

Steenbergen

Halderberge

Noord-Beveland

Cromstrijen

Tholen

Rucphen

Reimerswaal

RSDHW

Kapelle

Strijen

Werkendam

DE BVO ALS INKOPER

EEN ONDERZOEK NAAR DE AANBESTEDINGSRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN VAN QUASI INBESTEDEN, PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING EN HET CLUSTEREN VAN OPDRACHTEN DOOR EEN BEDRIJFSVOERINGSORGANISATIE.

Alphen-Chaam

Zundert

Etten-Leur

Goes

ISHW

Drimmelen

Woudrichem

Sluis

Gilze en Rijen

Binnenmaas

Baarle-Nassau

Woensdrecht

Oud-Beijerland

Moerdijk

Geertruidenberg

STICHTING INKOOPBUREAU WEST-BRABANT

Afstudeerscriptie

Claudia Heurter

Studentnummer: 2195523

Afstudeerorganisatie: Stichting Inkoopbureau West-Brabant

Afstudeermentor: de heer ir. H.A. Jongenelen

Opleiding HBO-Rechten

Juridische Hogeschool Avans-Fontys Tilburg

Eerste afstudeerdocent: mevrouw mr. M.J. van Loon

Tweede afstudeerdocent: mevrouw mr. N. Vermijs

Poppel, 31 mei 2015

DE BVO ALS INKOPER

EEN ONDERZOEK NAAR DE AANBESTEDINGSRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN VAN QUASI-INBESTEDEN, PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING EN HET CLUSTEREN VAN OPDRACHTEN DOOR EEN BEDRIJFSVOERINGSORGANISATIE.

Afstudeerscriptie

Naam	Claudia Heurter
Studentnummer	2195523
Afstudeerorganisatie	Stichting Inkoopbureau West-Brabant
Afstudeermentor	de heer ir. H.A. Jongenelen
Opleiding	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling	Juridische Hogeschool Avans-Fontys Tilburg
Eerste afstudeerdocent	mevrouw mr. M.J. van Loon
Tweede afstudeerdocent	mevrouw mr. N. Vermijs

Poppel, 31 mei 2015

Voorwoord

Deze scriptie is het sluitstuk van mijn rechtenopleiding van vier leerzame en hele fijne jaren op de Juridisch Hogeschool te Tilburg. Met een ambivalent gevoel sluit ik deze studie af. Aan de ene kant blij dat mijn opleiding is afgerond. Aan de andere kant jammer om afscheid te moeten nemen. Ik heb hele leuke, gezellige en bijzondere mensen ontmoet en de opleiding heeft mij erg veranderd. In alle opzichten kan ik zeggen dat ik een 'wijzer' persoon ben geworden.

De afgelopen maanden waren niet altijd makkelijk. Soms was de balans tussen opleiding, werk en privé ver te zoeken. Bij deze wil ik iedereen bedanken, die in welke vorm dan ook, heeft bijgedragen bij de totstandkoming van deze scriptie. In het bijzonder mijn afstudeermentor Angelo Jongenelen voor zijn kritische feedback en aanbevelingen. Daarnaast Jos Besselink voor zijn kritische feedback en juridische inbreng. Mijn afstudeerdocent Ria van Loon bedank ik voor de begeleiding tijdens de hele afstudeerperiode. Mijn medestudenten Ramona de Beer en Danielle Alblas bedank ik voor vier jaar vriendschap. Vanaf het eerste jaar vormden we de 'Inner Circle'. In de afstudeerperiode hebben we nog intensiever samengewerkt. Ik wil hen bedanken voor de intervisiebijeenkomsten en de duwtjes in de rug op momenten dat ik het even niet meer zag zitten. Last but not least wil ik de belangrijkste persoon in mijn leven bedanken: Mario. Voor zijn engelengeduld en zijn begrip. Zijn kritische vragen en analyses hebben bijgedragen aan de totstandkoming van mijn scriptie. Enne, mindmappen is inderdaad een 'conditio sine qua non [...]'.

Ik draag mijn scriptie postuum op aan mijn vader, Martin Heurter, die op 31 december 2009 overleed. Zijn overlijden en de juridische procedures die daarna volgden, en nog steeds duren, hebben gedurende de afgelopen vier jaren als een rode draad door mijn opleiding en leven gelopen. Zonder zijn overlijden was ik waarschijnlijk niet aan deze mooie studie begonnen.

Ik wens u veel leesplezier toe!

Claudia Heurter

Poppel, 31 mei 2015

*"Live as if you were to die tomorrow.
Learn as if you were to live forever".
-Mahatma Gandhi-*

Het is toch evident dat.....

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding.....	9
1.1. De opdrachtgever: Stichting Inkoopbureau West-Brabant.	9
1.2. Aanleiding van het onderzoek.	9
1.3. Probleembeschrijving.	10
1.4. Doelstelling.....	11
1.5. Centrale vraagstelling.....	11
1.6. Onderzoeksstrategie.	12
1.7. Verantwoording van bronnen en methoden.	12
1.8. Leeswijzer.....	12
2. De publiekrechtelijke samenwerkingsvormen.	13
2.1. Een historische schets van de Wet gemeenschappelijke regelingen.....	13
2.2. Publiekrechtelijke samenwerking binnen de Wet gemeenschappelijke regelingen.	15
2.2.1. De bevoegdheden van een BVO.....	18
2.3. Deelconclusie van hoofdstuk 2.....	21
3. De BVO en quasi-inbesteden & publiek-publieke samenwerking.	22
3.1. De aanbestedingsplichtige opdrachten en twee uitzonderingen	22
3.2. Voorwaarden voor quasi-inbesteden.....	23
3.2.1. Uitwerking van de voorwaarden voor quasi-inbesteden.....	23
3.2.1.1. Het toezichtscriterium	24
3.2.1.2. Het merendeelcriterium.....	25
3.2.1.3. Het criterium van geen privédeelneming.	27
3.3. Voorwaarden voor publiek-publieke samenwerking.....	28
3.4. Deelconclusie van hoofdstuk 3.....	30
4. De BVO en het clusterverbod.	31
4.1. Het juridisch kader van het clusterverbod.	31
4.2. Jurisprudentie met betrekking tot clusteren van opdrachten.....	33
4.3. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts.....	34
4.4. De SIW-praktijk en het clusterverbod.....	38
4.5. Deelconclusie van hoofdstuk 4.....	38
5. Validatie deelconclusies aan de hand van concept wetsvoorstel Aw 2012.	39
5.1. Gevolgen implementatie Richtlijn 2014/24/EU voor de Aanbestedingswet 2012.....	40
5.2. De consequenties van het wetsvoorstel Aw 2102 op de geformuleerde deelconclusies.	41

6. Conclusies en aanbevelingen.	43
6.1. Conclusies.	43
6.2. Aanbevelingen.	46
7. Evaluatie.	48

Bijlage 1: Interview Irene Makelaar, BVO HALte Werk van 28 april 2015

Bijlage 2: Mandaatregeling gemeente Langedijk nr. 12416 van 11 februari 2015

Bijlage 3: Advies AKD investering WAVAG/GO!, kenmerk MAV, van 6 juni 2012

Bijlage 4: Stroomschema's quasi-investeringen en publiek-publieke samenwerking

SAMENVATTING

De Stichting Inkoopbureau West-Brabant (SIW) is een inkoop Samenwerkingsverband van en voor vierentwintig gemeenten en andere lokale en regionale overheidsinstellingen in West-Brabant, Zuid-Holland en Zeeland. Drie deelnemende gemeenten van de SIW, Alphen-Chaam, Baarle-Nassau en Gilze en Rijen (de ABG-gemeenten), zijn voornemens om per 1 januari 2016 hun ambtelijke organisaties te fuseren in een bedrijfsvoeringsorganisatie (BVO) en hierin alle bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken in onder te brengen. Ook andere gemeenten binnen de SIW onderzoeken deze samenwerkingsvorm op bedrijfsvoeringsgebied. De BVO is vanaf 1 januari 2015 een nieuwe samenwerkingsvorm binnen de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr-nieuw). Een BVO is een collegeregelingsvorm. Dit betekent dat het bestuursorgaan van een BVO is samengesteld uit vertegenwoordigers van de colleges van burgemeester en wethouders van de deelnemende gemeenten. Om als BVO zelf direct en slagvaardig de organisatie aan te sturen, eigen personeel in dienst te nemen, aanbestedingen uit te voeren en overeenkomsten af te sluiten, is aan haar rechtspersoonlijkheid toegekend.

Om de SIW-gemeenten, die voornemens zijn een BVO in te stellen, te kunnen adviseren, heeft de SIW onderzoek laten uitvoeren naar drie aanbestedingsrechtelijke aspecten waar een BVO mee te maken kan krijgen wanneer zij de inkoopfunctie onderbrengt in de BVO: quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking en het clusteren van opdrachten. Daarnaast is onderzocht of de bevoegdheden die een BVO geattribueerd krijgt voldoende zijn om namens de deelnemende gemeenten privaatrechtelijke handelingen te verrichten of dat zij hiervoor aanvullende bevoegdheden nodig heeft. Als laatste is onderzocht of de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/EU/24 (Richtlijn 2014), die voor 18 april 2016 in de Aanbestedingswet 2012 moet zijn geïmplementeerd, consequenties heeft voor de geformuleerde deelconclusies.

Om als BVO privaatrechtelijke rechtshandelingen namens haar deelnemende gemeenten uit te kunnen voeren, dienen deze bevoegdheden van respectievelijk de colleges en de burgemeesters gemandateerd te worden aan de BVO. Een BVO is een publiekrechtelijke rechtspersoon en daarmee een aanbestedende dienst. Het uitgangspunt is dat een overheidsopdracht moet worden aanbesteed. Ook bij opdrachten tussen publiekrechtelijke rechtspersonen. In het onderzoek zijn twee uitzonderingen op deze aanbestedingsplicht onderzocht. Als eerste zijn de voorwaarden voor quasi-inbesteden onderzocht. Wil een BVO een opdracht quasi-inbesteden bij een andere publiekrechtelijke rechtspersoon, bijvoorbeeld een gemeenschappelijke regeling (GR) dan dient aan drie cumulatieve voorwaarden te worden voldaan; het toezichtscriterium, het merendeelcriterium en de voorwaarde dat geen privékapitaal aanwezig mag zijn bij de GR aan wie de opdracht wordt gegund. Om aan het toezichtscriterium te voldoen dient de BVO in het bestuur van de GR vertegenwoordigd te zijn. Indien de deelnemende gemeenten van de BVO reeds vertegenwoordigd zijn in dit bestuur, kunnen zij deze bevoegdheden mandateren aan het bestuursorgaan van de BVO. De BVO treedt dan namens de gemeenten in het bestuur. Indien niet alle gemeenten zijn vertegenwoordigd, zullen deze gemeenten eerst moeten toetreden tot de GR. Vertegenwoordiging van de BVO in het bestuur van een GR is alleen mogelijk wanneer de GR ook een collegeregelingsvorm is. Na 18 april 2016, of zoveel eerder wanneer de Richtlijn 2014 in de Aanbestedingswet 2012 is geïmplementeerd, is het voor een BVO zelfs mogelijk om bij een GR een opdracht quasi in te besteden wanneer op die GR door dezelfde gemeente toezicht wordt uitgeoefend, als op de BVO. Mandateren van deze bevoegdheid is dan niet meer nodig. Naast het toezichtscriterium dient ook hierbij te worden voldaan aan de twee overige criteria. Privékapitaal mag voortaan in de gecontroleerde aanbestedende dienst aanwezig zijn in het

geval dat dit vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon.

Publiek-publieke samenwerking is een samenwerking tussen aanbestedende diensten zonder dat een nieuw of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht. Deze samenwerking mag uitsluitend worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen en taken van algemeen belang die op beide aanbestedende diensten gezamenlijk rust. Deze taak mag niet verricht worden door particuliere dienstverleners en er mag geen deelneming zijn van privékapitaal. Na de implementatie van de Richtlijn 2014 moet tenminste 80% van de werkzaamheden plaatsvinden in het kader van die doelstellingen van algemeen belang, 20% mag besteed worden aan commerciële activiteiten. Aanwezigheid van privékapitaal is, onder dezelfde voorwaarde als bij quasi-inbesteden toegestaan. Het aangaan van een publiek-publieke samenwerking door een BVO, ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemende gemeenten wordt in de parlementaire geschiedenis niet uitgesloten en behoort daarmee tot de mogelijkheden. Uit de statuten van de BVO moeten deze taken van algemeen belang blijken.

Bij iedere opdracht die aanbesteed wordt en waar een BVO voornemens is opdrachten samen te voegen, dient zij acht te slaan op de samenstelling van de markt en zich er van te vergewissen dat er voldoende toegang is voor bedrijven uit het MKB. Daar waar de Aanbestedingswet 2012 zwaar insteekt op het belang van het MKB en aangeeft dat opdrachten zoveel mogelijk opgedeeld dienen te worden in percelen, is de keuze voor het instellen van een BVO vooral gelegen in het behalen van efficiëntie- en effectiviteitsvoordeel. Indien een BVO toch overgaat tot het clusteren van opdrachten dient zij dit in de aanbestedingsstukken te motiveren. Het is zaak dat zij, voorafgaand aan een eventuele samenvoeging van opdrachten, onderzoekt of dit daadwerkelijk bijdraagt aan de efficiënte en effectiviteit.

VERKLARENDE WOORDENLIJST

Aanbestedende dienst	De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen (artikel 1.1 Aw2012).
Aanbestedingsbesluit	Uitvoeringsbesluit van 11 februari 2013 inhoudende de regeling van enkele onderwerpen van de Aanbestedingswet 2012.
Aanbestedingswet 2012	Nationale wet van 1 april 2013 waarmee Nederland invulling geeft aan de Europese richtlijnen voor aanbestedingen.
Bedrijfsvoeringstaken	Taken die een organisatie heeft die administratief of ondersteunend van aard zijn. Bij het uitvoeren van deze taken is er geen sprake van publiekrechtelijke bevoegdheidsuitoefening.
Clusteren	Het samenvoegen van opdrachten. Er zijn diverse vormen van clusteren: het clusteren van gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst, het clusteren van gelijksoortige opdrachten door verschillende aanbestedende diensten samen en het clusteren van ongelijksoortige opdrachten. Deze laatste heeft betrekking op ongelijksoortige opdrachten die gelijktijdig dan wel volg-tijdelijk moeten worden uitgevoerd. ¹
Diensten	Dienstverlenende opdrachten van de overheid zijn opdrachten die noch een werk, noch een levering zijn. ²
Gids Proportionaliteit	Aanbestedende diensten dienen bij het aanbesteden het beginsel van proportionaliteit in acht te nemen. De Gids Proportionaliteit geeft hier invulling aan. In de AMvB (Aanbestedingsbesluit) bij de Aanbestedingswet is de Gids proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen.
Inkoopactiviteiten	Het van externe bronnen betrekken van alle goederen of diensten, die noodzakelijk zijn voor de bedrijfsuitoefening, de bedrijfsvoering en de instandhouding van de organisatie tegen de voor de organisatie gunstigste voorwaarden. ³
Leveringen	Leveringen die betrekking hebben op leasing, huur en huurkoop van producten.

¹ Gids Proportionaliteit, januari 2013, p.16.

² europeseaanbestedingen.eu (zoek op *begrippenlijst* en *diensten*).

³ europeseaanbestedingen.eu (zoek op *begrippenlijst* en *inkoopactiviteiten*).

Nota van inlichtingen	Aanbestedingsdocument waarin, geanonimiseerd, de vragen staan die door ondernemers zijn gesteld naar aanleiding van onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken. In de nota staan de originele vragen inclusief de antwoorden. Alle deelnemers aan de aanbesteding ontvangen de nota.
Publiek-publieke samenwerking	Samenwerking tussen aanbestedende diensten zonder dat een nieuw of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht voor de uitvoering van taken van algemeen belang die niet commercieel van aard zijn en gekenmerkt worden door wederzijdse verplichtingen.
Publiekrechtelijke instelling	Een instelling die specifiek als doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: 1. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd; 2. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of; 3. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.⁴
Quasi-inbesteden	Het verlenen van een opdracht door een aanbestedende dienst aan een organisatie die zo sterk gelieerd is met de eigen organisatie dat er min of meer sprake is van een opdracht aan zichzelf. ⁵
Werken	Het product van een geheel van bouwkundige- of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen (artikel 1.1 Aw2012).

