

# INKOOPFUNCTIE PUBLIEKE ORGANISATIES

Een serie  
van vijf artikelen

Deel 5

In deze vijfde en laatste aflevering passeren in 't kort enkele onderwerpen aangaande de inbesteding, of daarmee ogenschijnlijk in relatie staan. Bij het correct inbesteden zijn de Europese richtlijnen niet van toepassing. De vraag is evenwel wanneer er dan sprake is van uitbesteden? Kan er na verzelfstandiging van een gemeentelijke dienst nog sprake zijn van inbesteden?

# Inbesteden in gebondenheid

**V**an inbesteden is in beginsel sprake als een aanbestedende dienst de uitvoering van zijn taken vervult met zijn eigen administratieve, technische en overige middelen zonder een beroep hoeft te worden gedaan op externe partijen. Er is sprake van uitbesteden, indien een aanbestedende dienst voor de uitvoering van zijn taken een beroep moet doen op externe partijen.<sup>1</sup> Met andere woorden: de aanbestedende dienst moet diensten of producten inkopen bij een externe partij. Indien de inkoop het geldende Europese drempelbedrag overschrijdt, zal in beginsel Europees aanbesteed moeten worden. De logische conclusie is dat men bij inbesteden niet toe komt aan de toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, omdat er geen opdrachtverlening plaatsvindt aan een derde partij.<sup>2</sup>

Het Hof van Justitie van de EG heeft het begrip inbesteden in het Teckal-arrest<sup>3</sup> enigszins opgerekt. Volgens dit arrest is er ook sprake van inbesteden indien een overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een andere juridisch van hem gescheiden rechtspersoon. Zoals te verwachten, zal natuurlijk wel eerst aan een paar voorwaarden voldaan moeten worden. Deze voorwaarden zijn:

- 1 de aanbestedende dienst kan op deze rechtspersoon het toezicht op uitvoeren zoals op zijn eigen dienst en
- 2 deze rechtspersoon verricht het merendeel van zijn werkzaamheden voor de aanbestedende dienst.

Dit arrest heeft ertoe geleid dat veel aanbestedende diensten menen dat inkoop van diensten dan wel van producten bij een andere rechtspersoon,

zoals een BV, waarvan de aanbestedende dienst de (meerderheids)aandeelhouder is, zonder toepassing van het aanbestedingsrecht mogelijk is.

Het Stadt-Halle-arrest<sup>4</sup> brengt een nuancering op het Teckal-arrest. Het Hof van Justitie van de EG bepaalt dat als een particuliere onderneming in het kapitaal van de rechtspersoon is vertegenwoordigd, ook al is dit veel minder dan de helft, dan is geen toezicht meer mogelijk op de rechtspersoon, zoals de aanbestedende dienst toezicht zou kunnen uitoefenen op zijn dienst. Ook niet als er 'waarborgen' omtrent zeggenschap worden ingebouwd door middel van aandeelhouders overeenkomsten. Er is dan aldus bijna geen sprake meer mogelijk van inbesteden.

Ook wordt gemeend dat inkoop door een gemeente bij een intergemeentelijke samenwerkingsverband, waarin de gemeente deelneemt, onder inbesteden valt.

Hoe gaat het nu precies met intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, waarbij een rechtspersoon wordt aangegaan? De situatie is bijvoorbeeld als volgt. Vijf gemeenten gaan in het kader van de Wet sociale werkvoorziening ('Wsw') een openbaar lichaam aan als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen ('Wgr'). Een openbaar lichaam wordt beschouwd als verlengd lokaal bestuur. Juridisch gezien is het een van de betrokken gemeenten losstaande rechtspersoon en is het vanwege zijn aard aan te merken als een aanbestedende dienst.

