

Opwaarts en horizontaal inbesteden

Mr. J.C. Binnerts, datum 07-04-2015

Datum

07-04-2015

Auteur

Mr. J.C. Binnerts^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS201080:1

Vakgebied(en)

Aanbestedingsrecht / Europees aanbestedingsrecht

1. Inleiding

Gemeentelijke samenwerking is “hot”: omgevingsdiensten, shared services centers en gemeenschappelijke uitvoeringsorganisaties, overal ontstaan nieuwe vormen waarin door overheden wordt samengewerkt. Het geldt als antwoord op nieuwe uitdagingen, maar leidt ook weer tot nieuwe vragen, niet in de laatste plaats op het vlak van het aanbestedingsrecht. De gemeente die een taak door een andere gemeente laat uitvoeren en die daar een tegenprestatie voor levert, plaatst daarmee immers al snel een overheidsopdracht. Zij moet dan, als de relevante drempelwaarde wordt overschreden, rekening houden met verplichtingen tot Europese aanbesteding. Soms kan een beroep worden gedaan op de uitzondering van de horizontale samenwerking. Soms wordt een gemeenschappelijke entiteit opgericht, bijvoorbeeld een shared services center; dan ontstaat een meer verticale verhouding tussen de opdrachtgevende moedergemeenten en de gemeenschappelijke dochterentiteit, waarbij een beroep op de klassieke inbestedingsexceptie mogelijk wordt.

Maar hoe zit het bij zo'n verticale samenwerking met de omgekeerde situatie: de gemeenschappelijke dochterentiteit wil gebruikmaken van de diensten van een van de moedergemeenten. Denk aan een omgevingsdienst, die bepaalde faciliteiten wil inhuren bij een van de deelnemende overheden. Of bij een mede door deze in stand gehouden shared services center. Allerhande praktische of politieke overwegingen kunnen daar voor pleiten. Maar mag dat ook zomaar en zou dat antwoord anders kunnen luiden onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijn, Richtlijn 2014/24/EU?

2. Verkenning

Als vertrekpunt dient dat de opdrachtverlenende dochterentiteit als aanbestedende dienst kwalificeert. Dat lijkt bij een gemeenschappelijke regeling gewoonlijk geen vraag, want een samenwerkingsverband tussen overheden wordt rechtstreeks als een aanbestedende dienst gekwalificeerd in artikel 1 Aanbestedingswet 2012. Maar dat zal dikwijls ook het geval zijn als het om een privaatrechtelijke rechtspersoon gaat, een overheids-nv of -stichting, zoals bij sommige shared services centra wel voorkomt. Zo'n entiteit zal in de regel immers voldoen aan de criteria van een publiekrechtelijke instelling als neergelegd in artikel 1 Aanbestedingswet 2012 en langs die weg aanbestedingsplichtig zijn. Heeft de dochterentiteit behoefte aan ondersteuning door een moeder, dan kan zij opdrachten daartoe in beginsel niet vrij bij een moedergemeente plaatsen. Dat kan een belemmering zijn als de dochterentiteit bijvoorbeeld gebruik wil maken van de ICT omgeving van één van de moeders, huisvestingsdiensten daarvan wil betrekken of personeel daarvan wil inhuren.

Dat is slechts anders als een uitzondering op die algemene aanbestedingsplicht aan de orde is.

Uitzonderingsmogelijkheden die in aanmerking komen bij samenwerking tussen overheden zijn naar geldend recht:

- De horizontale samenwerking
Deze relatief nieuwe uitzonderingsmogelijkheid is niet in de Aanbestedingswet 2012 terug te vinden; zij berust op jurisprudentie van het Hof van Justitie en is voor het eerst beschreven in het Hamburg-arrest.^[2] Om deze uitzondering te kunnen benutten is vereist dat overheden daadwerkelijke samenwerking bij de uitoefening van taken van algemeen belang beogen, dat daarbij geen andere financiële overdrachten plaatsvinden dan eventuele vergoeding van werkelijke kosten, alsmede de afwezigheid van particuliere participanten in de samenwerking. Het latere Piepenbrock-arrest^[3] leert dat een beroep daarop alleen kan slagen als het gaat om

samenwerking bij echte overheidstaken, bijvoorbeeld als overheden samenwerken bij een wettelijk aan hen opgedragen taak op het gebied van afvalbeheer. Maar een samenwerking tussen twee overheden/aanbestedende diensten bij zuiver facilitaire werkzaamheden – de ene partij houdt gebouwen schoon voor de andere partij – past daarin niet.