⁴ Zie art. 1.1 Aw 2012.

⁵ Europa decentraal, *Notitie 'veel gestelde vragen over aanbesteden, hoofdstuk 4, Inbesteden en quasi inbesteden'*, 13 mei 2013.

1. Inleiding.

1.1. De opdrachtgever: Stichting Inkoopbureau West-Brabant.

De Stichting Inkoopbureau West-Brabant (SIW) is een inkoop Samenwerkingsverband van en voor vierentwintig gemeenten en andere lokale en regionale overheidsinstellingen in West-Brabant, Zuid-Holland en Zeeland. Vanuit de SIW worden inkoopadviseurs gedetacheerd bij één of meer van haar deelnemers. De dienstverlening is gericht op de professionalisering van de inkoop van de deelnemende gemeente. De kernactiviteiten zijn het begeleiden en uitvoeren van aanbestedingstrajecten, het opstellen van jaarlijkse inkoopplannen, het uitvoeren van inkoopscans en evaluaties, het mede opstellen van het inkoop- en aanbestedingsbeleid en het fungeren als vraagbaak/ helpdesk op het gebied van inkoop en aanbesteding.⁶ Bij aanbestedingstrajecten kan gedacht worden aan de inkoop van kantoorartikelen, wegen, bruggen maar ook dienstverlening zoals accountancydiensten of jeugdzorg. Alles wat de overheid met gemeenschapsgelden inkoopt, dient conform haar eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid en de Nationale of Europese wet en regelgeving te geschieden.

1.2. Aanleiding van het onderzoek.

Op 26 november 2013 hebben de Colleges van de Gemeenten Alphen-Chaam, Baarle-Nassau en Gilze en Rijen (ABG-gemeenten) een verklaring ondertekend, *Samenwerking Alphen-Chaam, Baarle-Nassau, Gilze en Rijen; omdat het er toe doet*, waarin is afgesproken te komen tot het samenvoegen van de ambtelijke organisaties. Deze samenvoeging is in lijn met het streven van de provincie om de bestuurskracht van de gemeenten te vergroten.⁷ Op 1 januari 2016 dient de ambtelijke fusie gerealiseerd te zijn. Deze fusie houdt in dat de ambtelijke uitvoeringsorganisaties en daarmee alle bedrijfsvoerings- en uitvoeringsactiviteiten van de ABG-gemeenten op gaan in één nieuw te vormen organisatie; de bedrijfsvoeringsorganisatie (BVO). De BVO is met ingang van 1 januari 2015 een nieuwe publiekrechtelijke samenwerkingsvorm binnen de Wet gemeenschappelijke regelingen.⁸ De bestuursorganen⁹ van de ABG-gemeenten worden niet ondergebracht in de BVO. De BVO gaat voor haar deelnemende gemeenten, de ABG-gemeenten, alle bedrijfsvoeringstaken zoals informatievoorziening, huisvesting en inkoop¹⁰ en uitvoeringstaken zoals groenvoorziening, afvalinzameling en leerlingenvervoer¹¹ verrichten.

Ook andere deelnemende gemeenten van de SIW onderzoeken de mogelijkheden voor samenwerking op bedrijfsvoeringsgebied. Recent is hiernaar een onderzoek uitgevoerd voor de gemeenten Steenbergen, Woensdrecht en Bergen op Zoom.¹² In het opgeleverde onderzoeksrapport heeft de BVO als meest wenselijke juridische vorm voor de samenwerking de voorkeur gekregen omdat deze vorm de geformuleerde uitgangspunten maximaal ondersteunt.¹³

*“Er zijn twee juridische vormen die zich lenen voor een samenwerkingsorganisatie:
Voor de uiteindelijke juridische vorm heeft de **bedrijfsvoeringsorganisatie** (een*

6 inkoopbureauwestbrabant.nl (zoek op *welkom*).

7 Rapport adviescommissie Krachtig bestuur in Brabant, 21 november 2012, p.4.

8 Zie art. 8 lid 3 Wgr-nieuw.

9 Zie art. 6 Gemeentewet.

10 Deze bedrijfsvoeringstaken worden vaak PIOFACH taken genoemd; Personeel, Informatievoorziening, Organisatie, Financiën, Administratieve organisatie, Communicatie en Huisvesting.

11 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, 3, p. 19.

12 De gemeenten Steenbergen en Woensdrecht zijn deelnemende gemeenten van de SIW.

13 Eindadvies rapport van het onderzoek naar de mogelijkheden van samenwerking op het gebied van bedrijfsvoering tussen de gemeenten Woensdrecht, Steenbergen en Bergen op Zoom, *Samenwerken is vermenigvuldigen: focus op elkaars kwaliteiten en kansen scheppen*, 24 februari 2014.

gemeenschappelijke regeling die naar verwachting medio 2014 / begin 2015 wettelijk beschikbaar komt) de voorkeur, en – om op tijdelijke basis snel te kunnen starten – kan een projectstructuur met als basis een overeenkomst worden gebruikt”.[vet CH].

De SIW, in haar rol als adviseur voor haar deelnemende gemeenten, heeft hierin aanleiding gezien om een onderzoek te laten uitvoeren naar de juridische mogelijkheden om inkoopactiviteiten vanuit de BVO te laten uitvoeren voor en namens de deelnemende gemeenten. In dit onderzoek is er voor gekozen om de ABG-gemeenten een centrale plaats te geven. Enerzijds omdat deze fusie al op 1 januari aanstaande gerealiseerd moet zijn en anderzijds omdat de opsteller van dit onderzoeksrapport inkoopadviseur is voor deze gemeenten. Desalniettemin is het streven om de conclusies en aanbevelingen uit dit rapport toe te kunnen passen op iedere gemeente die ambtelijk fuseert of een samenwerking beoogt waarbij een BVO wordt ingesteld.

1.3. Probleembeschrijving.

Wanneer in een BVO bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken worden ondergebracht, kan dit betekenen dat ook de inkoopactiviteiten in deze BVO worden ondergebracht. Daar waar voorheen de gemeenten zelf aanbestedingstrajecten uitvoerden en overige privaatrechtelijke handelingen verrichtten, zal de BVO dit namens haar deelnemers gaan doen. Een BVO beschikt, gezien het feit dat zij een organisatie met rechtspersoonlijkheid is, over een aantal bevoegdheden maar of deze voldoende zijn om ook namens de deelnemers inkoopactiviteiten¹⁴ uit te voeren en privaatrechtelijke verplichtingen aan te gaan is nog onduidelijk. In dit onderzoeksrapport wordt dan ook nader ingegaan op de bevoegdheden die een BVO mogelijk aanvullend dient te verkrijgen.

Daarnaast wordt een aantal aanbestedingsrechtelijke aspecten in dit onderzoek nader geanalyseerd.

Ten eerste wordt ingegaan op het vraagstuk van het quasi-inbesteden. Veel deelnemende gemeenten participeren in gemeenschappelijke regelingen (GR'n). De SIW wordt regelmatig gevraagd om een advies uit te brengen over de mogelijkheden van het quasi-inbesteden van een opdracht aan een GR. Kortweg het gunnen van een opdracht zonder hiervoor een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Kan een BVO een opdracht quasi-inbesteden bij een GR en zo ja, aan welke voorwaarden dient dan te worden voldaan?

Ten tweede wordt ingegaan op het vraagstuk van publiek-publieke samenwerking. Vraagstukken over publiek-publieke samenwerking tussen gemeenten worden met regelmaat voorgelegd aan de SIW. Reden om uit te zoeken of ook een BVO een publiek-publieke samenwerking kan aangaan met een andere publiekrechtelijke rechtspersoon. Of staat de sturing en beheersing van bedrijfsvoering- en uitvoeringstaken van haar gemeenten¹⁵ een dergelijke samenwerking misschien in de weg?

Ten derde is in de huidige aanbestedingswet het uitgangspunt opgenomen dat aanbestedende diensten niet onnodig opdrachten mogen samenvoegen. Het zogenaamde 'clusterverbod'. Bij clusteren kan gedacht worden aan meerdere gemeenten die eenzelfde dienst willen inkopen en deze inkopen daarom samenvoegen als ware het één inkooptraject. Met de komst van de Aw 2012 is het clusteren van opdrachten voor het eerst gedefinieerd. Daarnaast is in deze wet aangegeven hoe met het clusteren moet worden omgegaan. Wanneer gekozen wordt voor het clusteren van opdrachten,

¹⁴ In het onderzoeksrapport wordt verder het begrip inkoopactiviteiten gehanteerd. Dit betreft meerdere privaatrechtelijke handelingen binnen inkoop, waaronder het afsluiten van contracten na het afronden van een aanbesteding.

¹⁵ *Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 20.*

waardoor de markt beperkt wordt, dient de aanbestedende dienst dit te motiveren in haar aanbestedingsstukken.¹⁶ Maar hoe verhoudt zich het clusterverbod tot de wens om door de samenvoeging voordelen te behalen op het vlak van efficiëntie en effectiviteit waarvoor een BVO wordt ingesteld? Welke aanbevelingen kunnen hiervoor worden gedaan?

Deze bovengenoemde aanbestedingsrechtelijke aspecten zijn in combinatie met een BVO nog niet eerder onderzocht. Ook is hierover, in relatie tot een BVO, nog geen jurisprudentie voorhanden. Er is op het moment van schrijven van dit onderzoek nog geen BVO ingesteld waarin alle bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken zijn ondergebracht.

Een extra aandachtspunt vormt het feit dat op 11 februari 2014 de Raad van de Europese Unie drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen definitief heeft vastgesteld¹⁷:

- klassieke overheid: Het gunnen van overheidsopdrachten (2014/24/EU);¹⁸
- water, energievoorziening, vervoer en post: Het gunnen van opdrachten door de aanbestedende diensten werkzaam in de sectoren water, energievoorziening, vervoer en post (2014/25/EU);
- concessies: De gunning van concessies (2014/23/EU).

Lidstaten hebben tot uiterlijk 18 april 2016 de tijd om bovengenoemde richtlijnen in de nationale wetgeving te implementeren.¹⁹ Of Nederland eerder overgaat tot implementatie in de Aw 2012 is nog niet bekend. Op 3 april 2015 is het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Aw 2012 voor internetconsultatie gepubliceerd.²⁰ Aangezien deze scriptie op 31 mei 2015 aan de SIW wordt opgeleverd, is het zinvol om in deze scriptie ook aandacht te besteden aan de nieuwe EU aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU (Richtlijn 2014), het concept wetsvoorstel Aw 2012 en de consequenties hiervan op de geformuleerde deelconclusies.

Andere aanbestedingsrechtelijke, fiscale en personele aspecten en de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur vallen buiten de scope van dit onderzoek.

1.4. Doelstelling.

Op 31 mei 2015 zal een onderzoeksrapport opgeleverd worden aan de plaatsvervangend directeur van de SIW. Dit onderzoeksrapport bevat aanbevelingen over de uitvoering van de inkoopactiviteiten door een BVO **zodat** de SIW haar overige deelnemende gemeenten, die voornemens zijn een BVO in te stellen, adequaat en juridisch onderbouwd op dit aspect kan adviseren.

1.5. Centrale vraagstelling.

De hiervoor beschreven probleembeschrijving heeft geleid tot het formuleren van de volgende centrale vraag:

16 Zie art. 1.5 lid 3 Aw 2012.

17 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (L94/1), Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (L94,65) en Richtlijn 2014/25/ EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (L/94/243).

18 In dit onderzoeksrapport wordt enkel de richtlijn 2014/24/EU behandeld.

19 pianoo.nl (zoek op *nieuwe Europese richtlijn*).

20 internetconsultatie.nl (zoek op *implementatie aanbestedingsrichtlijnen*).

Welke aanbevelingen, ten aanzien van quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking en het clusteren van opdrachten, kunnen aan een bedrijfsvoeringsorganisatie zoals bedoeld in de Wgr worden gedaan wanneer deze bedrijfsvoeringsorganisatie de inkoopactiviteiten namens de gemeenten die haar hebben ingesteld gaat uitvoeren?

1.6. Onderzoeksstrategie.

Om tot de beantwoording van de centrale vraag en de nader geformuleerde deelvragen te komen, is gebruikgemaakt van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Er is gebruik gemaakt van de methode inhoudsanalyse ten aanzien van de relevante wet- en regelgeving, parlementaire stukken, jurisprudentie, literatuur en overige publicaties uit vak gerelateerde tijdschriften. Deze zijn bestudeerd, geanalyseerd en geïnterpreteerd. Daarnaast is onderzocht of de bevoegdheden die een BVO door attributie verkrijgt afdoende zijn om aan het belang waarvoor zij is ingesteld, uitvoering te geven. Op het moment van schrijven van dit onderzoeksrapport is er nog geen BVO, gericht op uitsluitend bedrijfs- en uitvoeringstaken, ingesteld. Daarom is voor het onderwerp 'bevoegdheden' de directeur van de eerste BVO in Nederland HALte Werk geïnterviewd.²¹

1.7. Verantwoording van bronnen en methoden.

Voor het onderzoek is gebruik gemaakt van diverse rechtsbronnen en literatuur. De literatuur die is gebruikt, is relevant en actueel. Er is bij de selectie van de literatuur bewust gekozen voor gerenommeerde auteurs. De wet en jurisprudentie kunnen gezien worden als gezaghebbende bronnen, waarbij over de betrouwbaarheid niet gespeculeerd hoeft te worden. Het genoemde interview kan als betrouwbaar worden aangemerkt. Hier zijn gerichte praktijkvragen gesteld aan de directeur van BVO HALte Werk. Voor onderzoek waarbij gebruik gemaakt is van het internet is voor de betrouwbaarheid specifiek gelet op de auteur van het artikel, het doel van het artikel en of het artikel feiten of meningen bevat en in hoeverre deze onderbouwd zijn. Aan de hand daarvan is bepaald of de bron toepasbaar is. Om de validiteit van het onderzoek te waarborgen, is regelmatig overleg geweest met de afstudeermentoren de heer ir. Angelo Jongenelen, plaatsvervangend directeur van de SIW en Mr. Jos Besselink, aanbestedingsjurist.

1.8. Leeswijzer

Dit onderzoeksrapport is, naast het inleidend hoofdstuk, opgebouwd uit zes hoofdstukken. De hoofdstukken twee tot en met vijf gaan in op de vier deelvragen die zijn geformuleerd om de centrale vraag te beantwoorden. Hoofdstuk twee gaat in op de vraag welke samenwerkingsvormen mogelijk zijn binnen de wet op gemeenschappelijke regelingen en wat de achtergronden zijn voor het introduceren van een nieuwe publiekrechtelijke samenwerkingsvorm, de BVO. In dit hoofdstuk wordt ook kort ingegaan op de bevoegdheden die een BVO bij wet geattribueerd krijgt. Zijn deze voldoende of dienen aanvullende bevoegdheden door de deelnemende colleges overgedragen te worden om uitvoering te kunnen geven aan het belang waarvoor zij is ingesteld. Hoofdstuk drie gaat in op de vragen met betrekking tot de aanbestedingsrechtelijke vraagstukken van 'quasi-inbesteden en publiek-publieke samenwerking' en de voorwaarden waaronder dit voor een BVO mogelijk is. Hoofdstuk vier geeft antwoord op de vraag of er sprake is van het clusteren van opdrachten wanneer een BVO inkoopactiviteiten verricht voor of namens haar deelnemende gemeenten en deze opdrachten samenvoegt tot één opdracht. Uiterlijk op 18 april 2016 moet de Richtlijn 2014 in onze nationale wetgeving (Aw 2012) zijn geïmplementeerd. De vraag of deze implementatie invloed heeft

²¹ Zie bijlage 1.

op de eerder geformuleerde deelconclusies in dit rapport wordt in hoofdstuk vijf beantwoord. Hoofdstuk zes sluit af met de conclusies en aanbevelingen.

Er is voor deze opbouw gekozen zodat de lezer eerst achtergrondinformatie ontvangt over de totstandkoming van de nieuwe samenwerkingsvorm, de BVO en de bevoegdheden die een BVO nodig heeft om haar taken te kunnen uitvoeren. Dit vormt een basis zodat de overige aspecten in dit rapport een begrijpelijk en leesbaar geheel worden. Daarna wordt ingegaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten waar een BVO bij de uitvoering van haar inkoopactiviteiten mee te maken kan krijgen. Op het moment van schrijven van dit onderzoeksrapport was bekend dat Richtlijn 2014 moet worden geïmplementeerd in de Aw 2012. Daarom is ervoor gekozen de deelconclusies te valideren aan de verwachte aanpassingen van de Aw 2012. Dit om de houdbaarheid van de conclusies en aanbevelingen in dit rapport te vergroten.

