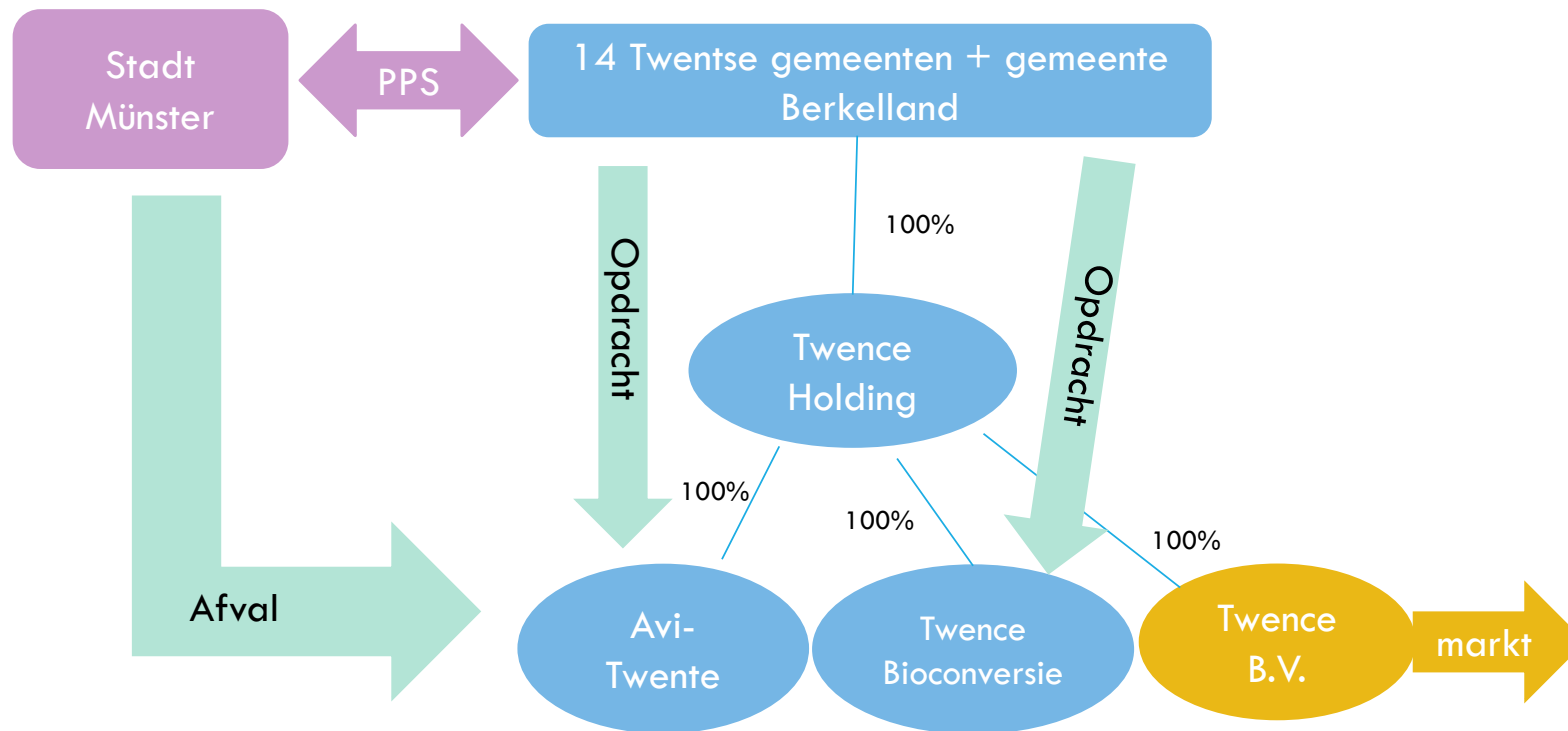
Een aanbestedende dienst kan niet worden geacht gebruik te maken van zijn eigen middelen en zelf te handelen wanneer hij niet in staat is invloed uit te oefenen in de besluitvormingsorganen van de rechtspersoon waaraan de overheidsopdracht wordt gegund via een vertegenwoordiger die namens die aanbestedende dienst zelf en, in voorkomend geval, namens andere aanbestedende diensten optreedt, en wanneer de behartiging van zijn belangen binnen deze besluitvormingsorganen bijgevolg ervan afhangt of die belangen gelijk zijn aan de belangen die de andere aanbestedende diensten binnen die organen aanvoeren via hun eigen vertegenwoordigers.”
[onderstreping toegevoegd, EZ]