Bij het besluit tot het aangaan van het openbaar lichaam wordt de gemeentelijke sw-taak op basis van de Wsw ge-

delegeerd aan het openbaar lichaam. Dit openbaar lichaam neemt dan de zorgplicht van de gemeenten over voor de uitvoering van de Wsw, hetgeen er kort gezegd op neer komt dat deze moet zorgen voor een beschermde werkomgeving voor mensen met bijvoorbeeld een lichamelijke, geestelijke of psychische handicap. *Schema 1.*

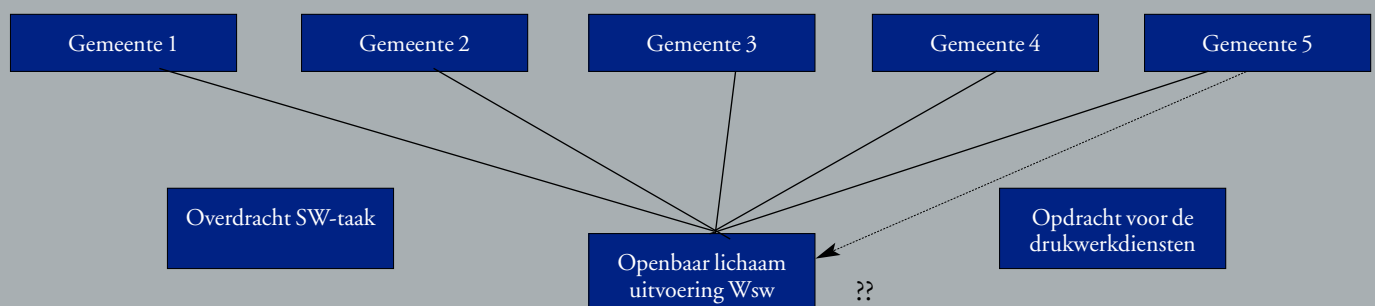
## Activiteiten

Indien nu een van de gemeenten de opdracht voor drukwerkdiensten (boven het drempelbedrag) wil gunnen aan het openbaar lichaam, moet deze opdracht dan worden aanbesteed?

De vraag is dan of de gemeente op deze rechtspersoon het toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen dienst, en of deze rechtspersoon het merendeel van zijn werkzaamheden voor de aanbestedende dienst verricht. Naar mijn mening voldoet een openbaar lichaam nimmer aan het gestelde criterium. Een openbaar lichaam wordt altijd door twee of meer gemeenten aangegaan, dus het toezicht op de rechtspersoon zal nimmer het toezicht zijn als op zijn eigen dienst.

Veelal wijst het openbaar lichaam een door hem zelf opgerichte vennootschap (uitzakken vanuit een gemeenschappelijke regeling) aan voor de uitvoering van de verschillende activiteiten. In deze vennootschap zitten dan de activa en passiva, het niet-sw-personeel (het sw-personeel heeft een diensbetrekking bij het openbaar lichaam/gemeente), contracten met derden, etc. Met andere woorden: de activiteiten vinden plaats in de vennootschap. *Schema 2.*

Schema 1



In dit voorbeeld (*schema 2*) verricht het 'NV SW-bedrijf' de sw-activiteiten uit. Veel van die activiteiten kunnen ook door gewone commerciële bedrijven uitgevoerd worden. Denk hierbij aan het verzorgen van drukwerkdiensten, inpakwerkzaamheden, groenvoorziening, leerlingenvervoer, noem het maar op. Indien een gemeente bijvoorbeeld drukwerkdiensten (volledige toepassing richtlijn en boven het drempelbedrag) wil laten verrichten door 'NV SW-bedrijf' is het maar de vraag of dit zomaar kan zonder acht te slaan op het aanbestedingsrecht. Het inkopen van drukwerkdiensten door de gemeente staat namelijk in beginsel los van de taakvervulling vanuit de Wsw (de zorgplicht voor een beschermde werkomgeving), des te meer nu de sw-taak is overgedragen aan het openbaar lichaam!

Is het mogelijk dat een van de betrokken gemeenten zonder toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen een opdracht voor bijvoorbeeld het verrichten van drukwerkdiensten kan gunnen aan het 'NV SW-bedrijf'? Er ontstaat dan namelijk een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst enerzijds en een dienstverlener anderzijds.<sup>5</sup>

Zoals ook uit het *schema 2* blijkt, kan bij een rechtstreekse gunning van de gemeente aan de vennootschap in beginsel geen sprake zijn van inbesteden, omdat de betreffende gemeente geen toezicht kan houden op de vennootschap, zoals zij op haar eigen dienst kan houden.<sup>6</sup> Immers, de gemeente heeft geen directe relatie met de NV,

slechts indirect via de vertegenwoordiging van de gemeente in het openbaar lichaam, dat weer aandeelhouder is van de NV. De conclusie zou dan in beginsel moeten zijn dat de gemeente de inkoop dient aan te besteden.