2. De publiekrechtelijke samenwerkingsvormen.

Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de verschillende publiekrechtelijke samenwerkingsvormen die er op grond van de Wgr-nieuw zijn en beschrijft het juridisch kader van de wet. In § 2.1. wordt een historische schets gegeven van de Wet gemeenschappelijke regelingen en wordt ingegaan op de introductie van de nieuwe publiekrechtelijke rechtspersoon: de BVO. In § 2.2 worden de publiekrechtelijke samenwerkingsvormen binnen de Wgr-nieuw uitgewerkt. In deze paragraaf wordt uitgebreid ingegaan op de BVO en komen de bevoegdheden van een BVO aan de orde. Het gaat hierbij dan om bevoegdheden die een BVO bij wet geattribueerd heeft gekregen. Of en zo ja welke bevoegdheden een BVO nog aanvullend nodig heeft om uitvoering te kunnen geven aan het belang waarvoor zij is ingesteld, komt eveneens in deze paragraaf aan de orde. Dit hoofdstuk sluit in § 2.3. af met een deelconclusie.

2.1. Een historische schets van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Samenwerking tussen gemeenten bestaat al zolang er gemeenten zijn.²² In het begin van de twintigste eeuw nam de behoefte tot samenwerking toe. Steeds vaker kozen gemeenten hierbij voor privaatrechtelijke samenwerking in de vorm van verenigingen of N.V.'s. Dit tot groot ongenoegen van de regering. Dit leidde ertoe dat in de gemeentewet van 1938 achttien artikelen werden gewijd aan intergemeentelijke samenwerking met het doel de samenwerking weer binnen het publieke domein te brengen.²³ Na de Tweede Wereldoorlog kwamen discussies op gang over de inrichting van het lokaal bestuur en de beperkte mogelijkheden van de toenmalige samenwerkingsvormen. Uiteindelijk leidde de discussie in 1950 tot het vaststellen van het voornaamste kader voor intergemeentelijke samenwerking: de Wet gemeenschappelijke regelingen (WGR) die op 14 december 1952 in werking trad. In deze wet werden de onderlinge samenwerkingsverbanden geregeld tussen openbare lichamen zoals gemeenten, provincies en waterschappen. Hierdoor werd het voor gemeenten nog beter mogelijk hun krachten te bundelen daar waar de individuele gemeenten onvoldoende draagvlak boden voor de behartiging van één of meer bepaalde taken of daarvoor niet een passend territorium hadden.²⁴ Bij deze bundeling stond de gedachte van verlengd lokaal bestuur voorop. Bij verlengd lokaal bestuur zet het gemeentebestuur samenwerking in als strategie om gemeentelijke doeleinden te bereiken, maakt het binnen de samenwerking zelfstandige keuzes om gemeentelijke doeleinden te

22 In dit onderzoek wordt alleen de samenwerking tussen gemeenten onderzocht en wordt de samenwerking met of tussen provincies en waterschappen buiten beschouwing gelaten.

23 Palstra 2008, p. 13.

24 Niet de gemeente zelf maar de afzonderlijke bestuursorganen (raad, college of burgemeester) van tenminste twee gemeenten zijn bevoegd tot het treffen van een gemeenschappelijke regeling op grond van artikel 1 lid 1 Wgr-nieuw.

bereiken en stuurt het de samenwerking zelfbewust en actief aan.²⁵ Al snel bleek dat de wet van 1952 een aantal tekortkomingen had, met name op het gebied van de politieke verantwoordelijkheden. Dit leidde tot twee decennia vol discussie over nieuwe bovenlokale bestuursstructuren.²⁶ Uiteindelijk is op 8 augustus 1979 een nieuw voorontwerp van de wet ingediend. Dit ontwerp had als kerndoelstelling het oplossen van de regionale problematiek. In essentie ging het hier om het ontbreken van een geschikt bestuurlijk kader voor de behartiging van de van oorsprong veelal gemeentelijke taken die met name door de maatschappelijke en technische schaalvergroting kwamen te zweven tussen provincie en gemeente. Daarnaast had de toepassing van de wet uit 1952 geleid tot een ondoorzichtig geheel van regelingen. Dit had als gevolg dat er steeds meer gewesten ingesteld werden die zich steeds zelfstandiger konden opstellen ten opzichte van de deelnemende gemeenten.²⁷ Deze veelheid en verscheidenheid van regelingen belemmerde de transparantie en doelmatigheid van het bestuur.²⁸ Dit was een onwenselijke situatie. Uiteindelijk heeft dit geleid tot een wijziging in de WGR die op 20 december 1984 inwerking trad (hierna Wgr²⁹). Naast de discussie over vormen van gemeentelijke samenwerking was er ook sprake van een accentverschuiving in de motieven van samenwerking. Waar voorheen het motief vooral lag in de samenwerking gericht op de ruimtelijke planning van grensoverschrijdende zaken gingen motieven als schaalvoordeel en de efficiënte en effectieve bedrijfsvoering vanaf 1990 een steeds belangrijkere rol spelen. De oorzaak hiervan zat vooral in de decentralisatie van bedrijfsmatige en uitvoerende taken naar de gemeenten én de grote aandacht voor dienstverlening en klantgerichtheid.³⁰ De laatste jaren heeft men gezocht naar verdergaande mogelijkheden tot samenwerking. Belangrijke redenen hiervoor waren:

1. de focus van gemeenten op de interne processen, de dienstverlening en de burger als klant;
2. de groeiende politieke druk op gemeenten om doelmatiger (samen) te werken;
3. het gevoel van gemeenten, vooral de raden, dat de reguliere Wgr mogelijkheden teveel de politieke autonomie en de doelmatigheid van gemeenten aantasten.³¹

Overige redenen om meer samenwerkingsmogelijkheden tussen gemeenten te onderzoeken lagen op het gebied van het streven naar kwaliteitsverbetering, het realiseren van schaalvoordelen, het aanbieden van complexe voorzieningen, kostenbesparing en het delen van expertise.³²

Op 3 april 2013 is een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer tot Wijziging van de Wgr in verband met de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur en de invoering van een bedrijfsvoeringsorganisatie met rechtspersoonlijkheid (Wijzigingswet).³³ Het wetsvoorstel bevat diverse wijzigingen van de Wgr.³⁴ Het gaat, onder andere, om wijzigingen die een relatie hebben met de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur³⁵, het versterken van de invloed van de raden op de begroting en de jaarrekening van het openbaar lichaam en het gemeenschappelijk orgaan, het verhelderen van de structuur van de wet en het introduceren van een nieuwe samenwerkingsvorm

25 Brief Raad van Bestuur aan Minister van BZK, *Democratische legitimiteit van samenwerkingsverbanden*, 19 januari 2015.

26 Palstra 2008, p. 13.

27 *Kamerstukken II* 1980/81, 16538, 3, pag. 8.

28 *Kamerstukken II* 1980/81, 16538, 3, pag. 15.

29 Vanaf dit moment werd de wet afgekort met Wgr in plaats van WGR.

30 Palstra 2008, p. 14.

31 Palstra 2008, p. 14.

32 Brief Raad van Bestuur aan Minister van BZK, *Democratische legitimiteit van samenwerkingsverbanden*, 19 januari 2015, p. 17.

33 *Kamerstukken II* 2012/13, 33597, 2.

34 Waar in dit rapport wordt verwezen naar de vorige Wet Wgr, wordt dit aangegeven met 'Wgr'. Wanneer wordt verwezen naar artikelen uit de nieuwe Wet Wgr wordt dit aangegeven met 'Wgr-nieuw'.

35 Op 6 maart 2002 is de Wet dualisering gemeentebestuur in werking getreden (*Stb.* 2002, 111) en op 12 maart 2003 is de Wet dualisering provinciebestuur in werking getreden (*Stb.* 2003, 17).

voor bedrijfsvoering en uitvoerende taken.³⁶ Behoudens de nieuwe samenwerkingsvorm, de bedrijfsvoeringsorganisatie, vallen de overige voorgestelde wijzigingen buiten de scope van dit onderzoek.³⁷ De aanleiding van deze nieuwe samenwerkingsvorm komt in de volgende paragraaf over de publieke samenwerkingsvormen binnen de Wgr-nieuw aan de orde.

2.2. Publiekrechtelijke samenwerking binnen de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Gemeenten kunnen kiezen voor publiekrechtelijke of privaatrechtelijke samenwerking. Deze keuze hangt samen met het doel van de samenwerking. Privaatrechtelijke samenwerking is meestal gebaseerd op financiële en/of fiscale voordelen.³⁸ Waar het gaat om samenwerking waarbij een nieuwe entiteit wordt ingesteld ligt de wettelijke voorkeur bij publiekrechtelijke samenwerking op grond van artikel 160 lid 2 Gemeentewet (Gemw). De wetgever schreef omtrent deze voorkeur al in 1931:

*‘Een eerste hoofdgedachte, waarvan bij het ontwerpen van wettelijke bepalingen voor de intercommunale samenwerking is uitgegaan, is deze, dat op den voorgrond behoort te staan de publiekrechtelijke regeling en dat regelingen op privaatrechtelijken grondslag slechts in daarvoor zich bijzonder eigenende gevallen mogen worden toegelaten. De openbare lichamen hebben inzonderheid de zorg voor belangen eener gemeenschap, dus voor algemeene publieke belangen. [...]. Bovendien bezit een regeling volgens de grondslagen van het gemeenterecht, in beginselen als die van de openbaarheid en de verantwoordelijkheid, waarborgen tegen misbruik, welke men slechts noode kan missen, en ook in dit opzicht staan dus de privaatrechtelijke regelingen, waarbij men die waarborgen niet aantreft, bij haar achter’.*³⁹

Gemeenten die op basis van de Wgr-nieuw willen samenwerken hebben sinds 1 januari 2015 de keuze uit vijf samenwerkingsvormen. Deze publiekrechtelijke samenwerkingsvormen ontstaan bij een gemeenschappelijke regeling.

Openbaar lichaam

Het openbaar lichaam, artikel 8 lid 1 Wgr-nieuw, is tot op heden, de meest gebruikte en zwaarste vorm van samenwerking op basis van de Wgr. Het bezit rechtspersoonlijkheid waardoor het zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen en onder andere medewerkers in dienst kan nemen, aanbestedingen kan uitvoeren en overeenkomsten kan afsluiten. Gemeenten die deelnemen kunnen bevoegdheden van regeling en bestuur⁴⁰ overdragen aan het openbaar lichaam. De term regeling omvat zowel het vaststellen van interne regels, beleidsregels en algemeen verbindende voorschriften. De term bestuur verwijst naar overige handelingen van bestuursorganen.⁴¹

Het bestuur van een openbaar lichaam bestaat uit een algemeen bestuur (AB), een dagelijks bestuur (DB) en een voorzitter.⁴² Dit maakt interne verantwoording mogelijk. Alleen raadsleden, collegeleden en burgemeesters kunnen deel uitmaken van het bestuur.⁴³ Wie deel uitmaakt van het bestuur is afhankelijk van het soort regeling waarbij het openbaar lichaam is ingesteld. Dit kan zijn bij raadsregeling, gemengde regeling, college- of burgemeesterregeling. Indien op grond van artikel 13

³⁶ Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 1 en p. 2.

³⁷ In het onderzoek staat de publiekrechtelijke samenwerking tussen gemeenten centraal.

³⁸ Palstra 2008, p. 9.

³⁹ Kamerstukken II 1928/29, 235, 3, p. 12.

⁴⁰ Zie art. 124 Grondwet.

⁴¹ nederlandrechtsstaat.nl (zoek op auteur en Th. Holterman en art 124 van de Grondwet).

⁴² Zie art 12 lid 1 Wgr-nieuw.

⁴³ De Greef 2013, p. 34.

lid 1 Wgr-nieuw een openbaar lichaam is ingesteld bij een raadsregeling, dan dient het bestuur te bestaan uit leden van de deelnemende gemeenten die door de raad uit hun midden worden gekozen. Is het openbaar lichaam ingesteld bij een collegeregeling dan bestaat het bestuur, op grond van artikel 13 lid 6 Wgr-nieuw, uit leden die per deelnemende gemeente door het college uit hun midden zijn gekozen. De voorzitter van een openbaar lichaam is zelfstandig een bestuursorgaan, zoals een burgemeester dat ook is binnen een gemeente.⁴⁴ De voorzitter wordt uit en door het AB gekozen.⁴⁵ Naast voorzitter van het openbaar lichaam is hij tevens voorzitter van het AB en het DB.⁴⁶ Het DB bestaat uit een voorzitter en tenminste twee andere leden.⁴⁷ Deze leden worden door het AB gekozen. De leden van het DB mogen niet allen afkomstig zijn van dezelfde gemeente.

Gemeenschappelijk orgaan

Een gemeenschappelijk orgaan, artikel 8 lid 2 Wgr-nieuw is een vorm van samenwerking met een dagelijks bestuur. Dit is een minder zware vorm van samenwerking dan het openbaar lichaam. Een gemeenschappelijk orgaan heeft verder beperkte rechtspersoonlijkheid en kan bijvoorbeeld geen medewerkers in dienst nemen. Ook kunnen aan een gemeenschappelijk orgaan geen regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd.⁴⁸ Wel kunnen deelnemende gemeenten beschikkingsbevoegdheden overdragen aan het gemeenschappelijk orgaan, uitgezonderd de bevoegdheid om belastingen te heffen of algemeen verbindende voorschriften te bepalen.⁴⁹ Deze samenwerkingsvorm komt meestal voor wanneer het gaat om afstemming of visievorming binnen één beleidsterrein, bijvoorbeeld binnen het onderwijs.⁵⁰

Centrumgemeente

Bij een centrumgemeente, artikel 8 lid 4 Wgr-nieuw⁵¹, wordt geen nieuw orgaan opgericht maar wordt een centrumgemeente aangewezen die bevoegdheden namens de andere deelnemers uitoefent.⁵² Een centrumgemeente voert dus in opdracht van andere gemeenten taken in mandaat uit. Deze samenwerkingsvorm is vooral geschikt wanneer één gemeente haar werkprocessen goed op orde heeft en andere gemeenten gebruik willen maken van deze expertise en specifiek sterke punten.⁵³ Met ingang van 1 januari 2015 zijn vele centrumregelingen ontstaan op het gebied van inkoop van jeugdzorg waarbij één gemeente namens de andere gemeenten gemandateerd is om de overeenkomsten af te sluiten.

Regeling zonder meer

Een regeling zonder meer vloeit voort uit artikel 1 lid 1 en artikel 8 Wgr-nieuw⁵⁴ en is een lichte vorm van samenwerking tussen gemeenten⁵⁵ waar delegeren en mandateren van bevoegdheden niet aan de orde is. Hierbij kan vooral gedacht worden aan convenanten, intentieverklaringen en bestuursafspraken. Een regeling zonder meer wordt ingesteld door een overeenkomst tussen gemeenten.⁵⁶

44 De Greef 2013, p. 38.

45 Zie art. 13 lid 9 Wgr-nieuw.

46 Zie art. 12 lid 3 Wgr-nieuw.

47 Zie art. 14 lid 1 Wgr-nieuw.

48 Palstra 2008, p. 20.

49 vng.nl (zoek op *producten en diensten en vormen van samenwerking en Gemeenschappelijk orgaan*).

50 De Greef 2010, p. 23.

51 In de Wgr betrof dit art. 8 lid 3.

52 Gst. 2008/107 p.3 (online bijgewerkt tot 3 oktober 2008).

53 vng.nl (zoek op *producten en diensten en vormen van samenwerking en Gemeenschappelijk orgaan*).

