



APRIL 2006

NIEUWSBRIEF

Inbesteding of aanbesteding?

Opdrachten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een overheidsgedomineerde onderneming (met eigen rechtspersoonlijkheid) vallen in beginsel onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

Oefent een aanbestedende dienst echter toezicht uit op de aan hem verbonden onderneming zoals op zijn eigen diensten en verricht de onderneming het merendeel van zijn werkzaamheden voor de aanbestedende dienst dan hoeft de opdracht niet te worden aanbesteed, zo oordeelde het Europese Hof van Justitie in het arrest Teckal. In dergelijke gevallen is er sprake van inbesteden, ook wel quasi inhouse-opdrachten genoemd.

In deze nieuwsbrief worden de in 2005 door het Europese Hof van Justitie gewezen arresten Stadt Halle en Parking Brixen besproken waarin de problematiek van het inbesteden aan de orde kwam. Ook het arrest Mödling is in dit kader van belang. Hebben deze arresten geleid tot meer duidelijkheid?

Stadt Halle¹

Het Duitse Stadt Halle heeft zonder aanbestedingsprocedure een opdracht tot bewerking en verwijdering van afval gegund aan RPL Recyclingspark Lochau GmbH, een vennootschap waarin Stadt Halle de meerderheid en een private onderneming de minderheid van de aandelen houdt. Het Europese Hof van Justitie ("EHJ") beoordeelt de vraag of een opdracht van een aanbestedende dienst aan een privaatrechtelijke vennootschap waarin hij de meerderheid van de aandelen houdt maar waarin ook een privaatrechtelijke onderneming aandelen houdt altijd via een openbare aanbestedingsprocedure moet worden gegund.

Anders dan in het Teckal-arrest² is de opdrachtnemer in het arrest Stadt Halle niet geheel in handen van overheidsorganen. Een private onderneming heeft een deelneming van bijna 25 procent in het kapitaal van RPL. Het EHJ overweegt dat:

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

¹ HvJ EG, 11 januari 2005, zaak C-26/03, Rec. 2005, p.I-1.

² HvJ EG, 18 november 1999, zaak C-107/98, Rec. 1999 p.I-8121.

Volgens het EHJ sluit deelname door een private onderneming in het kapitaal van een aan een aanbestedende dienst verbonden onderneming hoe dan ook uit dat door de aanbestedende dienst op de onderneming hetzelfde toezicht kan worden uitgeoefend als op zijn eigen diensten. Dit is volgens het EHJ in de eerste plaats zo omdat de verhouding tussen een overheidsorgaan en zijn eigen diensten wordt beheerst door specifieke overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. Een private onderneming daarentegen streeft private belangen na. In de tweede plaats acht het EHJ de gunning van een opdracht aan een gemengde onderneming zonder oproep tot inschrijving in strijd met de vrije en onvervalste mededinging en het beginsel van gelijke behandeling omdat een private onderneming op deze manier wordt bevoordeeld boven haar concurrenten.

*Mödling*³

In het arrest Mödling heeft de Oostenrijkse gemeente Mödling een opdracht tot afvalinzameling en -verwerking voor onbepaalde duur gegund aan AbfallGmbH. Op het moment van gunning houdt Mödling alle aandelen in deze vennootschap. Twee weken later besluit zij 49 procent van haar aandelen in AbfallGmbH over te dragen aan een privaatrechtelijke onderneming. Oostenrijk (voor de gemeente Mödling) stelt zich op het standpunt dat omdat de aandelen van AbfallGmbH op het tijdstip van de gunning van de opdracht nog geheel in handen waren van de gemeente Mödling, de gemeente toezicht op AbfallGmbH kon uitoefenen als op haar

eigen diensten. De opdracht valt volgens Oostenrijk daarom niet onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn.

Het EHJ aanvaardt dit argument niet. Volgens het EHJ moet in dit bijzondere geval rekening worden gehouden met de gebeurtenissen die zich na de gunning hebben voorgedaan. De overdracht van de aandelen had kort na de gunning van de opdracht voor onbepaalde duur aan AbfallGmbH plaatsgevonden. Daarbij werd de onderneming pas operationeel na de overdracht van de aandelen aan de particuliere onderneming. De constructie heeft daarom als resultaat dat de opdracht zonder aanbesteding is gegund aan een gemengde onderneming. Bij de beoordeling van de gunning moet rekening worden gehouden met alle fasen en met het doel ervan. Het volstaat niet alleen van de chronologische volgorde kennis te nemen, omdat de toepasselijke gemeenschapsregels anders op eenvoudige wijze omzeild zouden kunnen worden.