VERTEGENWOORDIGING BIJ GEZAMENLIJK INBESTEDEN (3)

Samengevat:

- **Vertegenwoordiging** in de besluitvormingsorganen = een ‘autonoom vereiste’ om gezamenlijk toezicht te kunnen houden;
- Het vereiste van vertegenwoordiging en het vereiste van “gezamenlijk beslissende invloed uitoefenen op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen” zijn **cumulatieve voorwaarden**;
- Vertegenwoordiging kan niet plaatsvinden via een lid van het besluitvormingsorgaan dat zitting heeft (enkel) ter vertegenwoordiging van een andere aanbestedende dienst.

TWENCE-ZAAK (1)



TWENCE-ZAAK (2)

Oordeel Rechtbank

■ Toezichtcriterium:

- De Raad van Commissarissen van Twence Holding wordt benoemd door de AvA, en dus enkel en alleen door de aandeelhoudende gemeenten, welke Raad van Commissarissen het bestuur benoemt. Het bestuur van Twence Holding vertegenwoordigt Twence Holding in de AvA van AVI Twente en Twence Bioconversie. Daarmee zijn de aanbestedende diensten vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersonen.
- *"De conclusie [is] gerechtvaardigd dat de aandeelhoudende gemeenten in ieder geval op papier[?!] gezamenlijk toezicht kunnen houden als op hun eigen diensten, in die zin dat zij, ook gelet op de bevoegdheden van het bestuur en de Raad van Commissarissen, gezamenlijk in staat zijn beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van Twence Holding en (via haar) AVI Twente en Twence Bioconversie."*
- Beoordeeld moet worden of het **toezicht** van de **gezamenlijke** aandeelhoudende gemeenten **voldoende effectief** is. Het feit dat één of enkele gemeenten zich niet kunnen vinden in voorgenomen besluiten of procedures en dat er interne discussies zijn, betekent niet dat voldoende toezicht ontbreekt.

↳ Vraag: correspondeert dit met het oordeel van het HvJ EU in Sambre & Biesme en Econord (zaak C-182/11)?

TWENCE-ZAAK (3)

■ Merendeelcriterium:

- Zonder door Stadt Münster aangeboden hoeveelheid afval, wordt het minimum van 80% niet gehaald.
- Hoewel Stadt Münster geen aandeelhouder is, mogen haar tonnages volgens de rechtbank wel worden meegerekend in het kader van het merendeelcriterium, omdat er sprake is van een publiek-publieke samenwerking tussen de aandeelhoudende gemeenten en Stadt Münster.

↳ Vraag: correspondeert dit met het Cogesa-arrest (HvJ EU 8 december 2016, zaak C-553/15, [ECLI:EU:C:2016:935](#))?:

“34 (...) alle werkzaamheden van de opdrachtnemende entiteit die worden verricht voor andere personen dan die welke haar aandelen houden, te weten personen die geen enkele toezichtrelatie hebben met deze entiteit, ook als het om overheidsinstanties gaat, moeten worden geacht te zijn verricht voor derden.”

ENKELE PRAKTIJKVRAGEN

- Is het in het kader van het gezamenlijk toezichtscriterium nodig om een **eigen vertegenwoordiger** in de besluitvormingsorganen te hebben, of is aandeelhouderschap in combinatie met (gezamenlijke) benoemingsrechten voldoende?
- Wanneer is er sprake van “**effectief gezamenlijk toezicht**”?
- Op welk niveau moet binnen een concern worden getoetst of is voldaan aan de investingscriteria, m.a.w. **wie is “de gecontroleerde rechtspersoon”**?
- In het kader van het merendeelcriterium: wat dient er te worden verstaan onder “**de gemiddelde totale omzet**” o.a. bij consolidatie?

VRAGEN/DISCUSSIE

Contactgegevens

Elise Zeelenberg

 elise@meesterzet-aanbestedingsrecht.nl /
elise.zeelenberg@wur.nl

 06 19 85 59 31