- De inbestedingsexceptie (ook wel in house-opdrachtverlening)
Ook deze al veel langer bekende uitzondering is evenmin in de Aanbestedingswet 2012 terug te vinden en berust eveneens op Europees rechtensrecht.¹⁴ Zij veronderstelt dat één of meer aanbestedende diensten – de moeders – toezicht houden op een dochterentiteit, die het merendeel van haar werk voor de moeder(s) dient te verrichten. Binnen die constellatie is het mogelijk dat de opdrachten voor dat werk door de moeder(s) onderhands aan de dochter worden verstrekt en is niet langer sprake van een aanbestedingsplicht. Dat geldt ongeacht de aard van het werk – dus ook bij zuiver facilitaire diensten – en dat maakt het toepassingsbereik ruim; de praktijk in ons land kent vele voorbeelden, zoals verzelfstandigde afvalinzamel- en reinigingsbedrijven, onderhoudsbedrijven etc.
- De alleenrechtconstructie
Deze is te vinden in artikel 2.24 Aanbestedingswet 2012: als sprake is van een alleenrecht dat rechtsgeldig is gevestigd voor een partij die zelf een aanbestedende dienst is, op basis waarvan die partij als enige voor een opdracht in aanmerking komt, is openbare aanbesteding daarvan niet nodig. Vereist is wel dat het alleenrecht berust op een publiekrechtelijke basis en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. M.n. in de sfeer van de afvalinzameling – waar een gemeente een wettelijke bevoegdheid heeft om één inzameldienst aan te wijzen en de verenigbaarheid met het VWEU minder omstreden is – wordt deze constructie in ons land veel ingezet, maar ook wel daarbuiten.
- De niet-contractuele samenwerking
Als de samenwerking tussen een aanbestedende dienst en een ander berust op iets anders dan een contractuele grondslag, dan wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie wel aangenomen dat er geen sprake is van een overeenkomst van opdracht, zodat het aanbestedingsrecht buiten toepassing blijft.¹⁵ Dit wordt wel de niet-contractuele toewijzing van taken genoemd. Met name van belang daarbij is dat de uitvoerende partij niet de vrijheid heeft de opdracht te weigeren of over de vergoeding daarvan te onderhandelen.

Geen van deze uitzonderingsmogelijkheden biedt echter soelaas voor de dochterentiteit die een opdracht bij een moeder wil plaatsen. Een beroep op de horizontale samenwerkingsuitzondering zal in de regel moeilijk liggen, vanwege het facilitaire karakter van de diensten c.q. het gebrek aan een daadwerkelijke samenwerking die strekt tot de uitoefening van een gezamenlijke taak van algemeen belang. Het is nu eenmaal niet zo dat een omgevingsdienst en een daarin deelnemende gemeente beide een vergelijkbare taak op dat gebied van het omgevingsrecht te vervullen hebben. De gemeente, althans haar bestuursorganen, heeft wettelijke taken op dat gebied, en de omgevingsdienst ondersteunt daarbij. In het geval van het shared services center is het facilitaire karakter van de taken die worden waargenomen, welk karakter een beroep op deze uitzonderingsmogelijkheid verhindert, nog meer uitgesproken. Een beroep op de inbestedingsexceptie gaat niet op, omdat de dochterentiteit geen toezicht houdt op de gemeente, maar de toezichtrelatie net andersom ligt. Wellicht heeft de moedergemeente de te leveren diensten zelf via een openbare aanbesteding ingekocht en daarbij de behoefte van de entiteit meegenomen; dan zal er geen bezwaar zijn tegen onderhandse opdrachtverlening door de dochter, omdat de moeder in die situatie kan gelden als aankoopcentrale in de zin van artikel 2.11 Aanbestedingswet 2012. Maar vaak is dat niet aan de orde, bijvoorbeeld omdat de in te kopen dienst door de moedergemeente zelf gegenereerd wordt en niet door haar elders op basis van een openbare aanbesteding is ingekocht, zoals bij een door de moeder in stand gehouden ICT voorziening en helpdeskfunctie. Dan is ook dit meeliften op andermans aanbesteding geen optie. Misschien kan de entiteit een alleenrecht creëren, dat de basis kan vormen voor onderhandse opdrachtverstrekking aan één of meer moedergemeenten, zoals bijvoorbeeld de Omgevingsdienst Zuid-Holland-Zuid blijkens haar gemeenschappelijke regeling heeft gedaan. Maar dat zal alleen bij de publiekrechtelijke entiteiten denkbaar zijn. Artikel 1 Aanbestedingswet 2012 eist immers dat het alleenrecht een publiekrechtelijke basis heeft. Deze optie is bovendien ook dan verre van onomstreden, omdat vaak niet helder is of voldaan kan worden aan de eis dat het uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zoals artikel 2.24, onder a, Aanbestedingswet 2012 vereist.