*Parking Brixen*⁴

In het arrest Parking Brixen heeft de gemeente Brixen zonder openbare aanbestedingsprocedure een concessie gegund aan Stadtwerke Brixen AG, een privaatrechtelijke vennootschap die is ontstaan uit de verzelfstandiging van een dienst van de gemeente Brixen. Brixen houdt alle aandelen in de Stadtwerke Brixen AG. De raad van bestuur is bevoegd zelfstandig, zonder toestemming van de aandeelhoudersvergadering, tot een bedrag van EUR 5 mln. transacties te verrichten.

³ HvJ EG, 13 oktober 2005, zaak C-458/03.

⁴ HvJ EG, 10 november 2005, zaak C-29/04.

Het EHJ toetst wederom of de gemeente Brixen als concessieverlenende overheidsinstantie toezicht uitoefent op de concessiehouder Stadtwerke Brixen AG zoals zij op haar eigen diensten toezicht uitoefent. Het EHJ overweegt dat bij deze beoordeling met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden rekening moet worden gehouden. Van eenzelfde mate van toezicht is volgens het EHJ sprake indien de gemeente Brixen doorslaggevende invloed kan uitoefenen op zowel de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van Stadtwerke Brixen AG.

Na het toezicht op Stadtwerke Brixen AG te hebben vergeleken met de mate van toezicht die de Gemeente Brixen voor de verzelfstandiging op Stadtwerke Brixen kon uitoefenen, concludeert het EHJ dat door omzetting in een marktgerichte privaatrechtelijke vennootschap het toezicht van de gemeente is afgezwakt. Het EHJ leidt dit af uit:

- (a) De omzetting van de gemeentelijke dienst Stadtwerke Brixen in een naamloze vennootschap en de aard van dit vennootschapsstype;
- (b) De verruiming van het maatschappelijke doel van de vennootschap, waarbij de vennootschap activiteiten heeft ontplooid op belangrijke nieuwe gebieden waarop zij voorheen niet actief was;
- (c) De verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor ander kapitaal;
- (d) De territoriale uitbreiding van de activiteiten, van alleen het grondgebied van de Gemeente Brixen naar zowel landelijk als internationaal niveau;

- (e) De verregaande bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd.

Op dit laatste punt gaat het EHJ nader in. Uit de statuten van de vennootschap blijkt dat de raad van bestuur elke handeling kan verrichten die het voor het bereiken van het doel van de vennootschap nodig acht. Daarbij kan de raad van bestuur zekerheden stellen tot een bedrag van EUR 5 mln. zonder voorafgaande goedkeuring van de aandeelhoudersvergadering.

Hoewel de gemeente de meerderheid van de leden van de raad van bestuur kan benoemen, is het toezicht van de gemeente beperkt tot de handelingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten op grond van het vennootschapsrecht beschikt. Gegeven de ruime bevoegdheden van de raad van bestuur oordeelt het EHJ dat de afhankelijkheid die de verhouding tussen de Gemeente Brixen en de speciale onderneming Stadtwerke Brixen AG kenmerkte door de omzetting aanzienlijk is afgezwakt. In een dergelijke situatie is het dan ook uitgesloten dat de concessieverlenende overheidsinstelling toezicht uitoefent op de concessiehouder als op haar eigen diensten.

Gevolgen jurisprudentie voor de praktijk

Uit het arrest Stadt Halle is duidelijk geworden dat indien een private onderneming deelneemt in het kapitaal van een aan een aanbestedende dienst verbonden onderneming, het is uitgesloten dat de aanbestedende dienst op die onderneming een toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. Daarnaast is het niet toegestaan een opdracht (zonder openbare aanbestedingsprocedure) aan een verzelfstandigde dienst te gunnen waarin op het

moment van gunning alleen overheidsdiensten deelnemen om vervolgens (binnen afzienbare termijn) een particuliere onderneming deel te laten nemen in het kapitaal, zo blijkt uit het arrest Mödling. Dit oordeel van het EHJ lijkt voor de hand te liggen, omdat anders het verbod op het zonder aanbesteding gunnen van opdrachten aan gemengde ondernemingen (zie Stadt Halle) eenvoudig omzeild zou kunnen worden.