54 Deze vorm is niet expliciet in de Wgr-nieuw geregeld maar wordt ook niet door de Wgr-nieuw uitgesloten.

55 Of besturen van provincies en waterschappen.

56 De Greef 2013, p. 45.

Bedrijfsvoeringsorganisatie

De bedrijfsvoeringsorganisatie, artikel 8 lid 3 Wgr-nieuw, is met ingang van 1 januari 2015 een nieuwe loot aan de boom van de publiekrechtelijke samenwerkingen binnen de Wgr.⁵⁷ Vanuit de samenwerkingspraktijk van gemeenten, provincies en waterschappen ontstond de wens om in de Wgr een nieuwe samenwerkingsvorm te introduceren die beter is toegesneden op de bedrijfsvoering.⁵⁸ Het gaat hierbij om bedrijfsvoeringstaken en uitvoerende taken zonder of met een geringe beleidsmatige component die naar hun aard geen of weinige bestuurlijke aansturing en controle vragen.⁵⁹ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wijzigingswet is door Kamerleden aangegeven en door de regering onderkend dat weinig uitvoeringstaken geen beleidsmatige keuzes vergen.⁶⁰ De regering vertrouwt erop dat gemeenten handen en voeten geven aan de eis dat er geen (of in ieder geval weinig) beleidsmatige keuzes gemaakt hoeven te worden binnen een BVO. Zij geeft in de nota⁶¹ aan dat het uiteindelijk aan de deelnemers van een BVO is om weloverwogen keuzes te maken en geen beleidsinhoudelijke taken aan het ongelede bestuur van een BVO over te dragen. De deelnemers, in concreto de colleges van burgemeester en wethouders, moeten daarover aan de gemeenteraad verantwoording afleggen. Zij hebben op grond van artikel 1 tweede lid van de Wgr-nieuw voor het treffen van een gemeenschappelijke regeling, in casu een BVO, tevens de toestemming van hun gemeenteraden nodig.⁶²

De Wgr kent twee samenwerkingsvormen waarbij in een gemeenschappelijke regeling een bestuursorgaan kan worden ingesteld ter behartiging van bepaalde belangen of taken: het openbaar lichaam en het gemeenschappelijk orgaan. De wetgever heeft een voorkeursvolgorde wanneer het gaat om het instellen van een openbaar lichaam of een gemeenschappelijk orgaan:

*‘In artikel 5 (huidig art 8 Wgr-nieuw) wordt thans meer op de voorgrond gesteld dat een openbaar lichaam kan worden ingesteld, als het meest voorkomende geval, dat tevens de meest uitgebreide wettelijke regeling eist. [...] Het openbaar lichaam dient uiteraard rechtspersoonlijkheid te bezitten. Het is .artikel 1 tweede lid, van Boek 2 NBW noodzakelijk de rechtspersoonlijkheid bij de wet toe te kennen. Bij de regeling kunnen de bevoegdheden die een rechtspersoon van rechtswege bezit worden beperkt. [...]. Slechts in daarvoor bijzonder in aanmerking komende gevallen zal van de algemene gedragslijn, dat een openbaar lichaam wordt ingesteld, kunnen worden afgeweken en een gemeenschappelijk orgaan kunnen worden ingesteld. Het gaat hier om regelingen van zeer eenvoudige aard, veelal met een enkelvoudige, beperkt omschreven doelstelling, die geen geled bestuur noch rechtspersoonlijkheid, onontbeerlijk voor deelneming aan het maatschappelijk verkeer eist’.*⁶³

Het openbaar lichaam is in de Wgr dus het uitgangspunt. In de praktijk is de behoefte ontstaan om binnen de Wgr een samenwerkingsvorm te creëren met een minder zware bestuursvorm dan welke een openbaar lichaam heeft. De keuze voor een BVO is volgens de regering aangewezen indien er sprake is van uitvoerende taken waarbij de mogelijkheid bestaat dat voor een efficiënte en effectieve uitvoering een bepaalde mate van keuzeruimte binnen het belang van de bedrijfsvoering aanwezig is.

⁵⁷ Stb. 2014,306.

⁵⁸ Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 2.

⁵⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 19.

⁶⁰ Kamerstukken II 2012/13, 33579, 6, p. 7-8.

⁶¹ Kamerstukken II 2012/13, 33579, 6, p. 8.

⁶² Kamerstukken II 2012/13, 33579, 6, p. 8.

⁶³ Kamerstukken II 1980/81, 16538, 3, p. 34.

Beleidsmatige keuzes horen thuis bij een gemeente of een openbaar lichaam. Door deze beperking van taken acht de regering het gerechtvaardigd dat een BVO een ongeleed bestuur heeft.⁶⁴

Wanneer gemeenten besluiten om de taken op het gebied van bedrijfsvoering gemeenschappelijk te behartigen kan dat vragen om een samenwerkingsvorm die zelf direct en slagvaardig de organisatie kan aansturen, eigen personeel in dienst kan nemen, aanbestedingen kan uitvoeren, opdrachten kan geven en overeenkomsten kan sluiten. Om die reden is voorgesteld aan een BVO rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Daarmee wordt naast het openbaar lichaam een nieuwe rechtspersoon geïntroduceerd met rechtspersoonlijkheid en een ongeleed bestuur; de bedrijfsvoeringsorganisatie.⁶⁵ Artikel 8 lid 3 Wgr-nieuw bepaalt:

‘Bij de regeling waaraan uitsluitend colleges van burgemeesters en wethouders deelnemen, kan een bedrijfsvoeringsorganisatie worden ingesteld in het geval de regeling uitsluitend wordt getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemers. De bedrijfsvoeringsorganisatie is rechtspersoon’.

Een eerste eis die aan de BVO wordt gesteld is dat het om een gemeenschappelijke regeling moet gaan die tussen uitsluitend colleges van burgemeester en wethouders is getroffen, de collegeregeling.⁶⁶ Dat betekent dat bij gemeenschappelijke regelingen tussen raden of tussen burgemeesters of bij gemengde regeling geen BVO kan worden ingesteld. Volgens de regering is dat bij dergelijke gemeenschappelijke regelingen onwenselijk omdat deze een verordenende bevoegdheid kunnen krijgen of uitvoeringsbevoegdheden met veel beleidsruimte.⁶⁷ Bij een collegeregeling zijn het de colleges die uit hun midden het bestuur van de BVO kiezen (art. 14a en art. 13 lid 6 Wgr).

De tweede eis is dat een BVO wordt getroffen ter behartiging van belangen van de deelnemende gemeenten.⁶⁸ Dit belang moet in de gemeenschappelijke regeling worden opgenomen en dient ter afbakening van de taken en bevoegdheden.⁶⁹ De bevoegdheden komen in de volgende paragraaf aan de orde. Uit artikel 8 lid 3 Wgr-nieuw vloeit voort dat het belang van de gemeenschappelijke regeling waarbij een BVO wordt ingesteld niet verder mag gaan dan behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemers.

De derde eis vloeit voort uit artikel 26 Wgr-nieuw. Deze bepaalt dat de regeling waarbij een BVO wordt ingesteld, en in werking treedt, in alle deelnemende gemeenten bekend gemaakt moet worden door kennisgeving van de inhoud daarvan in de Staatscourant.

2.2.1. De bevoegdheden van een BVO.

Een bij gemeenschappelijke regeling ingesteld orgaan is een a-orgaan in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.⁷⁰ Een a-orgaan is een orgaan van een rechtspersoon dat krachtens publiekrecht is ingesteld en valt onder de Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁷¹ De normale manier waarop een bestuursorgaan met een bestuursbevoegdheid wordt toegerust is die van attributie: een wetgever schept een

64 Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 19.

65 Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 19.

66 Een BVO kan ook ingesteld worden door gedeputeerde staten of het dagelijks bestuur van een waterschap. In dit onderzoek staat de BVO ingesteld door college van burgemeester en wethouders centraal.

67 Kamerstukken II 2012/13, 33579, 3, p. 18.

68 Zie art. 1 lid 1 Wgr-nieuw.

69 Zie art. 10 lid 1 en artikel 30 lid 1 Wgr-nieuw.

70 Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014, p. 96.

71 Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014, p. 88-89.

bestuursbevoegdheid en kent die toe aan een bestuursorgaan.⁷² Op grond van artikel 8 lid 3 Wgr-nieuw heeft een BVO rechtspersoonlijkheid en is zij bevoegd aan het maatschappelijk verkeer deel te nemen en privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. De colleges van de gemeenten kunnen in beginsel hun bevoegdheden delegeren of mandateren aan het bestuur van een BVO zolang de aard van de bevoegdheid zich niet verzet tegen delegatie of mandatering.⁷³

Delegatie

Onder delegatie wordt verstaan het door een bestuursorgaan overdragen van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent.⁷⁴ Voor delegatie is altijd een wettelijke basis vereist op grond van artikel 10:15 Awb omdat de gedelegeerde bevoegdheid niet meer toekomt aan het bestuursorgaan waaraan de wettelijke regeling die bevoegdheid had toegekend maar aan een ander.⁷⁵ Artikel 30 lid 1 Wgr vormt de wettelijke grondslag voor delegatie van bevoegdheden aan het bestuursorgaan van een BVO:

‘Aan het bestuur van het openbaar lichaam of van de bedrijfsvoeringsorganisatie of aan het gemeenschappelijk orgaan kunnen bij de regeling ten aanzien van de belangen ter behartiging waarvan zij wordt getroffen, en voor het gebied waarvoor zij geldt, zodanige bevoegdheden van regeling en bestuur worden overgedragen als aan de besturen van de aan de regeling deelnemende gemeenten toekomen, met dien verstande dat:

- a. [...];*
- b. aan het gemeenschappelijk orgaan of de bedrijfsvoeringsorganisatie niet de bevoegdheid kan worden overgedragen belastingen te heffen of anderszins algemeen verbindende voorschriften te geven’.*

Delegatie van bevoegdheden aan het bestuur van een BVO zal in de praktijk niet makkelijk voorkomen. Colleges en gemeenteraden zijn eerder terughoudend in het afstaan van bevoegdheden omdat fusies en samenwerkingsverbanden hun politieke en bestuurlijke invloed verminderen.

Mandaat

Bevoegdheden kunnen ook gemandateerd worden. In de praktijk zal het mandateren van bevoegdheden aan een BVO waarschijnlijk wat makkelijker liggen omdat de gemandateerde namens de mandaatgever optreedt en niet in plaats van de mandaatgever. Er is sprake van een mandaat wanneer het bestuursorgaan dat rehtens, krachtens attributie of delegatie, bevoegd is tot het nemen van bepaalde besluiten aan een ander de bevoegdheid verleent om die besluiten namens hem te nemen.⁷⁶ De mandaatgever blijft, in tegenstelling tot bij de delegatie, ook zelf bevoegd om de bevoegdheid uit te oefenen.⁷⁷ Er is geen sprake van bevoegdheidsverschuiving in juridische zin; er wordt namelijk gehandeld namens het betrokken bestuursorgaan, de mandaatgever.⁷⁸ Daarnaast is voor mandaatverlening van een bestuursbevoegdheid in beginsel geen specifieke wettelijke basis nodig. Wel kan het zijn dat de aard van een bestuursbevoegdheid zich verzet tegen mandatering ervan, of dat uit een wettelijke regeling kan blijken dat mandaat niet is toegelaten. Daarom bevat artikel 10:3 lid 1 Awb. Lid 2 een aantal uitdrukkelijke mandaatverboden:

72 Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014, p. 117.

73 Zie art. 10:3 lid 1 Awb.

74 Zie art. 10:13 Awb.

75 Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014, p. 123.

76 Zie art. 10:1 Awb.

77 Zie art. 10:7 Awb.

78 Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014, p. 130.

‘Mandaat wordt in ieder geval niet verleend indien het een bevoegdheid betreft:

- a. tot het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften, tenzij bij de verlening van die bevoegdheid in mandaatverlening is voorzien;*
- b. tot het nemen van een besluit ten aanzien waarvan is bepaald dat het met versterkte meerderheid moet worden genomen of waarvan de aard van de voorgeschreven besluitvormingsprocedure zich anderszins tegen de mandaatverlening verzet;*
- c. tot het vernietigen van of tot het onthouden van goedkeuring aan een besluit van een ander bestuursorgaan’.*

Wanneer de inkoopfunctie van de deelnemende gemeenten binnen de BVO gepositioneerd gaat worden, betekent dit dat de BVO aanbestedingen gaat uitvoeren voor de deelnemende gemeenten. Het college neemt het besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gemw. Zij kan zowel aan een ondergeschikte als een niet-ondergeschikte mandaat verlenen om zulke besluiten namens het college te nemen. Zij kan daarnaast toestaan dat ondermandaat mogelijk is. De uitvoering van een privaatrechtelijke rechtshandeling, bijvoorbeeld het ondertekenen van het contract, gebeurt door de gemeente. De gemeente wordt op grond van artikel 171 lid 1 Gemw, vertegenwoordigd door haar burgemeester. De burgemeester kan op grond van artikel 171 lid 2 Gemw deze bevoegdheid overdragen. We spreken dan van volmacht.⁷⁹ Deze bevoegdheden kunnen dus aan het bestuur van de BVO gemandateerd te worden. Mandaat kan worden verleend aan een persoon of aan een functie. Het voordeel bij mandateren aan een functie is dat bij afwezigheid van de gemandateerde een plaatsvervanger of waarnemer de bevoegdheden mag uitoefenen.⁸⁰ Het mandateren van bevoegdheden dient vastgelegd te worden in een mandaatbesluit. Dit mandaatbesluit geeft aan welke taken en bevoegdheden zijn gemandateerd, aan wie en onder welke voorwaarden deze uitgevoerd dienen te worden. Een mandaatbesluit is een besluit van algemene strekking, waardoor publicatie is vereist op grond van artikel 3:42 Awb. Een besluit van een decentrale overheid, waar een gemeente onder valt, wordt gepubliceerd in bijvoorbeeld een gemeenteblad of een huis-aan-huisblad.⁸¹

Op 28 april 2015 is telefonisch een interview gehouden met Irene Makelaar, directeur BVO HALte Werk. Uit het interview blijkt dat gekozen is voor een BVO als samenwerkingsvorm gezien de lichte samenwerkingsvorm met een ongeleed bestuur. Hierdoor kan de BVO slagvaardiger optreden, de overhead reduceren en kan zij zich echt richten op uitvoeringstaken. De BVO HALte Werk is op 1 januari 2015 in werking getreden.⁸² In deze BVO zijn de sociale diensten van de gemeenten samengegaan. Zij richt zich namens de deelnemende gemeenten op uitkeringen, bijzondere bijstand en (preventieve) schuldhelpverlening. Er werken honderddertig mensen bij de BVO en het bestuur bestaat uit de drie wethouders afkomstig van de gemeenten Heerhugowaard, Alkmaar en Langedijk. De wethouders hebben allemaal een plaatsvervanger. Afhankelijk van het onderwerp wordt er met respectievelijk drie of zes wethouders overleg gevoerd. Aan het bestuur van de BVO zijn geen bevoegdheden gedelegeerd. Mandaat en volmacht van bevoegdheden is daarentegen wel verleend en zijn opgenomen in de mandaatregeling. Van een aantal bevoegdheden is ondermandatering toegestaan. De mandaatregelingen zijn in de gemeentebladen⁸³ gepubliceerd en zijn identiek. De

⁷⁹ vng.nl (zoek op *recht en gemeentewet en vraag en antwoord en mandateren van bevoegdheden*).

⁸⁰ vng.nl (zoek op *recht en gemeentewet en vraag en antwoord en mandateren van bevoegdheden*).

⁸¹ Zie art. 3:42 lid 2 Awb.

⁸² zoek.officielebekendmakingen.nl (zoek op 75201).

⁸³ Zie bijlage 2 voor de mandaatregeling van de gemeente Langedijk, nr. 12416 van 11 februari 2015.

BVO heeft een eigen inkoopbeleid, volledig in lijn met het inkoopbeleid van de HAL-gemeenten, maar zij heeft ten aanzien van het inkopen van leveringen en diensten een gedwongen winkelnering bij het, nog op te richten, shared service center van de HAL-gemeenten. In het shared service center zullen te zijner tijd alle bedrijfsvoeringstaken van de HAL-gemeenten worden ondergebracht. In welke vorm, een BVO of een (overheids-) N.V., is nog onderwerp van studie. Er is op dit moment geen publiek-publieke samenwerking met andere organisaties.

2.3. Deelconclusie van hoofdstuk 2.

Binnen de Wgr zijn vijf publieke samenwerkingsvormen mogelijk: het openbaar lichaam, het gemeenschappelijk orgaan, de centrumregeling, een 'regeling zonder meer' en sinds 1 januari 2015 ook de bedrijfsvoeringsorganisatie. Het openbaar lichaam en de BVO kennen rechtspersoonlijkheid en kunnen aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, personeel in dienst nemen en overeenkomsten afsluiten. Een gemeenschappelijk orgaan heeft beperkte rechtspersoonlijkheid en kan bijvoorbeeld geen medewerkers in dienst nemen. Ook kunnen aan een gemeenschappelijk orgaan geen regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd. Bij een centrumgemeente wordt geen nieuw orgaan opgericht maar wordt een gemeente gekozen die bevoegdheden namens de andere deelnemers uitoefent. Van een 'regeling zonder meer' is sprake wanneer er een lichte vorm van samenwerking tussen gemeenten is. Delegeren en mandateren van bevoegdheden is hierbij niet aan de orde.