Het Rijk lost een vergelijkbaar probleem dat speelt in haar relatie tot zelfstandige bestuursorganen (zbo's) op door aanpassing van de wet. In gevallen die de minister aangewezen acht, kunnen volgens een recent wetsvoorstel zbo's verplicht worden diensten af te nemen van ("gebruik te maken van een voorziening die in stand wordt gehouden door") een ander onderdeel van de centrale overheid.¹⁶ Doordat de klant-zbo daar niets over te zeggen heeft, zou niet van een overeenkomst en dus ook niet van een aanbestedingssituatie gesproken kunnen worden, aldus de toelichting van de minister.¹⁷ Hiermee wordt gepoogd een niet-contractuele toewijzing van taken te construeren, zij het in een variant: niet degene die de dienst moet uitvoeren krijgt de taak toegewezen om die te leveren, maar aan de klant wordt de taak toegewezen om de dienst af te nemen. Wat daarvan zij – de aanwijzing kan nota bene op verzoek van de betrokken klant-zbo plaatsvinden, zodat het opdracht karakter zich toch enigszins opdringt – voor lagere overheden lijkt een dergelijke

3. De nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU)

Richtlijn 2014/24/EU, de nieuwe aanbestedingsrichtlijn,^[9] biedt echter een nieuwe oplossingsrichting. Daarin wordt de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie ter zake van horizontale samenwerking gecodificeerd in artikel 12, lid 4. De bedoeling van Richtlijn 2014/24/EU is uitdrukkelijk niet om daar iets nieuws aan toe te voegen. Ook de inbestedingsexceptie wordt in dat artikel gecodificeerd. Die codificatie levert daarentegen wel nieuwe gezichtspunten op.

Artikel 12, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU beschrijft de meest eenvoudige klassieke inbestedingsuitzondering, zoals wij die al kenden: de situatie dat één aanbestedende dienst op een dochterentiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en die entiteit voor het merendeel voor de aanbestedende dienst werkzaam is. De moeder kan vrijelijk opdrachten plaatsen bij zo'n dochter. Artikel 12, lid 3, Richtlijn 2014/24/EU beschrijft de situatie waarin meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de dochterentiteit en deze voor het merendeel voor die moeders werkzaam is; ook dan is een beroep op de inbestedingsexceptie toegestaan, zoals al was beslist in de arresten Coditel, Sea^[9] en anderen. Tot zover niets nieuws, anders dan dat het merendeelcriterium – de mate waarin de dochter voor de moeder(s) werkzaam moet zijn – een kwantitatieve invulling heeft gekregen: de dochter voldoet daaraan als zij voor 80% of meer voor de moeder(s) werkzaam is.

Het daartussen geplaatste artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU bevat echter wel een duidelijk nieuw element. Het bepaalt dat eveneens buiten het bereik van de richtlijn blijven opdrachten die worden gegund door een dochterentiteit aan “zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd”. Hier gaat het om iets, dat nog niet eerder in jurisprudentie als uitzondering op de aanbestedingsplicht was erkend, t.w. de mogelijkheid van het “opwaarts” en “zijwaarts” inbesteden, die komt te staan naast de bestaande, klassieke inbestedingsmogelijkheid van moeder(s) op dochter. En die uitzondering verdient nader onderzoek, omdat zij mogelijk kan worden benut als een omgevingsdienst of shared services center onderhands een opdracht bij een moeder wil plaatsen.