Kan het inmiddels veel besproken artikel 6 Richtlijn Diensten (artikel 18 van de nieuwe Algemene Richtlijn) nog een oplossing bieden om direct te kunnen gunnen aan 'NV SW-bedrijf' of aan het openbaar lichaam, zoals in het *schema 1*? Dit artikel luidt als volgt: *'De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, onder b), op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag.'*

Aldus, de bepalingen van de Richtlijn diensten zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten tussen aanbestedende diensten onderling, mits wordt voldaan aan de eis van een alleenrecht uit hoofde van gepubliceerde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen tussen de aanbestedende diensten. Voorwaarde is dat deze bepalingen verenigbaar zijn met het EG-Verdrag.

Zoals al eerder opgemerkt zijn openbare lichamen aanbestedende diensten, dus tot zover voor openbare lichamen geen probleem. De vraag is nu op 'NV SW-bedrijf' aan te merken als een aanbestedende dienst. Daartoe moet 'NV SW-bedrijf' voldoen aan de definitie van 'publiekrechtelijke instel-

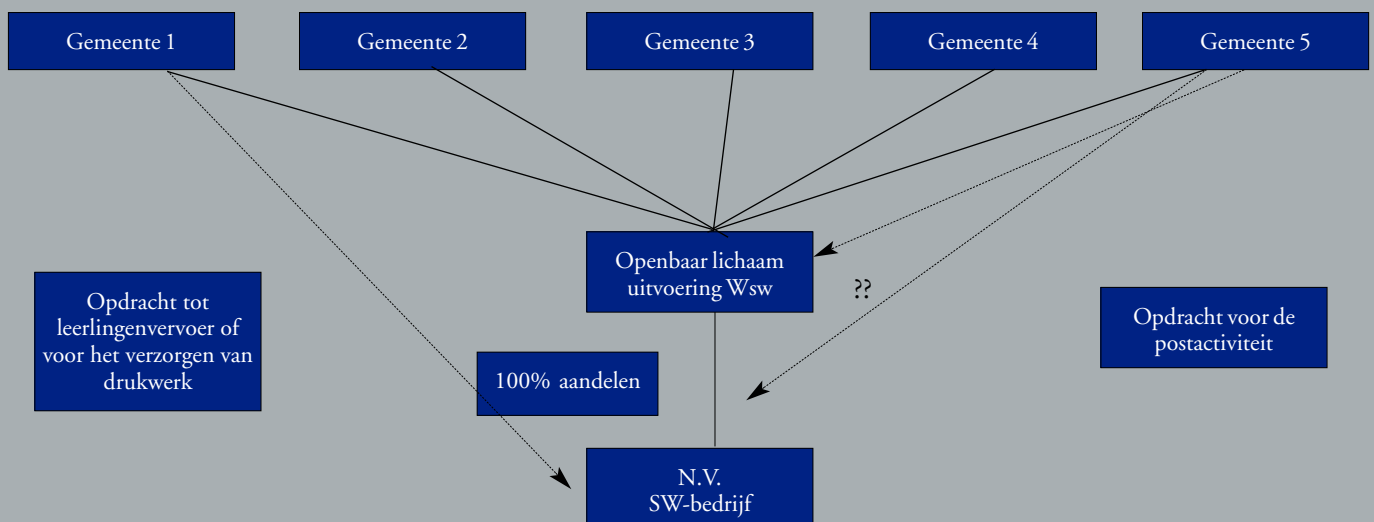
ling', als bedoeld in artikel 1 sub b van de Richtlijn Diensten. De vennootschap moet dan:

- zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, die geen industrieel of commercieel karakter dragen;
- rechtspersoonlijkheid hebben;
- en waarbij:
  - of de activiteiten in hoofdzaak door een aanbestedende dienst worden gefinancierd;
  - of het beheer is onderworpen aan toezicht dooreen aanbestedende dienst;
  - of de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft worden benoemd door een aanbestedende dienst.