Een BVO kent, net als het gemeenschappelijk orgaan een ongeleed bestuur in tegenstelling tot een openbaar lichaam dat een geleed bestuur heeft. Een BVO wordt ingesteld bij collegeregelings en wordt getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken die een beleidsneutraal karakter hebben. Hierbij kan gedacht worden aan het uitvoeren van de inkoopactiviteiten, afvalinzameling, groenonderhoud en leerlingenvervoer. Het belang waarvoor een BVO wordt ingesteld dient in de regeling te worden opgenomen ter afbakening van de taken en de bevoegdheden. Afhankelijk van het belang kunnen colleges van deelnemende gemeenten bevoegdheden delegeren of mandateren aan het bestuur van een BVO. Mandatering zal in de praktijk vaker voorkomen dan delegatie. Bij mandatering is namelijk geen sprake van bevoegdheidsverschuiving in juridische zin. Mandaat kan worden verleend aan een persoon of aan een functie. Het voordeel bij mandateren aan een functie is dat bij afwezigheid van de gemandateerde, een plaatsvervanger of waarnemer de bevoegdheden mag uitoefenen.

Wanneer de inkoopfunctie binnen de BVO gepositioneerd gaat worden, betekent dit dat de BVO aanbestedingen gaat uitvoeren voor zowel haar eigen organisatie als voor de deelnemende gemeenten. Het college neemt het besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gemw. Zij kan zowel aan een ondergeschikte als een niet-ondergeschikte mandaat verlenen om zulke besluiten namens het college te nemen. Zij kan daarnaast toestaan dat ondermandaat mogelijk is. De uitvoering van de privaatrechtelijke rechtshandeling, bijvoorbeeld het ondertekenen van het contract, gebeurt door de gemeente. Deze wordt op grond van artikel 171 lid 1 Gemw, vertegenwoordigd door haar burgemeester. De burgemeester kan op grond van artikel 171 lid 2 Gemw deze bevoegdheid overdragen. Deze bevoegdheden kunnen dus aan het bestuur van de BVO gemandateerd te worden.

Bevoegdheden die aan het bestuur van een BVO zijn gemandateerd, dienen opgenomen te worden in een mandaatregeling en openbaar te worden gepubliceerd bijvoorbeeld in een gemeenteblad. Of aanvullende bevoegdheden noodzakelijk zijn om te kunnen quasi-inbesteden of een publiek-publieke samenwerking aan te gaan, wordt in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

3. De BVO en quasi-inbesteden & publiek-publieke samenwerking.

Dit hoofdstuk gaat in op twee uitzonderingen die er zijn op de aanbestedingsplicht; het quasi-inbesteden en de publiek-publieke samenwerking. De voorwaarden waaraan voldaan moet worden zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG ontstaan. In de Richtlijn 2004 is deze jurisprudentie in artikel 12 gecodificeerd. Deze Richtlijn 2004 is echter nog niet geïmplementeerd in de nationale wetgeving. Voor het onderzoek wordt deze richtlijn voorlopig buiten beschouwing gelaten. In hoofdstuk 5 wordt geanalyseerd of de Richtlijn 2004 van invloed is op de deelconclusies. In § 3.1 wordt uitgewerkt wanneer een opdracht aanbestedingsplichtig is en worden de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht kort beschreven. In § 3.2 en 3.3 worden de voorwaarden, aan de hand van latere jurisprudentie, uitgewerkt. In § 3.4 en § 3.5 worden de mogelijkheden voor een BVO benoemd waarna § 3.6 afsluit met deelconclusies.

3.1. De aanbestedingsplichtige opdrachten en twee uitzonderingen.

Op grond van de bepalingen van de Richtlijn 2004 en de Aw2012 is een opdracht Europees aanbestedingsplichtig als:

1. de entiteit die de overheidsopdracht verleent, kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst;
2. de overheidsopdracht schriftelijk en onder bezwarende titel wordt verleend en,
3. de geraamde waarde van de overheidsopdracht de drempelwaarde overschrijdt.

Een overheidsopdracht wordt in artikel 1.1 Aw2012 en artikel 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004 omschreven als:

1. een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel;
2. die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten;
3. en die betrekking heeft op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

Onder bezwarende titel wordt verstaan dat door de aanbestedende dienst een tegenprestatie in geld, of althans op geld waardeerbaar dient te worden geleverd.⁸⁴ Overheidsopdrachten die evenveel of meer bedragen dan de drempelbedragen moeten verplicht Europees worden aanbesteed. Deze Europese drempelwaarden zijn vastgelegd in artikel 7 Richtlijn 2004 en worden door de Europese Commissie elke twee jaar herzien.⁸⁵

Het uitgangspunt is dat een overheidsopdracht moet worden aanbesteed. Ook bij opdrachten tussen publiekrechtelijke rechtspersonen waaronder een BVO valt. Op dit uitgangspunt bestaat een aantal uitzonderingen waaronder de mogelijkheid tot quasi-inbesteden en publiek-publieke samenwerking. Deze worden hieronder kort toegelicht en in de volgende paragraaf verder uitgewerkt.

Quasi-inbesteden

Van quasi-inbesteden⁸⁶ is sprake wanneer een aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan een organisatie, welke een andere rechtspersoon is, maar zo sterk gelieerd is met de eigen organisatie dat er min of meer sprake lijkt van een opdracht aan zichzelf. De ABG-gemeenten participeren in diverse gemeenschappelijke regelingen. Zo participeren de gemeenten Alphen-Chaam en Gilze en Rijen in

⁸⁴ europadecentraal.nl, (zoek op *notitie veel gestelde vragen aanbesteden en hoofdstuk 1*).

⁸⁵ De huidige drempelwaarden gelden tot 31 december 2015: voor Werken €5.186.000, voor Leveringen en Diensten €207.000.

⁸⁶ In de literatuur wordt ook wel gesproken van verticale samenwerking of institutionele samenwerking.

het bestuur van de GR Diamantgroep. De Diamantgroep geeft uitvoering aan de Wet sociale werkvoorziening (Wsw). Diverse opdrachten, waaronder schoonmaak en het uitvoeren van groenonderhoud, zijn quasi-inbesteed bij de Diamantgroep. Kan de BVO deze opdrachten ook quasi-inbesteden bij de Diamantgroep? Om over te kunnen gaan tot quasi-inbesteden, dient aan een aantal juridische voorwaarden te worden voldaan. Aan de hand van jurisprudentie worden deze voorwaarden in § 3.2 verder uitgewerkt.

Publiek-publieke samenwerking

Bij publiek-publieke samenwerking⁸⁷ gaat het om samenwerking tussen aanbestedende diensten zonder dat een nieuw of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht voor de uitvoering van taken. Bij de samenwerking dient het te gaan om opdrachten tussen aanbestedende diensten die de gezamenlijke vervulling van een taak van algemeen belang tot doel hebben. Aan de hand van jurisprudentie worden de voorwaarden voor deze samenwerking in § 3.3 verder uitgewerkt.

3.2. Voorwaarden voor quasi-inbesteden.

De juridische voorwaarden voor het quasi-inbesteden werden door het Hof van Justitie EG (HvJ EG) in 1999 in het Teckal arrest⁸⁸ voor het eerst benoemd:

1. de aanbestedende dienst oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten; het toezichtscriterium;
2. het merendeel van de activiteiten van deze rechtspersoon wordt uitgeoefend voor de controlerende aanbestedende dienst of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst worden gecontroleerd; het merendeelcriterium.

Een derde voorwaarde werd daar door het HvJ EG in het Stadt-Halle arrest⁸⁹ aan toegevoegd. Het HvJ EG deed in dit arrest, met verwijzing naar het Teckal arrest, de volgende uitspraak:

*‘De deelneming, ook al is het voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit daarentegen hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten’.*⁹⁰

Dit levert de derde voorwaarde op:

3. Er mag geen privédeelneming in de gecontroleerde rechtspersoon aanwezig zijn.

3.2.1. Uitwerking van de voorwaarden voor quasi-inbesteden.

In de vorige paragraaf zijn drie cumulatieve voorwaarden benoemd waaraan moet zijn voldaan om over te kunnen gaan tot quasi-inbesteden: het toezichtscriterium, het merendeelcriterium en het criterium dat geen privédeelneming aanwezig mag zijn in de gecontroleerde rechtspersoon. Deze voorwaarden zijn in latere rechtspraak verder uitgewerkt en worden in deze paragraaf toegelicht.

⁸⁷ In de literatuur wordt ook wel gesproken van horizontale samenwerking of niet-institutionele samenwerking.

⁸⁸ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, r.o. 50 (*Teckal*).

⁸⁹ HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03 (*Stadt Halle*).

⁹⁰ HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, r.o. 49 (*Stadt Halle*).

3.2.1.1. Het toezichtscriterium

Uit de jurisprudentie blijkt dat een aanbestedende dienst geacht wordt toezicht uit te oefenen op de gecontroleerde rechtspersoon als ware het haar eigen dienst. Hiermee wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent:

*‘Of de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit onderzoek moet blijken of de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen onder zodanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op overige belangrijke beslissingen van deze vennootschap’.*⁹¹

In het Universitäts Hamburg arrest⁹² werd de prejudiciële vraag voorgelegd of het gunnen van een opdracht van de ene door een aanbestedende dienst gecontroleerde entiteit aan de andere (door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde) entiteit toegestaan was. In deze zaak had de Universiteit van Hamburg, zonder een aanbestedingsprocedure te doorlopen, een opdracht voor een Ict-beheersysteem gegund aan Hochschule Informations System GmbH (HIS). De rechtvaardiging voor de rechtstreekse gunning van de opdracht door de universiteit aan HIS ligt, volgens de partijen, in de overweging dat hoewel er tussen deze twee entiteiten geen toezichtsverhouding bestaat, voldaan is aan de in het Teckal arrest ontwikkelde voorwaarde van “toezicht zoals op de eigen diensten”, omdat beide onder toezicht van de stad Hamburg staan. Het hof gaat hier niet in mee en geeft aan dat een dergelijke situatie niet valt onder de uitzondering van quasi-inbesteden. Er bestaat immers geen toezichtsverhouding tussen de universiteit en HIS. De universiteit neemt niet deel in het kapitaal van HIS en heeft geen wettelijke vertegenwoordiger in de bestuursorganen ervan.⁹³ Op de overeenkomst gelden de in de Richtlijn 2004 vastgestelde regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten.⁹⁴

Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt voorts dat ook verschillende aanbestedende diensten een legitiem beroep op inbesteden kunnen doen indien het ‘toezicht zoals op de eigen diensten’ door deze aanbestedende diensten gezamenlijk wordt uitgeoefend, zonder dat zij dit toezicht elk individueel uitoefenen. Dit gezamenlijke toezicht moet wel *structureel* en *functioneel* van aard zijn en bovendien *effectief* zijn. Het is niet vereist dat iedere deelnemer afzonderlijk een doorslaggevende invloed kan uitoefenen.⁹⁵ Dit geldt eveneens wanneer het toezicht alleen op de bevoegdheden van die aanbestedende dienst berust die de meerderheidsparticipatie in de gecontroleerde entiteit heeft. Het HvJ EG overwoog hierover in het eerdere Coditel arrest als volgt:⁹⁶

‘Wanneer meerdere overheidsinstanties in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst samen een entiteit oprichten voor het verrichten van hun openbare dienstverleningstaak of wanneer een overheidsinstantie een deelneming verwerft in een dergelijke entiteit, is voldaan aan de in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie gestelde voorwaarde dat deze autoriteiten, om te worden vrijgesteld van hun verplichting om een openbare

91 HvJ EG 11 mei 2006, zaak C-340/04, r.o.36 (*Carbotermo*).

92 HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-15/13, (*Universitäts Hamburg*).

93 HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-15/13, r.o. 28 (*Universitäts Hamburg*).

94 HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-15/13, r.o. 36 en dictum (*Universitäts Hamburg*).

95 HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07, r.o. 42 (*Coditel*).

96 HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07, r.o. 33 en dictum (*Coditel*).

aanbestedingsprocedure te organiseren overeenkomstig de voorschriften van het Unierecht, op deze entiteit gezamenlijk toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten, wanneer al deze autoriteiten deelnemen in het kapitaal van die entiteit alsook deel uitmaken van de bestuursorganen ervan’.

Wanneer een aanbestedende dienst het volledige kapitaal in handen heeft van de vennootschap aan welke de opdracht wordt gegund, is dat volgens het HvJ EG eveneens een aanwijzing dat aan het toezichtsvereiste is voldaan.⁹⁷

‘De omstandigheid dat de aanbestedende dienst alleen of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft, is niet beslissend, maar het lijkt er toch op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten in de zin van punt 50 van het reeds aangehaalde arrest Teckal’.

Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat aan het toezichtsvereiste is voldaan wanneer de aanbestedende dienst dit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten. Het moet hierbij wel gaan om doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en op belangrijke beslissingen. Dit toezicht kan gezamenlijk worden uitgeoefend en dient structureel, functioneel en effectief van aard te zijn. Wanneer het volledige kapitaal in handen is van de aanbestedende diensten, is dit een aanwijzing dat aan het toezichtsvereiste is voldaan.

3.2.1.2. Het merendeelcriterium

Om zeker te stellen dat er sprake is van een quasi-inbesteden situatie moet de gecontroleerde rechtspersoon het merendeel van zijn werkzaamheden verrichten voor de hem controlerende lichamen. Het merendeel betekent dat elke andere activiteit die deze rechtspersoon voor andere verricht marginaal is. In het Asemfo/Tragsa arrest wordt het volgende bepaald:⁹⁸

‘Blijkens de stukken in het hoofdgeding verricht Tragsa gemiddeld meer dan 55 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de autonome regio's en bijna 35 % van haar werkzaamheden ten behoeve van de staat. Hieruit volgt dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de lichamen of overheidsorganen die haar controleren’.

Hieruit volgt dat onder het merendeelcriterium moet worden verstaan dat 90% van de werkzaamheden ten behoeve van de controlerende lichamen moet worden verricht. In de praktijk blijkt dat het onduidelijk is hoe het merendeelcriterium moet worden berekend. Meerdere adviezen hierover van gerenommeerde kantoren, aan de deelnemende gemeenten van de SIW, spreken elkaar tegen en ook intern de SIW wordt het merendeelcriterium verschillend geïnterpreteerd. Uit de reactie van AKD⁹⁹ op het door Deloitte gegeven second opinion op de Nota¹⁰⁰ blijkt dat beide het merendeelcriterium anders interpreteren. Volgens Deloitte moet het merendeelcriterium zo worden uitgelegd dat de activiteiten niet alleen voor de controlerende gemeenten moet worden verricht maar ook bij deze gemeenten. AKD advocaten meent echter dat onder activiteiten moet worden verstaan de

97 HvJ EG 11 mei 2006, zaak C-340/04, r.o.37 (*Carbotermo*).

98 HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05, r.o. 63 (*Asemfo/Tragsa*).

99 Zie bijlage 3.

100 Nota WAVA!GO, *Waar een wil is, is een weg! Over het gunnen van werk aan het eigen werkvoorzieningsschap*, 2011. WAVA!GO is een GR van de gemeenten Aalburg, Drimmelen, Geertruidenberg, Oosterhout, Werkendam en Woudrichem. De gemeenten Drimmelen, Geertruidenberg, Werkendam en Woudrichem zijn deelnemers van de SIW.

uitvoering van de wettelijke taak die aan de GR, in casu de WAVA/!GO, is opgedragen. Namelijk uitvoering geven aan de Wsw. Dit betekent dat de activiteiten zich voornamelijk richten op het tewerkstellen van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt. Dit hoeft echter niet te betekenen dat deze mensen bij de deelnemende gemeenten tewerkgesteld moeten worden maar dat zij ook tewerkgesteld kunnen worden bij (private) ondernemingen. Hoe dient nu het merendeelcriterium te worden gehanteerd?