4. Aanloop tot artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU

In het Groenboek over de modernisering van het Europees aanbestedingsrecht van 27 januari 2011, waarmee de Commissie de inspraak over de nieuwe richtlijnen inleidde, werd de bestaande inbestedingsjurisprudentie samengevat. Daarbij werd echter ook op dat punt een aantal vragen opgeworpen:^[10]

“Deze jurisprudentie van het Hof laat evenwel nog een aantal vragen onbeantwoord, bv. (...) hoe het zit met het plaatsen van opdrachten door de “dochterentiteit” bij de moederinstantie(s) of bij een interne “zusterentiteit” (d.w.z. een entiteit die onder zeggenschap staat van dezelfde moeder).”

In het Werkdocument inzake publieke samenwerking van 4 oktober 2011 gaven ook de ambtelijke diensten van de Commissie een overzicht van de bestaande jurisprudentie over publiek-publieke samenwerking en aanbesteden. Bovengenoemde vragen kwamen daarin terug, nu echter ook met suggesties voor een beantwoording:^[11]

- “– Is een opwaartse (“bottom-up”) gunning van een opdracht mogelijk (waarbij de gecontroleerde entiteit een opdracht gunt aan de moederentiteit)?
In het geval van een “bottom up”-gunning blijft de “in house”-logica relevant, namelijk dat er geen sprake is van twee entiteiten met een zelfstandige wil.
- Zijn opdrachten tussen “in-house”-zusterentiteiten (twee interne entiteiten die door dezelfde moederentiteit worden gecontroleerd) mogelijk?
In het geval van “opdrachten tussen interne zusters” is er geen van de twee entiteiten die de andere controleert maar worden beide door dezelfde moederentiteit gecontroleerd. Op basis van de “in house”-rechtspraak lijken normale overheidsopdrachten tussen deze entiteiten (de “in house”-zusterentiteiten) niet te worden uitgesloten van de toepassing van de aanbestedingsregels aangezien geen van beide de andere controleert. Formeel gezien zou de “in house”-rechtspraak kunnen worden toegepast indien bij voorbeeld een aanbestedende dienst, die twee “in house”-entiteiten in zijn bezit en onder zijn controle heeft, bepaalde goederen uit een van zijn interne ondernemingen bestelt en leveringen verstrekt aan de andere.”

De mogelijkheid werd dus bepleit om zonder voorafgaande aankondiging opdrachten opwaarts of zijwaarts te kunnen plaatsen tussen aanbestedende diensten en daardoor gecontroleerde entiteiten, die met elkaar verweven zijn. De zijwaartse aanbesteding werd daarbij gezien als een sequeel van de combinatie van opwaartse en klassieke inbesteding: kan een dochter eenmaal *opwaarts* inbesteden bij de moeder, en de moeder diezelfde opdracht *klassiek* inbesteden bij een andere dochter, dan is het wel zo eenvoudig om de route te verkorten en de mogelijkheid te aanvaarden dat de ene dochter die

opdracht rechtstreeks bij de andere dochter plaatst en daarmee dus *zijwaarts* inbesteedt.

5. Opwaarts en zijwaarts in Richtlijn 2014/24/EU

De opwaartse en zijwaartse inbesteding zijn uiteindelijk in artikel 11 van het ontwerp voor de Richtlijn 2014/24/EU van 20 december 2012 terechtgekomen. Deze bepaling heeft zonder discussie of op dit punt relevante wijziging^[12] het verdere totstandkomingsproces daarvan doorstaan. De considerans rept niet over opwaartse of zijwaartse aanbesteding. Onder punt 31 van de considerans wordt slechts in het algemeen gesteld dat toepassing van aanbestedingsregels niet ten koste mag gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid om samen te werken met andere overheidsdiensten. Een specifieke verwijzing naar deze nieuwe varianten is er echter niet te lezen.

Artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU luidt nu, voor zover van belang:

“Lid 1 [dat de richtlijn buiten toepassing verklaart in een klassieke enkelvoudige inbestedings situatie] is eveneens van toepassing wanneer een gecontroleerde rechtspersoon die een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd (...)”.

