

Zoekterm: binnerts

Gebruikte voorspecificaties: Inclusief woordvariaties

Verfijnd op: Tijdschriftartikel

Over dit document:

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TBR

Titel: TBR 2016/6 De mogelijkheden van horizontaal en opwaarts inbesteden moeten duidelijker worden beschreven

Auteur: J.C. Binnerts

Publicatietitel: Tijdschrift voor Bouwrecht

Jaarnummer: 2016

TBR 2016/6 De mogelijkheden van horizontaal en opwaarts inbesteden moeten duid...

Auteur: J.C. Binnerts

TBR 2016/6

De mogelijkheden van horizontaal en opwaarts inbesteden moeten duidelijker worden beschreven

Gemeenten gaan steeds vaker samenwerkingen met elkaar aan om bestaande taken beter uit te voeren of nieuwe aan te pakken. Dat kan op verschillende manieren worden vormgegeven, die elk zo hun specifieke beperkingen en voor- en nadelen hebben. Soms kan een horizontale samenwerking uitkomst bieden, waarbij de ene gemeente taken voor een andere verricht. Maar soms past dat niet en is het aangewezen dat een gezamenlijke entiteit wordt opgericht, die voor elk van de deelnemende gemeenten taken uitvoert. Dan ontstaat een meer verticale verhouding tussen de opdrachtgevende moedergemeenten en de gemeenschappelijke dochterentiteit, waarbij een beroep op de klassieke inbestedingsexceptie mogelijk wordt, ook wel bekend als inhouse-opdrachtverlening.

Deze mogelijkheid is gebaseerd op de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG, beginnend met het arrest Teckal en sedertdien verfijnd [2]. 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. Deze jurisprudentie is in artikel 12 van de Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU gecodificeerd.

Dit artikel 12 behelst dit ook iets nieuws, t.w. het naar boven toe, opwaarts inbesteden: een gecontroleerde rechtspersoon die voldoet aan de Teckal-criteria kan zonder aankondiging niet alleen een opdracht van haar 'moeder' ontvangen, maar daar ook een opdracht plaatsen. Daarnaast opent die bepaling de mogelijkheid van horizontaal inbesteden: het zonder aankondiging plaatsen van een opdracht door een gecontroleerde rechtspersoon bij aan 'zuster', dat wil zeggen een andere, door deze moeder gecontroleerde entiteit.

Horizontaal inbesteden kan worden gezien als het logisch sequel van opwaarts inbesteden [3]. Als je opwaarts mag inbesteden van de ene dochter naar de moeder, kan die de taak vervolgens weer klassiek inbesteden aan haar andere dochter, de zuster; in effect is dat hetzelfde als wanneer de ene dochter de taak rechtstreeks - horizontaal - belegt bij een zuster.

In de ontwerp-implementatiewet is een en ander geregeld in de artikelen 2.24a en b. Artikel 2.24a gaat over de enkelvoudige inbesteding, dat wil zeggen de situatie waarin er één controlerende moeder in het spel is. De ontwerp-implementatiewet volgt in artikel 2.24a nauwgezet de richtlijn. Artikel 2.24a, lid 2 opent uitdrukkelijk de mogelijkheid om opdrachten terug te plaatsen bij de moeder of een zuster. Daardoor wordt het in een enkelvoudige inbestedings situatie voor de gecontroleerde rechtspersoon mogelijk om zowel horizontaal als opwaarts in te besteden. Binnen zo'n bestuurlijk 'éénoudergezin' kunnen dus opdrachten vrijelijk worden verstrekt, zolang de dochters maar aan het merendeelcriterium voldoen

Artikel 2.24b regelt de meervoudige inbesteding, dus de situatie waarin meerdere gemeenten gezamenlijk één of meer entiteiten in het leven hebben geroepen om ten behoeve van deze moeders taken te verrichten. Ook dit artikel behelst in de eerste plaats een codificatie van de Teckal-jurisprudentie. Een bepaling die vergelijkbaar is aan artikel 2.24a, lid 2 ontbreekt echter. Dat suggereert dat bij meervoudige inbestedingsrelaties opwaarts en horizontaal inbesteden niet mogelijk zou zijn. Dat kan echter niet bedoeld zijn en dat lijkt ook te worden bevestigd in artikel 2.24b, lid 1, sub b. Dat formuleert in navolging van artikel 12, lid 3 van de richtlijn het merendeel-criterium voor meervoudige inbestedings situaties. Daarbij is echter, zowel in die richtlijn bepaling als de voorgestelde wetsbepaling, iets bijzonders aan de hand. Aan het merendeelcriterium is voldaan als '... meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten *of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen.*'

Aan deze bepaling ligt dus de veronderstelling ten grondslag dat binnen een dergelijke familie - aan het hoofd waarvan *meerdere* aanbestedende diensten staan, die gezamenlijk de controle hebben - ook horizontaal inbesteed kan worden. Hoe kan anders sprake zijn van het toewijzen van taken door *andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen*, - lees: zuster-entiteiten - aan de gecontroleerde rechtspersoon, waar artikel 2.24b, lid 1, sub b over spreekt? De mogelijkheid daartoe is echter niet uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Zoals hierboven aangegeven lijkt artikel 2.24a, lid 2 immers de mogelijkheid van horizontaal inbesteden te beperken tot enkelvoudige inbestedings situaties. Het zou de duidelijkheid ten goede komen, wanneer de wet expliciteert dat die mogelijkheid - en ook de aan horizontale inbesteding inherente mogelijkheid van opwaarts inbesteden - ook bij meervoudige inbestedings situaties bestaat.

Daaraan lijkt in de praktijk van steeds verdergaande samenwerking tussen gemeenten behoefte te bestaan. Ook daar kan het zijn dat een dochterentiteit bijvoorbeeld gebruik wil maken van de ICT omgeving van één van de moeders of van een zusterentiteit, huisvestingsdiensten daarvan wil betrekken of personeel daarvan wil inhuren. Tegen een onderhandse opdrachtverstrekking door de dochter bestaat toch niet meer bezwaar wanneer er meerdere moeders in het spel zijn dan in het geval van het bestuurlijke éénoudergezin?

De totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn biedt aanknopingspunten voor een uitleg, die een dergelijke implementatie ondersteunt. Een recent arrest van het Hof van Justitie [4] geeft een indicatie dat ook het Hof daar ook niet afwijzend tegenover zou staan. [5]

[1] Jan Coen **Binnerts** is advocaat bij Pot Jonker te Haarlem.

[2] HvJ EG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*), HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Codite*) en HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*)

[3] 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.

[4] HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (*Datenlotsen*).

[5] Ik verwijs naar mijn bijdrage 'Opwaarts en horizontaal inbesteden', *Gst.* 2015/30, p. 151 -152.