In het Carbotermo arrest overweegt het HvJ EG als volgt:

*‘Onder toepassing van deze beginselen kan de betrokken onderneming slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het reeds aangehaalde arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is. Om uit te maken of dit het geval is, dient de bevoegde rechter alle – zowel kwalitatieve als kwantitatieve – omstandigheden van de zaak in de beschouwing te betrekken. Wat de vraag betreft of in deze context enkel rekening moet worden gehouden met de omzet uit voor het toezichthoudende overheidslichaam verrichte activiteiten dan wel met de omzet die is behaald op het grondgebied van dit lichaam, moet ervan worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers. De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegund zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert. Het doet er niet toe wie de betrokken onderneming vergoedt – het overheidslichaam dat haar controleert of de derden-gebruikers van de diensten die worden verricht krachtens concessies die dit lichaam heeft verleend, of andere rechtsverhoudingen die het tot stand heeft gebracht. Irrelevant is eveneens op welk grondgebied deze diensten worden verricht’.*¹⁰¹

Uit het Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie inzake publiek-publieke samenwerking volgt dat:

*‘[...] alle werkzaamheden die de interne entiteit verricht in het kader van een door de aanbestedende dienst gegunde opdracht. Deze beoordeling geldt ongeacht de identiteit van de begunstigde (ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert), ongeacht wie de opdrachtnemer betaalt (de controlerende dienst dan wel derden-gebruikers van de diensten) en ongeacht het grondgebied waarop deze diensten worden verricht’.*¹⁰²

Hieruit volgt dat alle werkzaamheden die een gecontroleerde rechtspersoon¹⁰³ verricht in kader van haar opdracht, in casu het belang waarvoor zij is opgericht, werkzaamheden zijn die in aanmerking mogen worden genomen voor het 90% merendeelcriterium. Deze werkzaamheden worden verricht voor de controlerende aanbestedende dienst en hoeven niet

101 HvJ EU 11 mei 2006, zaak C-340/04, r.o. 64 en 67 (Carbotermo).

102 Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op betrekking tussen aanbestedende diensten (publiek-publieke samenwerking), 4 oktober 2011, p. 12 en 13.

103 In de genoemde arresten van § 4.2.1.2. ook aangeduid als ‘betrokken onderneming’ of ‘interne entiteit’.

per definitie bij de aanbestedende dienst te worden verricht. Dat deze werkzaamheden ook niet door de aanbestedende dienst wordt betaald, maar door andere ondernemingen, doet hier verder niets aan af. Irrelevant is ook op welk grondgebied deze werkzaamheden worden verricht.

3.2.1.3. Het criterium van geen privédeelneming.

De plaatsing van privékapitaal in een onderneming past niet in het zuiver nastreven van doelstellingen van algemeen belang. Het gunnen van een opdracht aan een onderneming waarin zowel gemeenschapsgeld als particulier kapitaal samen zijn gebracht, zonder een aanbesteding te doorlopen, gaat in tegen de doelstelling van een vrije en onvervalste mededinging en gaat daarmee in tegen het beginsel van gelijke behandeling van belanghebbenden.¹⁰⁴ Het oordeel van het HvJ EG in het Stadt-Halle arrest luidt dat indien sprake is van het verstrekken van een overheidsopdracht aan een rechtspersoon waaraan ook één of meerdere particuliere ondernemingen deelnemen steeds de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten moeten worden toegepast. Wanneer sprake zou zijn van directe participatie van privékapitaal, dan zou dit een onrechtmatig voordeel geven aan ondernemers ten opzichte van hun concurrenten. De opdracht wordt immers niet voor mededinging opengesteld.¹⁰⁵ Dit oordeel wordt in het Acoset arrest nog eens bevestigd:

*‘De participatie – ook de minderheidsparticipatie – van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst participeert, sluit uit dat deze dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten’.*¹⁰⁶

Kortom, wanneer sprake is van directe participatie van privékapitaal, dan zou dit een onrechtmatig voordeel geven aan ondernemers ten opzichte van hun concurrenten. Verder moet de participatie van privékapitaal een directe relatie hebben met het kunnen uitoefenen van toezicht. Dit is bijvoorbeeld aan de orde wanneer een particuliere onderneming aandelen bezit in de gecontroleerde rechtspersoon. Met het inbrengen van privékapitaal wordt dus niet bedoeld, zoals in de vorige paragraaf uitgewerkt, omzet die genereerd wordt bij (private) ondernemingen voor het uitoefenen van activiteiten die betrekking hebben op het belang waarvoor de gecontroleerde rechtspersoon is ingesteld. In de statuten van een gecontroleerde rechtspersoon kan bepaald worden dat deze open staat voor de inbreng van privé kapitaal. Ten aanzien van openstelling voor privékapitaal oordeelde het HvJ EG in het Sea arrest als volgt:¹⁰⁷

‘In de regel moet op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht worden nagegaan of er werkelijk sprake is van een particuliere participatie in het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap. Het kan tevens relevant zijn, rekening te houden met de omstandigheid dat het toepasselijke nationale recht op het ogenblik waarop een aanbestedende dienst een opdracht gunt aan een vennootschap waarvan hij het volledige kapitaal in handen heeft, voorziet in de verplichte openstelling van de vennootschap, op korte termijn, voor ander kapitaal. Wanneer het kapitaal van een vennootschap op het moment dat de betrokken opdracht daaraan wordt gegund, volledig in handen is van de aanbestedende dienst, alleen of samen met andere overheidsinstanties, kan met de openstelling van dat kapitaal voor particuliere investeerders slechts rekening worden gehouden indien er op dat

104 Romburgh 2014, p.68.

105 HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, r.o. 49 en r.o. 52 (Stadt Halle).

106 HvJ EU 15 oktober 2009, zaak C-196/08, r.o. 53 (Acoset).

107 HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07, r.o. 47, 50, 51 (Sea).

moment een concreet korte termijnperspectief van een dergelijke openstelling bestaat. Hieruit volgt dat in een situatie als die in het hoofdgeding, waarin het kapitaal van de voor de opdracht geselecteerde vennootschap volledig in handen van de overheid is en er geen enkele concrete aanwijzing bestaat dat dit kapitaal weldra voor particuliere aandeelhouders zal worden opengesteld, de mogelijkheid op zich voor particulieren om een participatie in het kapitaal van die vennootschap te nemen, niet volstaat voor de conclusie dat de voorwaarde inzake het toezicht door de overheidsinstantie niet is vervuld'.

Daarnaast oordeelt het HvJ EG¹⁰⁸ dat, hoewel het niet kan worden uitgesloten dat aandelen op ieder moment aan derden verkocht kunnen worden, de erkenning van deze mogelijkheid de beoordeling eindeloos kan opschorten. Dat zou volgens het HvJ EG indruisen tegen het rechtzekerheidsbeginsel. Indien tijdens de looptijd van de opdracht alsnog privékapitaal in de onderneming wordt ingebracht, levert dit volgens het HvJ EG wel een wijziging op van een basisvoorwaarde voor de opdracht waarvoor een aanbesteding alsnog moet worden uitgeschreven.¹⁰⁹

Samengevat, voor de beoordeling of privé kapitaal aanwezig is dient het moment van gunnen van een opdracht als uitgangspunt genomen te worden. Eventueel toekomstig aanwezig privékapitaal wordt niet op voorhand meegenomen in deze beoordeling tenzij zoiets op korte termijn wordt voorzien. Indien tijdens de looptijd van de overeenkomst privékapitaal in de onderneming wordt ingebracht, dient alsnog een aanbesteding te worden uitgeschreven.

3.3. Voorwaarden voor publiek-publieke samenwerking.

Publiek- publieke samenwerking betreft een andere situatie die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrecht valt. Tot op heden is weinig jurisprudentie voorhanden met betrekking tot deze vorm van samenwerking. Het HvJ EG overwoog in het Commissie/Duitsland arrest¹¹⁰ dat wanneer overheidsinstanties samenwerken bij de gemeenschappelijke uitoefening van hun taken van algemeen belang, een dergelijke samenwerking geen afbreuk zal doen aan de voornaamste doelstelling van de gemeenschapsregels inzake overheidsopdrachten. Het gaat hierbij dan om vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging in alle lidstaten. De verwezenlijking van die samenwerking dient wel uitsluitend te worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. De samenwerking heeft tot doel de gemeenschappelijke uitoefening te verzekeren van een openbare taak die alle partners in de samenwerking moeten vervullen en is niet commercieel van aard.¹¹¹ Deze gezamenlijke uitvoering wordt gekenmerkt door wederzijdse verplichtingen. Het is hierbij niet noodzakelijk dat de samenwerkende partners op gelijke basis deelnemen aan de werkelijke vervulling van de taak. Desalniettemin dient de overeenkomst het karakter te hebben van een echte samenwerking, in tegenstelling tot een normale overheidsopdracht waarbij één partij een bepaalde taak tegen betaling vervult. In het Piepenbrock arrest wordt dit nog eens bevestigd en wordt aangegeven dat voor een beroep op de uitzondering van de aanbestedingsplicht aan een aantal cumulatieve voorwaarden moet worden voldaan. Ten eerste moeten dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten. Ten tweede mag er geen sprake zijn van enige particuliere inbreng. Ten derde mag geen particuliere dienstverrichter worden bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en tot slot volgt dat de samenwerking uitsluitend mag worden beheerst door

108 r.o. 49.

109 r.o. 53.

110 HvJ EG 9 juni 2005, zaak C-480/06, r.o. 35 (*Commissie/Duitsland*).

111 HvJ EG 9 juni 2005, zaak C-480/06, r.o. 37 (*Commissie/Duitsland*).

overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.¹¹² Maar wat zijn nu taken¹¹³ van algemeen belang? Uit het Mannesmann arrest¹¹⁴ volgt als eerste dat aan de hand van wettelijke bepalingen, of de doelomschrijving van de statuten van een instelling, moet worden nagegaan of en in welke mate de instelling voorziet in behoeften van algemeen belang, niet zijnde behoeften van industriële of commerciële aard. Behoeft van algemeen belang van niet-industriële of niet-commerciële aard, zijn in het algemeen behoeften waarin de gemeente zelf voorziet en waarbij ze controle uitoefent, bijvoorbeeld afvalinzameling. In het SIEPSA arrest zijn vier criteria geformuleerd die aangeven wanneer sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is¹¹⁵:

1. het ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de markt;
2. het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winstoogmerk;
3. het niet zelfstandig dragen van een ondernemersrisico;
4. het bestaan van overheidsfinanciering.

Een BVO wordt belast met de uitvoeringstaken die voorheen door de gemeenten werden uitgevoerd. Hieronder zullen ook taken van algemeen belang vallen. In de MvT wordt een aantal van deze taken zelfs benoemd: afvalinzameling, groenvoorzieningen en leerlingenvervoer.¹¹⁶ Kan een BVO voor de uitvoering van taken van algemeen belang een publiek-publieke samenwerking aangaan met een andere aanbestedende dienst? Een voorwaarde voor publiek-publieke samenwerking is immers dat deze wordt gekenmerkt door wederzijdse verplichtingen. Dit betekent dat de BVO ook een verplichting in de taakoefening heeft ten opzichte van de andere aanbestedende dienst. Artikel 8 lid 3 Wgr-nieuw bepaalt dat een BVO uitsluitend wordt ingesteld ter behartiging van de eerder genoemde taken van de deelnemers. De Greef¹¹⁷ geeft in zijn artikel¹¹⁸ aan dat een BVO gezien deze bepaling geen taken kan verrichten voor niet-deelnemers. Uit de parlementaire wetsgeschiedenis van de Wgr blijkt echter niet dat in het licht van deze sturing en beheersing van uitvoeringstaken van de deelnemers, geen publiek-publieke samenwerking gezocht kan worden. Een BVO kan, onder de in deze paragraaf uitgewerkte voorwaarden, een publiek-publieke samenwerking kan aangaan ter sturing en beheersing van haar taken.

Samengevat, van een publiek-publieke samenwerking, die buiten de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt, is sprake wanneer er uitsluitend samenwerking plaatsvindt tussen aanbestedende diensten. Deze samenwerking wordt uitsluitend beheerst door doelstellingen van algemeen belang en is niet industrieel of commercieel van aard. Uit wettelijke bepalingen of de doelomschrijving in statuten moeten de taken van algemeen belang blijken. De samenwerking dient om uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op de samenwerkende, aanbestedende diensten gezamenlijk rust en gekenmerkt wordt door wederzijdse verplichtingen en het karakter moet hebben van een echte overeenkomst in tegenstelling tot een normale overheidsopdracht waarbij één partij een bepaalde taak tegen betaling vervult. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de samenwerkende, aanbestedende diensten op gelijke basis deelnemen aan de

112 HvJ EU 13 juni 2013, zaak C-386/11, r.o. 37 (*Piepenbrock*).

113 In plaats van taken wordt soms ook gesproken over behoeften.

114 HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96, r.o. 26 (*Mannesmann*).

115 HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C-283/00 r.o. 87, 88 en 91 (*SIEPSA*).

116 *Kamerstukken II* 2012/13, 33579, 3 p.2 en p.19.

117 Mr. R. de Greef is docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht en verbonden aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

118 *Gst.* 2013/125, p. 678.

werkelijke vervulling van deze taak. Deze taak mag niet verricht worden door particuliere dienstverleners en er mag geen deelneming zijn van privékapitaal.

3.4. Deelconclusie van hoofdstuk 3.

Een BVO is een publiekrechtelijke rechtspersoon en daarmee een aanbestedende dienst. Het uitgangspunt is dat een overheidsopdracht moet worden aanbesteed. Ook bij opdrachten tussen publiekrechtelijke rechtspersonen. Op dit uitgangspunt is een aantal uitzonderingen waaronder een opdracht niet Europees hoeft te worden aanbesteed. Een BVO kan een opdracht quasi-inbesteden bij een andere publiekrechtelijke rechtspersoon, bijvoorbeeld een GR, wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

De eerste voorwaarde is dat de BVO toezicht moet hebben op de GR als zijnde op haar eigen diensten. Dit toezicht moet dusdanig zijn dat de BVO een beslissende invloed kan uitoefenen zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. Om toezicht te verkrijgen dient een BVO vertegenwoordigd te zijn in het bestuur van de GR. De GR waar de BVO toezicht op wil uitoefenen dient, net als de BVO, ingesteld te zijn bij collegeregeling. Op grond van artikel 30 lid 1 Wgr-nieuw kunnen de colleges de vertegenwoordiging in het bestuur van een GR mandateren aan het bestuur van een BVO. Het bestuur van de BVO treedt dan, in plaats van de deelnemende gemeenten, in het bestuur van de GR. Bij mandatering is er niet sprake van bevoegdheidsverschuiving in juridische zijn. Omdat wordt gehandeld namens de betrokken colleges worden de handelingen ook aan de colleges toegerekend. Er is immers sprake van vertegenwoordiging van de colleges, door het bestuur van de BVO. Voorts verzet deze mandaatverlening zich niet tegen de mandaatverboden uit artikel 10:3 Awb. Wanneer een van de samenwerkende gemeenten geen deelnemer is in de betreffende GR, dient deze eerst toe te treden om vervolgens mandaat aan het bestuur van de BVO te kunnen verlenen. Ook verschillende aanbestedende diensten kunnen een legitiem beroep op quasi-inbesteden doen indien het 'toezicht zoals op de eigen diensten' door deze aanbestedende diensten gezamenlijk wordt uitgeoefend, zonder dat zij dit toezicht elk individueel uitoefenen. Dit gezamenlijke toezicht moet wel structureel en functioneel van aard zijn en bovendien effectief zijn. Hierbij is het niet vereist dat iedere deelnemer afzonderlijk doorslaggevende invloed kan uitoefenen.

De tweede voorwaarde is dat de GR tenminste 90% van haar werkzaamheden dient uit te voeren voor haar deelnemers. Het gaat hierbij om alle werkzaamheden die de GR verricht in het kader van haar opdracht c.q. het belang waarvoor zij is ingesteld. Hiertoe kunnen de oprichtingsstatuten en de jaarrekeningen geraadpleegd worden.

De derde voorwaarde is dat er geen privékapitaal in de GR aanwezig mag zijn. Of er privé kapitaal aanwezig is dient beoordeeld te worden op het moment van gunnen van een opdracht. Hiertoe zouden de oprichtingsstatuten geraadpleegd kunnen worden. Eventueel toekomstig aanwezig privékapitaal wordt niet op voorhand meegenomen in deze beoordeling tenzij er op dat moment een concreet korte termijnperspectief bestaat. Indien tijdens de looptijd van de overeenkomst privékapitaal in de onderneming wordt ingebracht dient alsnog een aanbesteding te worden uitgeschreven.