Hiermee is in ieder geval duidelijk dat in situaties waarin één aanbestedende dienst de moederrol vervult over meerdere dochters, er straks vrijelijk met opdrachten geschoven kan worden zowel tussen deze moeder en haar dochters, als tussen die dochters; niet alleen neerwaarts, de klassieke inbesteding van moeder op dochter(s) maar ook zijwaarts, tussen dochters, en opwaarts, van dochter(s) naar moeder.^[13]

6. Ook bij gezamenlijk toezicht?

Bij gemeentelijke samenwerking rijst dan natuurlijk de vervolgvraag of – net als dat bij klassieke inbesteding het geval is – de mogelijkheid van opwaartse en zijwaartse aanbesteding ook bestaat, als er meer dan één controlerende aanbestedende dienst in het spel is. Dat is immers veelal de situatie bij een shared services center en steeds die bij een omgevingsdienst. Op het eerste gezicht zou je zeggen: waarom niet? Wat maakt het uit of er één moeder is of meerdere? Ook bij meerdere moeders kan worden gezegd dat de *“in house”-logica* relevant blijft, t.w. dat de verschillende entiteiten geen van elkaar te onderscheiden wil hebben, maar de dochter geacht wordt “naar de pijpen” van de moeders te dansen.

Afgaande op de tekst van artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU is de mogelijkheid van opwaartse en zijwaartse aanbesteding echter beperkt tot de situatie met slechts één moedergemeente. Er is immers slechts sprake van de vrijheid om opwaarts aan te besteden aan “zijn aanbestedende dienst” of (zijwaarts) “aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd”; het woord aanbestedende dienst wordt hier in enkelvoud gebruikt. Ook de terugverwijzing naar artikel 12, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU, dat de enkelvoudige klassieke inbesteding regelt, duidt erop dat artikel 12, lid 2 uitsluitend ziet op de situatie waarin één aanbestedende dienst controle uitoefent. De situatie van het gezamenlijk toezicht is immers geregeld in een ander lid van artikel 12, t.w. artikel 12, lid 3. Een met artikel 12, lid 2 corresponderende bepaling, die terugverwijst naar artikel 12, lid 3 en is toegeschreven op de gezamenlijk toezichtssituatie, ontbreekt in Richtlijn 2014/24/EU.

Toch zijn er goede argumenten te geven, die ook hun basis vinden in de richtlijntekst zelf, die pleiten voor een bevestigende beantwoording van de gestelde vraag. Zij vergen een close reading van de richtlijntekst.

In artikel 12, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU is het merendeelcriterium gecodificeerd voor de enkelvoudige klassieke inbesteding. Zoals hiervoor al gememoreerd, is klassieke inbesteding immers alleen onderhands toegestaan als – naast de toezichtis – wordt voldaan aan het criterium dat de opdrachtnemende entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de opdrachtgevende aanbestedende dienst. Dat criterium wordt in de nieuwe richtlijn aldus gekwantificeerd, dat meer dan 80% van de activiteiten van de opdrachtnemende entiteit taken moeten behelzen, die afkomstig zijn van (*“toegewezen door”*) de moeder. De nieuwe richtlijn voegt daar echter iets aan toe: ook werkzaamheden verricht voor zusterentiteiten tellen mee bij die 80%. De mogelijkheid van zijwaartse aanbesteding is daarmee ingevlochten in het merendeelcriterium. Zonder deze verruiming zou voor een opdrachtnemende dochter die veel werk voor een zuster gaat verrichten, waartoe artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU de weg opent, immers het probleem kunnen ontstaan dat zij niet langer voldoet aan het merendeelcriterium, op grond waarvan zij ook werk van de moeder onderhands kan aannemen. Dat zou dan natuurlijk weer omzeild kunnen worden doordat de ene zuster een opdracht opwaarts inbesteedt bij de moeder en die deze weer neerwaarts (klassiek) inbesteedt aan de andere zuster. De verruiming van het merendeelcriterium maakt zo’n omweg echter overbodig. Zij leidt ertoe dat de mogelijkheid van zijwaartse inbesteding door de dochter geen afbreuk doet aan de mogelijkheid van klassieke inbesteding door de moeder.