Het arrest Parking Brixen geeft echter weer aanleiding tot vragen. Het EHJ draagt vijf punten aan waaruit naar haar mening blijkt dat de omzetting van de overheidsdienst naar een private onderneming ertoe heeft geleid dat er geen sprake meer is van toezicht als op een overheidsdienst. Deze zien echter op dit specifieke geval. Onduidelijk blijft of ook sprake zal zijn van onvoldoende toezicht indien bijvoorbeeld slechts twee of drie van de vijf aangedragen punten van toepassing zijn. Wel blijkt dat het EHJ veel gewicht toekent aan de verregaande bevoegdheden van de raad van bestuur waardoor het toezicht door de Gemeente slechts beperkt is tot die besluiten die de verzelfstandigde dienst aan de aandeelhoudersvergadering moet voorleggen.

Of op een verzelfstandigde rechtspersoon een zelfde toezicht wordt uitgeoefend als op een overheidsdienst zal dan ook per geval beoordeeld dienen te worden. Daarbij dient de situatie voor de verzelfstandiging vergeleken te worden met de situatie na de verzelfstandiging.

Gunning op grond van alleenrecht

In de bovengenoemde arresten werd geen beroep gedaan op artikel 6 van de oude richtlijn diensten waarvan een equivalent is opgenomen in artikel 18 Richtlijn Overheidsopdrachten. Op grond van dit artikel is de Richtlijn Overheidsopdrachten niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door de aanbestedende dienst op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling toegekend alleenrecht worden gegund aan een andere instantie die zelf een aanbestedende dienst is of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten.

Naar aanleiding van het arrest Teckal is artikel 18 Richtlijn Overheidsopdrachten ten opzichte van het oude artikel 6 Richtlijn Diensten in die zin aangepast dat de uitzondering alleen in die gevallen van toepassing is waarbij een samenwerkingsverband uitsluitend uit aanbestedende diensten bestaat. In de lijn van de na Teckal gewezen jurisprudentie ligt het voor de hand dat ook deze uitspraken van het EHJ bij de interpretatie van artikel 18 Richtlijn Overheidsopdrachten in acht moeten worden genomen. Dit betekent dat daar waar een privaatrechtelijke onderneming participeert in het kapitaal van een samenwerkingsverband een beroep op de uitzonderingsbepaling niet zal kunnen slagen. Ook ligt het in de rede dat daar waar het toezicht van een aanbestedende dienst op een dienst na verzelfstandiging aanzienlijk is afgezwakt een beroep op artikel 18 Richtlijn Overheidsopdrachten niet langer mogelijk zal blijken te zijn.

Uiteraard zijn wij graag bereid u nader te informeren over ontwikkelingen in het Aanbestedingsrecht. U kunt daarvoor contact opnemen met de onderstaande advocaten.

Amsterdam, april 2006
Faasen & Partners

Faasen & Partners
Sectie Ondernemingsrecht Amsterdam,
Commercial & Competition

Wibautstraat 224
1097 DN Amsterdam
Postbus 12929
1100 AX Amsterdam

Michel Chatelin
Partner
T (020) 5600 651
F (020) 5600 502
E Chatelin.Michel@fplaw.nl

Simone Schippers
Medewerker
T (020) 5600 657
F (020) 5600 502
E Schippers.Simone@fplaw.nl

Deze Nieuwsbrief bevat uitsluitend informatie op hoofdlijnen. Aan de inhoud van de nieuwsbrief kunnen geen rechten ontleend worden.

Faasen & Partners B.V. heeft vestigingen in Amsterdam en Rotterdam. Onze expertise ligt op het vlak van ondernemingsrecht en arbeidsrecht. Binnen de sectie ondernemingsrecht hebben wij specialistische teams op het gebied van Europees- en mededingingsrecht, financiering en notariaat.