Uit het verrichte onderzoek blijkt eveneens dat een BVO een publiek-publieke samenwerking, die buiten de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt, kan aangaan met een andere aanbestedende dienst. Deze samenwerking mag uitsluitend worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang en mag niet commercieel van aard zijn. Deze samenwerking dient om uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op beide aanbestedende diensten gezamenlijk rust en gekenmerkt worden door

wederzijdse verplichtingen en het karakter moet hebben van een echte overeenkomst in tegenstelling tot een reguliere overheidsopdracht waarbij één partij een bepaalde taak tegen betaling vervult. Hierbij is het niet noodzakelijk dat de samenwerkende aanbestedende diensten op gelijke basis deelnemen aan de werkelijke vervulling van deze taak. Bij taken van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn dient aan vier criteria te worden voldaan:

1. het ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de markt;
2. het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winstoogmerk;
3. het niet zelfstandig dragen van een ondernemersrisico;
4. het bestaan van overheidsfinanciering.

Verder mag er geen sprake zijn van enige particuliere inbreng en mag geen enkele particuliere dienstverlener worden bevoordeeld ten opzichte van de concurrenten. Uit wettelijke bepalingen, of de doelomschrijving in statuten, moeten de taken van algemeen belang blijken. Of de uitoefening van inkooptaken door een BVO, al dan niet in samenwerking met een andere aanbestedende dienst, kan leiden tot een clustering van opdrachten wordt in het volgende hoofdstuk verder uitgewerkt.

4. De BVO en het clusterverbod.

Dit hoofdstuk gaat in op het verbod van het clusteren van opdrachten op grond van artikel 1.5 Aw 2012 en § 2.31 van de Gids P. Bij clusteren moet gedacht worden aan het samenvoegen van opdrachten. Schaalvergroting, lagere prijs of een efficiëntere bedrijfsvoering waren voor de komst van de Aw 2012 legitieme redenen om opdrachten samen te voegen.¹¹⁹ Nu echter schrijft de wet onder andere voor dat alvorens wordt over gegaan tot het clusteren van opdrachten eerst de samenstelling van de relevante markt beoordeeld moet worden. Met andere woorden: het aantal bedrijven dat potentieel zou willen inschrijven op een opdracht dient nog dusdanig te zijn dat de mededinging gewaarborgd blijft en er nog voldoende concurrentie is. De toegang van het MKB mag door het clusteren van opdrachten niet worden beperkt.¹²⁰ In Nederland gaan gemeenten vaak inkoop samenwerkingen aan. De redenen hiervoor kunnen verschillend zijn. Onvoldoende kwalitatieve en kwantitatieve inkoopcapaciteit voorhanden hebben kan een reden voor samenwerking zijn. Daarnaast wordt ook samengewerkt om financiële voordelen te behalen en het delen van de kosten van een aanbestedingsprocedure. Welke redenen er ook zijn, indien overgegaan wordt tot het (onnodig) clusteren van opdrachten is de aanbestedende dienst dit verplicht in haar aanbestedingsstukken op te nemen. In § 5.1 wordt de totstandkoming van de Aw 2012 en het juridisch kader van het clusterverbod op hoofdlijnen beschreven. Aan de hand van beschikbare jurisprudentie wordt in § 5.2 uiteengezet wanneer er sprake is van clusteren. In § 5.3 wordt een aantal adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (de commissie) met betrekking tot het clusteren nader geanalyseerd. In § 5.4 wordt geanalyseerd hoe er in de praktijk met het clusterverbod omgegaan wordt. Hiertoe is het jaar 2014 van de SIW geanalyseerd. Dit hoofdstuk sluit in § 5.5 af met de deelconclusies.

4.1. Het juridisch kader van het clusterverbod.

In Nederland bestaat er al aanbestedingsregelgeving vanaf het prille begin van het Koninkrijk der Nederlanden. Deze was neergelegd in het Besluit van 11 november 1815 en was vooral gericht op

¹¹⁹ Gids P, januari 2013, p. 18.

¹²⁰ Gids P, januari 2013, p. 18 en p. 20.

doelmatig gebruik van 's-Rijksmiddelen en het bestrijden van corruptie. Het Koninklijk besluit is later verwerkt in de Comptabiliteitswet 1927 waarin werd bepaald dat alle opdrachten met een waarde boven de fl 2500 moesten worden aanbesteed.¹²¹ Op 25 maart 1957 werd het Verdrag betreffende de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap¹²² te Rome gesloten met als doel het interstatelijk handelsverkeer te bevorderen.¹²³ Eind jaren zestig bleek echter dat de 'heggen' tussen de lidstaten nog nooit zo hoog waren geweest. Het eerlijke en verwachte handelsverkeer was nog ver te zoeken. Er moest een krachtiger pakket van maatregelen komen.¹²⁴ Meerdere richtlijnen zijn vanaf dat moment nog vastgesteld. Uiteindelijk leidde dit in 2004 tot twee nieuwe Europese richtlijnen¹²⁵ waarvan alleen de nog steeds geldende Richtlijn 2004 in dit onderzoek wordt bekeken. Zoveel regelingen en richtlijnen maakten het er allemaal niet doorzichtiger op. Naar aanleiding van het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid¹²⁶ kondigde het toenmalige kabinet aan te komen met een strakker en eenvormiger juridisch aanbestedingskader voor overheidsopdrachten.¹²⁷ Om invulling te geven aan dit voornemen werd in 2006 een nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend. Dit wetsvoorstel werd in juli 2008 door de Eerste Kamer echter verworpen.¹²⁸ Het voornaamste kritiekpunt dat alle partijen deelden betrof het feit dat de wet inhoudelijk niets regelde en slechts grondslagen bood voor regeling bij algemene maatregel van bestuur (AMvB). Verder werden door meerdere politieke partijen vraagtekens geplaatst bij de toegankelijkheid en de handhaafbaarheid van de regels, de hoogte van de aanbestedingsdrempels alsmede de gebrekkige rechtsbescherming van potentiële inschrijvers.¹²⁹ In april 2009 werd een nieuw wetsvoorstel ingebracht. Het wetsvoorstel beoogde een duidelijk en eenvormig kader te bieden voor het aanbesteden. Het was er op gericht dat de overheid op een transparante en effectieve manier in zou kopen tegen de beste prijs-kwaliteitverhouding, waarbij ondernemers een goede en eerlijke kans konden maken op een opdracht.¹³⁰ Het wetsvoorstel bevatte uiteindelijk maatregelen die de totstandkoming van optimale concurrentie zou bevorderen (met name voor het MKB), de lasten van het aanbesteden zouden verminderden, de aanbestedingspraktijk waar nodig uniformeerden en de klachtbehandeling zou vergemakkelijken.¹³¹ Het wetsvoorstel is op respectievelijk 14 februari 2012 in de Tweede Kamer, op 30 oktober 2012 in de Eerste Kamer aangenomen en op 1 april 2013 in werking getreden.¹³² Hiermee was de aanbestedingswet 2012 geboren. Naast de Aw 2012 werd later nog een AMvB vastgesteld: het Besluit van 11 februari 2013, houdende de regeling van enkele onderwerpen van de Aw 2012.¹³³ In de artikelen 10 en 11 werden twee richtsnoeren aangewezen: de Gids Proportionaliteit (hierna Gids P) en het Aanbestedingsreglement werken 2012¹³⁴ (ARW2012). De aanbestedende diensten zijn verplicht deze voorschriften toe te passen of afwijkingen daarvan te motiveren. Met de komst van de Gids P werd naast de beginselen van het aanbestedingsrecht, non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie, het beginsel van proportionaliteit toegevoegd. Dit houdt in dat technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria relevant moeten zijn en in verhouding moeten staan tot de aard en de omvang van de

121 Romburgh 2014, p. 5.

122 *Trb.* 2003, 150.

123 Romburgh 2014, p.8.

124 Romburgh 2014, p. 8 en 9.

125 Richtlijn 2004/17/EG (PbEG 2004, L 134/1) en Richtlijn 2004/18/EG (PbEG 2004, L 134/114).

126 *Kamerstukken II* 2002/03, 28244.

127 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 3.

128 *Kamerstukken II* 2006/07, 30501.

129 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 4, p. 2.

130 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 1.

131 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 4, p. 3.

132 *Stb.* 2013, 542.

133 *Stb.* 2013, 58.

134 *Stcrt.* 2013, 3075.

opdracht.¹³⁵ Ook over hoe aanbestedende diensten moeten omgaan met het samenvoegen van opdrachten, is opgenomen in de Aw 2012 in artikel 1.5:

- ‘1. een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op*
- a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf*
 - b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer*
 - c) de mate van samenhang van de opdrachten*
- 2. indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken;*
- 3. een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij zij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken’.*[onderstreping CH].

Er zijn diverse vormen van clusteren: het clusteren van gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst, het clusteren van gelijksoortige opdrachten door verschillende aanbestedende diensten samen en het clusteren van ongelijksoortige opdrachten.¹³⁶

Met het clusteren van gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst wordt bedoeld dat een aanbestedende dienst, met meer zelfstandige vestigingen, opdrachten voor bijvoorbeeld beveiligingsdiensten voor alle locaties samenvoegt in één aanbesteding. Onder het clusteren van gelijksoortige opdrachten door verschillende aanbestedende diensten wordt verstaan dat meerdere aanbestedende diensten bijvoorbeeld hun beveiligingsbehoeften samenvoegen in één aanbesteding. Clusteren van ongelijksoortige opdrachten betekent dat een aanbestedende dienst bijvoorbeeld opdrachten voor catering, schoonmaak en technisch onderhoud van haar gebouwen samenvoegt tot één opdracht. Indien een aanbestedende dienst (of diensten) opdrachten wil clusteren dient zij dit toe te lichten in de aanbestedingsstukken.¹³⁷ Het uitgangspunt is dat opdrachten niet onnodig geclusterd mogen worden als dat de marktwerking beperkt. In dat geval zou de opdracht verdeeld moeten worden in percelen, bijvoorbeeld geografische percelen waardoor ook kleinere ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld mee te dingen naar een deel van de opdracht, het splitsingsgebod.¹³⁸ In de volgende paragrafen wordt aan de hand van jurisprudentie en de adviezen van de Commissie toegelicht wanneer sprake is van clusteren.

4.2. Jurisprudentie met betrekking tot het clusteren van opdrachten.

Op 22 november 2013 deed de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland een eerste uitspraak over het clusterverbod.¹³⁹ Hierin kwam de vraag aan de orde wanneer er sprake is van het samenvoegen van opdrachten. De rechtbank oordeelde dat er in de betreffende aanbesteding geen sprake was van samenvoeging van twee ongelijksoortige opdrachten. Daartoe overwoog de rechtbank dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo te formuleren dat hiermee maximaal aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen. De aanbestedende dienst, de universiteit van Utrecht, had naar het oordeel van de rechtbank aannemelijk gemaakt dat er behoefte bestond aan een geïntegreerde totaaloplossing voor multifunctionals met een betaalfunctionaliteit

¹³⁵ piano.nl (zoek op *metrokaart* en *beginselen van Europees aanbesteden*).

¹³⁶ Gids P, januari 2013, p.16.

¹³⁷ Zie art. 1.5 lid 2 Aw2012.

¹³⁸ Gids P, januari 2013, p. 19.

¹³⁹ Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

waarbij levering, beheer en onderhoud door één partij zouden plaatsvinden. De reden hiervoor was volgens de universiteit gelegen in het feit dat bij storingen één partij gebeld kon worden en dat ook maar één partij aansprakelijk gesteld hoefde te worden wanneer het probleem niet opgelost zou worden. De universiteit wenste nadrukkelijk niet in een situatie te komen waarin twee partijen het product van de ander de schuld zouden kunnen geven in het geval de oorzaak van een storing onduidelijk zou zijn. Bovendien was gebleken dat marktpartijen op deze kennelijk landelijk bestaande behoefte inspeelden door, al dan niet in samenwerkingsverband met andere partijen, dergelijke integrale oplossingen aan te bieden. De enkele omstandigheid dat het mogelijk is de afzonderlijke functionaliteiten in de markt te zetten leidt er niet toe dat een aanbestedende dienst daartoe ook verplicht is. De totale opdracht werd daarmee als één opdracht beschouwd en derhalve niet als meerdere samengevoegde opdrachten.¹⁴⁰ In hoger beroep¹⁴¹ komt het hof eveneens tot het oordeel dat er sprake is van één overheidsopdracht.¹⁴² Volgens het hof behoort het tot de vrijheid van de aanbestedende dienst om de door haar gewenste functionaliteiten van de aan te besteden multifunctionele printers te formuleren en deze verschillende functionaliteiten te bundelen in één aan te besteden apparaat. Het feit dat het apparaat verschillende functionaliteiten heeft maakt volgens het Hof niet dat in het onderhavige geen sprake meer zou zijn van 'één overheidsopdracht'. Dat is naar het oordeel van het hof slechts anders indien de door de aanbestedende dienst gestelde eisen ertoe zouden leiden dat het gevraagd product niet meer een 'technische of economische functie' vervult. Daarvan is volgens het Hof in het onderhavige geval geen sprake.¹⁴³ De eiseres in deze, Xafax Nederland, had voorafgaand aan het kort geding een klacht hierover ingediend bij de commissie. Deze kwam in haar advies (nr. 43) tot een andere conclusie dan de rechtbank en het hof (zie volgende paragraaf).

Samengevat kan gesteld worden dat het aan een aanbestedende dienst is om opdrachten of functionaliteiten samen te voegen in één opdracht zodat aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen. De aanbestedende dienst dient voorafgaand aan het samenvoegen de samenstelling van de markt te onderzoeken in die zin dat de opdracht nog toegankelijk moet blijven voor meerdere marktpartijen, al dan niet in een samenwerkingsverband. In haar aanbestedingsstukken dient zij te motiveren waarom ze tot het clusteren van opdrachten overgaat.

4.3. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft in een brief aan de Tweede Kamer aangekondigd een College van aanbestedingsexperts (later commissie) op te richten.¹⁴⁴ De commissie zou klachten in ontvangst kunnen nemen van zowel marktpartijen als aanbestedende diensten. Het zou hierbij niet gaan om een extra rechtsgang maar om een laagdrempelige manier van klachtenafhandeling.¹⁴⁵ De commissie werkt onafhankelijk en onpartijdig en de gegeven adviezen zijn niet bindend.¹⁴⁶ Daarnaast leidt het indienen van een klacht niet tot het opschorten van enige termijn.¹⁴⁷ De wettelijke basis van de commissie is gelegen in artikel 4.27 Aw 2012. Het uitgangspunt is dat belanghebbenden eerst hun klacht tijdig neerleggen bij degene tot wie de klacht is gericht. Is het antwoord op de klacht niet bevredigend of wordt geweigerd aan de klacht tegemoet te komen, dan

140 r.o. 4.14.

141 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122.

142 r.o. 3.13.

143 r.o. 3.13.

144 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, 9, p. 2.

145 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, 9, p. 3

146 commissievanaanbestedingsexperts.nl (zoek op *over ons*).

147 Romburgh 2014, p. 140.

kan de klacht worden ingediend bij de commissie.¹⁴⁸ De commissie beoordeelt de klacht en publiceert het oordeel op haar website. Op het moment van schrijven van dit rapport zijn zes klachten over clusteren bij de commissie ingediend waarover een oordeel is uitgebracht. Hieruit zijn er drie nader geanalyseerd omdat de scope van deze adviezen relevant lijkt te zijn voor de BVO.

In § 4.1 is ingegaan op de uitspraak van de rechtbank en het hof met betrekking tot een geïntegreerde totaaloplossing voor multifunctionals, waarbij levering, beheer en onderhoud door één partij zouden worden uitgevoerd. Beide oordeelden in deze dat er niet in strijd was gehandeld met het clusterverbod. En, dat sprake was van één overheidsopdracht waarvoor voldoende gemotiveerd was waarom tot samenvoeging was overgegaan. De commissie kwam in haar advies 43 echter tot een andere conclusie.

Advies 43

In dit advies, gepubliceerd op 23 januari 2014, kwam de commissie echter tot het oordeel dat er sprake was van het samenvoegen van twee ongelijksoortige opdrachten waarvoor niet voldoende gemotiveerd was waarom deze opdrachten werden samengevoegd.¹⁴⁹ Volgens de commissie verschilde de opdracht tot het leveren, installeren en onderhouden van multifunctionele printers immers wezenlijk van de opdracht tot het leveren van een betaalsysteem en had de aanbestedende dienst haar plicht om de samenvoeging te motiveren niet volledig nageleefd. Daardoor kon niet worden geoordeeld of de aanbestedende dienst, de beklagde, terecht tot de beslissing was gekomen dat de samenvoeging van de opdrachten niet onnodig was en had daarmee volgens de commissie niet aangetoond dat het clusterverbod was nageleefd.