In artikel 12, lid 3, Richtlijn 2014/24/EU, waar de meervoudige klassieke inbesteding is geregeld, is eveneens het

merendeelcriterium gecodificeerd, maar dan toegeschreven op die situatie met meerdere moeders. Daarbij is echter de mogelijkheid om ook werk voor zusters mee te tellen net anders en breder gesteld dan in artikel 12, lid 1, Richtlijn 2014/24/EU: naast werk toegewezen door de moeders telt ook werk dat is “toegewezen (...) door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen” mee bij de bepaling van het aandeel van 80%, waarmee aan het merendeelcriterium kan worden voldaan. Het gebruik van de meervoudsvorm “aangebestede diensten” is hier opvallend. Het duidt er m.i. onmiskenbaar op dat ook in situaties waarin aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht houden op een dochterentiteit, die entiteit kennelijk zijwaarts vrijelijk opdrachten kan ontvangen van een andere, door diezelfde moeders gecontroleerde zusterentiteit, die op haar beurt ook vrijelijk – zonder voorafgaande aanbestedingsplicht – opdrachten aan de eerste entiteit kan toewijzen. Anders valt niet goed in te zien welke betekenis in meervoudige inbestedingssituaties zou toekomen aan de bewuste verruiming van het merendeelcriterium. En nu zijwaarts inbesteden feitelijk het logische vervolg is op de mogelijkheid van het opwaarts inbesteden, lijkt de richtlijn het bestaan van die laatste mogelijkheid impliciet te veronderstellen, ook bij een entiteit onder gezamenlijk toezicht.

7. Datenlotsen

Onder de werking van de oude richtlijn 2004/18 heeft het Hof van Justitie zich gebogen over iets wat een zijwaartse aanbesteding leek te zijn. Het arrest Datenlotsen^[1] betrof de onderhandse plaatsing door de Universiteit van Hamburg van een opdracht bij een door de stad Hamburg met andere overheden in stand gehouden overheidsvennootschap, HIS. Het Hof zag er niets in. Het overwoog dat er geen toezichtrelatie was tussen de opdrachtgever – de Universiteit – en opdrachtnemer HIS, zodat van klassieke inbesteding geen sprake kon zijn. Bij het ontbreken van een toezichtrelatie is die conclusie niet verrassend. Interessant is wel dat het Hof het daarbij niet liet. Het overwoog verder dat ook voor de *gemeente* gold dat deze onvoldoende toezicht uitoefende op de Universiteit en vervolgde:

“In deze situatie hoeft niet te worden onderzocht of de uitzondering van “in-housegunningen” kan gelden voor zogeheten “horizontale in-houseopdrachten”, namelijk de situatie waarin dezelfde aanbestedende dienst of diensten een “toezicht zoals op de eigen diensten” uitoefent of uitoefenen op twee onderscheiden marktdeelnemers waarvan de ene een opdracht gunt aan de andere” (r.o. 34)

Hier stelt het Hof dus precies de vraag of ook bij meervoudige toezichtrelaties zijwaartse inbesteding mogelijk is, om die vervolgens niet te beantwoorden. Maar de overweging lijkt toch wel te indiceren dat als er wél sprake zou zijn geweest van een situatie waarin één dan wel meer (!) moederentiteiten toezicht uitoefenen op twee dochters, het Hof een zijwaartse inbesteding – onderhandse opdrachtverstrekking door de ene dochter aan de andere – zelfs onder de oude richtlijn 2004/18 niet uitgesloten acht. Daarbij valt op dat het Hof geen verschil lijkt te maken tussen de – ten tijde van het arrest – reeds in de Richtlijn 2014/24/EU gecodificeerde zijwaartse inbesteding bij een enkelvoudige toezichtrelatie en de meervoudige. Nu – zoals hiervoor al ter sprake kwam – zijwaartse inbesteding de logische vervolgstap is op het opwaarts inbesteden, is de conclusie te trekken dat opwaarts inbesteden ook bij meervoudige toezichtrelaties wat het Hof betreft geenszins op voorhand uitgesloten is.