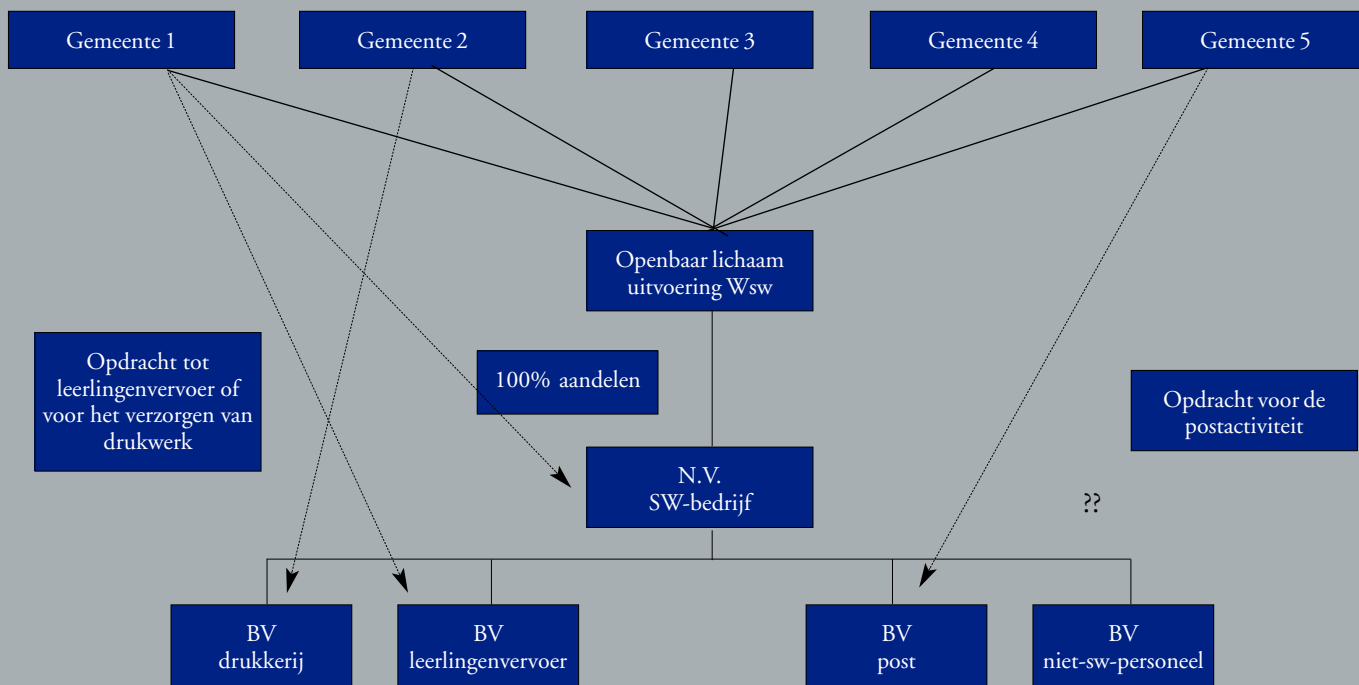
Of een uitgezakt sw-bedrijf aan deze criteria voldoet zal per keer onderzocht moeten worden. In *schema 2* zou het 'NV SW-bedrijf' kunnen voldoen aan de criteria van publiekrechtelijke instelling. Echter, in *schema 3* zou dat voor 'BV drukkerij' wel eens anders kunnen liggen.

Indien geconcludeerd kan worden dat het betreffende SW-bedrijf (openbaar lichaam, dan wel NV/BV) een aanbestedende dienst is, dient vervolgens een alleenrecht uit hoofde van een wettelijke bepaling aanwezig te zijn. Vaak wordt verondersteld dat de Wsw dit alleenrecht verschaft. Dit is echter een misverstand.<sup>7</sup> Een SW-bedrijf mag allerlei werkzaamheden verrichten die de Wsw toelaat. Er ontbreekt daarom een alleenrecht of liever gezegd een exclusieve taakaanwijzing om één specifieke taak uit te voeren, zoals bijv. drukwerkdiensten of leerlingenvervoer etc.