8. Conclusie

De huidige Aanbestedingswet 2012 voorziet niet in de mogelijkheid dat een gemeenschappelijke entiteit zoals een shared services center of een omgevingsdienst opdrachten onderhands plaatst bij een moedergemeente (of een zusterentiteit). Zo'n gemeenschappelijk entiteit is immers in het algemeen gewoon aanbestedingsplichtig en bruikbare uitzonderingen op die plicht zijn niet of slechts zeer beperkt voorhanden. Dat kan belemmerend werken bij de vormgeving van de entiteit, bijvoorbeeld als die voor bepaalde facilitaire zaken – bijvoorbeeld huisvestingsdiensten, ICT-faciliteiten of inhuur van personeel – wil terugvallen op capaciteit bij een van de moeders. De Richtlijn 2014/24/EU kent daarentegen een nieuwe uitzondering op de algemene aanbestedingsverplichting, t.w. het zijwaarts en opwaarts inbesteden, die wel toegepast kan worden door dochterentiteiten van dezelfde moedergemeente. Hoewel de Richtlijn 2014/24/EU die uitzondering niet uitdrukkelijk doortrekt naar de situatie waarin meerdere gemeenten gezamenlijk toezicht uitoefenen op deze dochters, zijn er goede argumenten, zowel op basis van de Richtlijn 2014/24/EU als op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarom ook in een dergelijke situatie een gezamenlijke dochterentiteit van die uitzondering moet kunnen profiteren. Dat zou extra mogelijkheden bieden aan bijvoorbeeld omgevingsdiensten en shared services centra om, als dat zo uitkomt, onderhands opdrachten te plaatsen om diensten te betrekken van één van de moedergemeenten. Wij zullen moeten afwachten of die ruimte ook wordt erkend en benut in het kader van de implementatie van de Richtlijn 2014/24/EU.

Voetnoten

[1]

Mr. Jan Coen Binnerts is advocaat bij Pot Jonker Advocaten in Haarlem.

[\[2\]](#)

HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06, *Commissie/Duitsland*.

[\[3\]](#)

HvJ EU 13 juni 2013, C 386/11.

[\[4\]](#)

O.m. HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*) en HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*).

[\[5\]](#)

HvJ EG 19 april 2007, C-295/05 (*Tragsa*), r.o. 54.

[\[6\]](#)

Wijziging van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in verband met het aansluiten van zelfstandige bestuursorganen op de rijksinfrastructuur en enkele technische aanpassingen, artikel 21 a, *Kamerstukken II* 2014/15, 33912, 2.

[\[7\]](#)

Nota van naar aanleiding van het verslag, pag. 1, *Kamerstukken II* 2014/15, 33912, 6.

[\[8\]](#)

Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014.

[\[9\]](#)

HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 en HvJ EG 10 september 2009, C-573/07.

[\[10\]](#)

GROENBOEK betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt; COM(2011) 15 definitief, p. 23.

[\[11\]](#)

WERKDOCUMENT VAN DE DIENSTEN VAN DE COMMISSIE betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"); SEC (2011) 1169, p. 13.

[\[12\]](#)

In de definitieve versie is de bepaling wel vernummerd en is een laatste, lange bijzin toegevoegd, die ziet op de (beperkte) mogelijkheid tot participatie van privékapitaal in combinatie met inbesteding.

[\[13\]](#)

Terzijde: de tekst van artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU noemt in het verband van opwaartse en zijwaartse inbesteding alleen de toezichtes, niet het merendeelcriterium, zoals wij die kennen bij de klassieke inbesteding. De gemeente die een bedrijf exploiteert in de vorm van een vennootschap die ook in relevante mate werkzaam is voor derden, die daar op hun beurt echter geen toezicht op houden, kan wellicht niet zelf inbesteden bij die vennootschap, t.w. als die niet aan het merendeelcriterium voldoet. Maar omgekeerd is het bedrijf wel een gecontroleerde entiteit. De tekst van artikel 12, lid 2, Richtlijn 2014/24/EU roept de vraag op of zij op haar beurt opwaarts wel mag inbesteden bij haar moedergemeente, bijvoorbeeld als het daar diensten zou inkopen. Ik laat die vraag rusten.

[\[14\]](#)

HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13.