**Schema 2**



Schema 3



Voor een correcte toepassing van de uitzondering in artikel 6 moet gedacht worden aan wettelijke taken zoals neergelegd in de Wet milieubeheer, de Welzijnswet of de Wet op het primair onderwijs. Als een SW-bedrijf alleen is opgericht met het doel tot het uitvoeren van bijvoorbeeld het leerlingenvervoer, kan deze dienst – op basis van de Wet op het primair onderwijs – onderhands worden gegund aan een SW-bedrijf. Dit soort constructies komt in de praktijk nauwelijks voor.<sup>8</sup> Ik volg hierin de stelling van Mr. J.C. van de Water in zijn artikel *Aanbesteden in de praktijk: sociale werkplaatsen*.

Het alleenrecht zou ook gecreëerd kunnen worden door middel van een verordening ex artikel 149 Gemeentewet. Ingevolge artikel 149 Gemeentewet maakt de gemeenteraad immers ‘de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt’. De gemeenteraad zal in het voorkomende geval valide redenen (genoeg) moeten hebben om in het concrete geval uitvoering te geven aan zijn algemene verordenende (wetgevende) bevoegdheid. Bijvoorbeeld wanneer de gemeenteraad het tot zijn publieke gemeentelijke verantwoordelijkheid en belang rekent dat de SW-ers aan het werk (moeten) blijven. De vraag is dan of dit strookt met het Verdrag van de EG, dat zegt dat Lidstaten (dus ook de aanbestedende diensten) dienen te zorgen voor een interne markt, welke

wordt ondermijnd door alleenrechten te creëren voor activiteiten die commerciële bedrijven ook kunnen verzorgen. En de vraag of het logisch is om eerst het SW-bedrijf via bijvoorbeeld een openbaar lichaam uit te laten zakken, te laten zelfstandigen, zodat efficiënter gewerkt zou kunnen worden (zogenoemde kostenbesparing) en dan bijvoorbeeld weer bij dit SW-bedrijf mogelijk duurder in te kopen omdat niet aanbesteed<sup>9</sup> zou behoeven te worden?

Ook kan nog gespeeld worden met de gedachte de opdracht te gunnen aan het openbaar lichaam die op zijn beurt en met het oog op het Teckal-arrest de opdracht doorgeeft aan haar dochtervennootschap. Echter, mijns inziens ontstaat dan wederom tussen de gemeente en het openbaar lichaam een schriftelijke opdracht onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een dienstverlener, weliswaar ook een aanbestedende dienst. Ook in dit geval zal dan eerst een beroep op artikel 6 nodig zijn.

\* \* \*

Het lijkt erop dat de conclusie moet zijn, dat van inbesteden alleen sprake is indien een aanbestedende dienst de taak intern (binnen de eigen rechtspersoon) uitvoert of opdraagt aan een rechtspersoon waarover de aanbestedende dienst de volledige zeggenschap

heeft. Na een verzelfstandiging, publiek- of privaatrechtelijk, zal bij een opdrachtverlening van een aanbestedende dienst aan de zelfstandigde rechtspersoon in beginsel sprake kunnen zijn van aanbesteden. Blijkt de mogelijkheid van inbesteden bij een andere rechtspersoon een illusie te zijn!?

Tot slot ga ik nog even in op de aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG (klassieke sectoren). Op 30 april 2004 zijn nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen in het publicatieblad van de Europese Unie verschenen. In de Richtlijn Klassieke sectoren (één richtlijn voor werken, leveringen en diensten) staat in artikel 19 dat de lidstaten de deelneming aan een aanbesteding kunnen voorbehouden aan sociale werkplaatsen. Dit artikel is optioneel, hetgeen betekent dat Nederland er voor kan kiezen om deze bepaling wel of niet om te zetten in Nederlands recht.

**Noten**

- 1 Mr. C.J.G.M. Bartels LLM – *Tendernieuwsbrief* april 2005.
- 2 Pijnacker Hordijk – *Aanbestedingsrecht* – derde druk 2004.
- 3 C-107/98 van 18 november 1999.
- 4 C-26/03 van 11 januari 2005.
- 5 Dit is de definitie van een overheidsopdracht.
- 6 Voorwaarde uit het Teckal-arrest.
- 7 Mr. J.C. van de Water – *aanbesteden in de praktijk: sociale werkplaatsen*.
- 8 Mr. J.C. van de Water – *aanbesteden in de praktijk: sociale werkplaatsen*.
- 9 Een van de doelen van het aanbesteden zou moeten zijn het efficiënter c.q. doelmatiger besteding van overheidsgeleden.