Advies 117

In dit advies, gepubliceerd op 8 juli 2014, ging het om de vraag of de aanbestedende dienst in strijd met het clusterverbod had gehandeld door twee verschillende ongelijksoortige opdrachten, die tegelijkertijd moesten worden uitgevoerd, samen te voegen. Het ging hier om een opdracht voor de levering van een oplossing voor de digitalisering van het parkeervergunningensysteem en een oplossing voor een nieuw handhavingssysteem dat ook digitale parkeerrechten kon bevragen. In de aanbestedingsstukken werd deze clustering gemotiveerd.

‘Deze opdracht is niet onderverdeeld in percelen daar de aanbestedende dienst van mening is dat de Opdracht één integrale oplossing dient te zijn en opdelen in percelen niet tot het gewenste resultaat, één integraal geleverd en beheerd digitaal parkeersysteem, zal leiden’.

In de nota van inlichtingen werd hierover een vraag gesteld. Aangegeven werd dat maar een zeer beperkt aantal partijen op een dergelijke samengevoegde opdracht kon inschrijven. Verzocht werd om alsnog de opdracht in percelen in te delen. De gemeente reageerde als eerste dat de aanbestedende dienst in beginsel het recht had om haar opdracht zo in te richten dat hiermee maximaal aan haar behoeften werd tegemoet gekomen. Voor de gemeente bestond de behoefte om één geïntegreerde totaaloplossing voor de digitalisering van de parkeervergunningen en ontheffingen én bijbehorende handhavingstaken bij één partij te leggen. Deze keuze werd nog ondersteund door de complexiteit van de opdracht en de geringe ervaring in de markt. In de gekozen opzet werd één partij

¹⁴⁸ Romburgh 2014, p. 140.

¹⁴⁹ Punt 6.7 – 6.10.

verantwoordelijk voor de totale oplevering.¹⁵⁰ Voorts gaf de gemeente aan dat zij deze opdrachten had samengevoegd, met name omdat zij er behoefte aan had, om met betrekking tot de juridische verantwoordelijkheid voor de benodigde integratie en koppeling van beide systemen, zo veel mogelijk juridisch 'ontzorgd' te worden. De commissie komt tot het oordeel dat de motiveringen die in de stukken zijn opgenomen op alle aspecten van artikel 15 lid 1 Aw 2012 ingaan.¹⁵¹

De vraag die vervolgens aan de orde komt is of deze motiveringen de beslissing van de gemeente tot samenvoeging ondersteunen. In dat kader analyseert de commissie achtereenvolgens: 1) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB, 2) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst (...) en de ondernemer, en 3) de mate van samenhang van de opdrachten. Ten aanzien van het eerste aspect geeft de commissie aan zij dat de invloed van de samenvoeging op toegang tot de opdracht voor (voldoende) ondernemingen (uit het MKB) niet problematisch vindt omdat combinatievorming met andere partijen mogelijk is en aan combinatievorming geen verdere randvoorwaarden zijn verbonden.¹⁵² Ten aanzien van het tweede aspect is de commissie van oordeel dat een aanbestedende dienst bij een aanbesteding als onderhavige, wanneer hij besluit de afzonderlijke opdrachten samen te voegen, zich mag laten leiden door de behoefte om ten aanzien van de juridische verantwoordelijkheid 'ontzorgd' te worden. Dit wordt nog verder onderbouwd door het feit dat er weinig tot geen ervaring bestond met de geïntegreerde aanbesteding en levering van beide typen systemen.¹⁵³ De commissie oordeelt ten aanzien van het derde aspect dat er tot op zekere hoogte sprake is van voldoende technische samenhang tussen beide opdrachten. Die moeten immers goed met elkaar moeten kunnen communiceren. Dit maakt echter, objectief gezien, de samenvoeging niet noodzakelijk. Doorslaggevend in deze is de behoefte van de gemeente om met betrekking tot de verantwoordelijkheid voor de benodigde integratie en koppeling van de systemen zo veel mogelijk juridisch ontzorgd te worden. De commissie acht dit voldoende om tot samenvoegen over te gaan.¹⁵⁴

Advies 53

Dit advies is gepubliceerd op 24 januari 2014. In deze zaak gaat het om een aanbesteding voor het verrichten van diensten bestaande uit schoonmaakonderhoud, vloeronderhoud en glasbewassing van alle gebouwen van de aanbesteder. Deze gebouwen, in totaal twaalf, bevinden zich in Enschede, Arnhem en Zwolle. De opdracht is niet verdeeld in percelen. Door klager wordt verzocht de opdracht, gezien de geografische spreiding van de gebouwen, te splitsen in percelen. De aanbestedende dienst wil hier niet op ingaan. Zij is van mening dat er bij de onderhavige aanbesteding geen sprake is van onnodige samenvoeging van opdrachten. Er is immers sprake van een grote mate van samenhang tussen de opdrachten schoonmaak, glasbewassing en vloeronderhoud. Deze opdrachten zijn gerelateerd aan schoonmaak en worden in de praktijk vaak ook gezamenlijk aanbesteed. Voorafgaand aan de aanbesteding is onderzocht wat de relevante markt is, of er consequenties zijn voor de toegang van het MKB, de gevolgen voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers en de mate van samenhang tussen de opdrachten. Zij concludeert dat de opdracht voldoende toegankelijk is voor het MKB. In de nota van inlichtingen wordt dit als volgt gemotiveerd:

150 Punt 1.9.2.

151 Punt 6.1.3.

152 Punt 6.1.5.

153 Punt 6.1.6.

154 Punt 6.1.7 en 6.1.8.

*‘De opdracht is niet dermate groot dat er sprake is van inperking van de marktwerking. De opdracht is dus toegankelijk voor MKB-bedrijven. De interne organisatie is niet zo georganiseerd dat een opdeling in percelen en daarmee meerdere contractpartijen een efficiënte bedrijfsvoering tot stand brengt en rechtvaardigt’.*¹⁵⁵

De commissie is van oordeel dat er sprake is van de samenvoeging van twaalf geografisch bepaalde gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst, zoals omschreven op pag.16 van de Gids-P. Artikel 1.5 lid 3 Aw 2012 maakt echter niet duidelijk op welke aspecten een aanbestedende dienst in zijn motivering acht moet slaan bij de beantwoording van de vraag waarom hij opdeling van een opdracht in meerdere percelen niet passend acht.¹⁵⁶ De commissie neemt, gelet op de doelstellingen die de wetgever met artikel 1.5 Aw 2012 heeft beoogd, het volgende tot uitgangspunt:

*‘Een deugdelijke motivering van de beslissing om in een geval als het onderhavige het opdelen van een (samengevoegde) opdracht “niet passend” te achten, zal gebaseerd moeten zijn op een afweging van het met die opdeling gemoeide belangen van de aanbestedende dienst enerzijds en het belang van voldoende toegang tot de opdracht voor bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf anderzijds’.*¹⁵⁷

De commissie maakt uit de door de aanbestedende dienst verstrekte motivering op dat zij deze afweging in ieder geval heeft gemaakt. Het argument van de aanbestedende dienst, dat haar interne organisatie wel in staat zou zijn om één contract met één onderneming met betrekking tot twaalf verschillende objecten te managen, maar niet in staat zou zijn om meer dan één contract met evenzovele ondernemingen te managen, wordt ten dele gevolgd door de commissie.¹⁵⁸ Wel plaatst de commissie hierbij een kritische noot en geeft aan dat de interne organisatie hoe dan ook de uitvoering van schoonmaakdiensten met betrekking tot twaalf verschillende objecten moet managen. Dáár ligt voor de interne organisatie van de aanbestedende dienst de uitdaging. Wanneer die schoonmaakdiensten vervolgens worden uitgevoerd op basis van een aantal parallelle contracten, met verschillende aanspreekpunten per contract, zal dat laatste die uitdaging waarschijnlijk weinig complexer maken. Dat geldt zeker nu de aanbestedende dienst, door de schoonmaakdiensten met betrekking tot de twaalf objecten samen te voegen in één opdracht, de mogelijkheid heeft gehad die contracten voor de verschillende objecten te uniformeren juist met het oog op de door haar gewenste efficiënte bedrijfsvoering. Aldus de commissie in punt 6.1.23.

Kortom, het onnodig samenvoegen van opdrachten dient te allen tijde gemotiveerd te worden in de aanbestedingsstukken. De motivering “juridische ontzorging”, waarbij ingestoken wordt op één aanspreekpunt en maar één partij die aansprakelijk gesteld kan worden bij wanprestatie of schade, lijkt gevolgd te worden door de commissie. Dit in tegenstelling tot de motivering van het belang van een efficiënte bedrijfsvoering. Deze wordt maar gedeeltelijk gevolgd omdat een efficiënte bedrijfsvoering, volgens de commissie, in meer zit dan alleen het hebben één contractpartij. Het is aan de aanbestedende dienst hier de uitdaging in te vinden. Het belang van het MKB weegt kennelijk zwaarder.

¹⁵⁵ Punt 5.5.

¹⁵⁶ Punt 6.1.17.

¹⁵⁷ Punt 6.1.20.

¹⁵⁸ Punt 6.1.21.

4.4. De SIW-praktijk en het clusterverbod.

Uit voorgaande paragrafen blijkt dat er, vanaf de inwerkingtreding van de Aw 2012 tot op heden¹⁵⁹, maar één concrete rechtszaak (met hoger beroep) is gevoerd over het clusterverbod. Door de commissie zijn vanaf 1 april 2013 tot heden, slechts zes adviezen gegeven over klachten over het clusterverbod. Op zich lijkt dit, in relatie tot de ruim achtentwintigduizend (28000) aanbestedingen¹⁶⁰ die vanaf 1 april 2013 op TenderNed zijn gepubliceerd, weinig. Dit geeft echter geen representatief beeld omdat niet alle aanbestedingen worden uitgevoerd voor meerdere aanbestedende diensten en het clusteren van opdrachten niet in alle aanbestedingen aan de orde is. Het zou ook zo maar kunnen zijn dat aanbestedende diensten, sinds de inwerkingtreding van de Aw 2012, veel meer uitvoering geven aan artikel 1.5 lid 1 Aw 2012 en opdrachten opsplitsen in percelen. Uit de uitgevoerde analyse over 2014 van de trajecten waaraan meerdere gemeenten van de SIW deelnemen, blijkt namelijk dat het toepassen van percelen veel vaker voorkomt dan het clusteren. Onderstaand is hiervan een selectie weergegeven:

Aanbestedingstraject	# Gemeenten	Clusteren	Percelen
Abonnementenbeheer	17	X	
3F Taaltoetsen	2		X
e-HRM pakket	5	X	
Flexwerk Brabant	18		X
Inzamelen en verwerken afvalstromen	3		X
Kolkenreiniging	13		X
Kopieer- en printpapier	12	X	
Leerlingenvervoer Alphen-Chaam en Baarle-Nassau	2		X
Leerlingenvervoer Hoeksche Waard	5		X
Leerlingenvervoer Werkendam en Woudrichem	2		X
Leveren en plaatsen trapliften	2	X	
Maaionderhoud waterlopen, bermen en onderhoudspaden	4		X
Rioleringswerkzaamheden	2	X	
Strooizout	7		X
Verwerking kunststof afval	18		X
WMO hulpmiddelen	14		X
Zwemvervoer	2		X

Afb. 1 Overzicht selectie aanbestedingstrajecten SIW 2014.

4.5. Deelconclusie van hoofdstuk 4.

Bij iedere opdracht die aanbesteed wordt en waar de aanbestedende dienst voornemens is opdrachten samen te voegen, dient zij acht te slaan op de samenstelling van de markt en zich ervan te vergewissen dat er nog voldoende toegang is voor bedrijven uit het MKB. Zij dient tevens acht te slaan op de organisatorische gevolgen en de risico's van de samenvoeging voor de aanbestedende dienst en de markt en de mate van samenhang van de opdrachten. Wanneer een aanbestedende dienst het niet passend vindt om over te gaan tot het verdelen van de opdracht in percelen moet zij dit motiveren in de aanbestedingsstukken. Een marktpartij kan, indien ze vindt dat er van onnodige samenvoeging sprake is, hierover vragen stellen in de nota van inlichtingen of een klacht indienen bij de aanbestedende dienst. Wanneer het antwoord niet bevredigend is, kan vervolgens een klacht worden ingediend bij de commissie. Het oordeel van de commissie is niet bindend en de behandeling van de klacht schort de termijnen niet op. Een marktpartij kan daarnaast altijd nog een kort geding aanhangig maken bij de voorzieningenrechter. Vanaf de inwerkingtreding van de Aw 2012 tot op heden is er één inhoudelijke rechtszaak geweest (met hoger beroep) en er zijn zes klachten

¹⁵⁹ 1 mei 2015.

¹⁶⁰ Via tenderned.nl – publicatiedatum – selectie: 1 april 2013 – 1 mei 2015.

neergelegd bij de commissie. Het lijkt er op dat aanbestedende diensten invulling geven aan artikel 1.5 Aw 2012. Dit blijkt ook uit de aanbestedingstrajecten die door de SIW in 2014 zijn uitgevoerd.

Uit de jurisprudentie en de gegeven adviezen van de commissie kan aanvullend nog het volgende geconcludeerd worden:

1. het is aan een aanbestedende dienst om opdrachten of functionaliteiten samen te voegen in één opdracht, zodat aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen;
2. de motivering juridisch ontzorgd te worden, waarbij ingestoken wordt op één aanspreekpunt en het feit dat maar één partij aansprakelijk gesteld kan worden bij wanprestatie of schade, lijkt gevolgd te worden door de commissie;
3. de motivering dat clustering heeft plaatsgevonden om een efficiëntere bedrijfsvoering te krijgen, wordt maar ten dele gevolgd door de commissie. Een efficiëntere bedrijfsvoering hoeft niet alleen verkregen te worden met het contracteren van één partij. Harmonisatie van contracten kan ook bijdragen aan een efficiëntere bedrijfsvoering;
4. het belang van toegang tot opdrachten voor het MKB weegt erg zwaar.

Daar waar de Aw 2012 zwaar insteekt op de toegang tot opdrachten door het MKB en hiervoor opdrachten zoveel mogelijk op te delen in percelen, is de keuze voor het instellen van een BVO juist gelegen in efficiëntie en effectiviteit. In het kader van een efficiëntere bedrijfsvoering, behalen van schaalvoordelen, factuurreductie en het reduceren van kosten die met een aanbestedingsprocedure gepaard gaan, zal de BVO er al snel de voorkeur aan geven om deelopdrachten als één opdracht in de markt te zetten. Hiermee lijkt een tegenstelling te zijn ontstaan tussen de uitgangspunten van de Aw 2012 en de efficiëntie doelstelling van een BVO. Voor een BVO zal er de nodige uitdaging komen te liggen bij het vinden van andere mogelijkheden om te komen tot een efficiëntere bedrijfsvoering. Of de implementatie van de Richtlijn 2014 in de Aw 2012 hierin verandering brengt, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

5. Validatie deelconclusies aan de hand van concept wetsvoorstel Aw 2012.

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen, waaronder de in dit rapport gehanteerde Richtlijn 2004, zijn in 2004 aangenomen en in 2006 van kracht geworden. Verschillende beleidsmatige ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de Europese Commissie in december 2011 voorstellen heeft gepresenteerd ter herziening/modernisering van deze richtlijnen.¹⁶¹ Daarnaast verrichtte de Europese Commissie in 2010 en 2011 een evaluatie¹⁶² naar de gevolgen en de effectiviteit van de EU-aanbestedingsregels. Dit onderzoek had voornamelijk betrekking op de kosten en de effectiviteit van de aanbestedingsprocedures, vragen in verband met grensoverschrijdende aanbestedingen, toegang van kmo's (kleine en middelgrote ondernemingen, lees MKB) tot aanbestedingsmarkten en het strategisch gebruik van aanbestedingen in Europa.¹⁶³ Op 6 september 2013 heeft de vaste Commissie van het Europees Parlement ingestemd met deze voorstellen. Uiteindelijk zijn de drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen op 11 februari 2014 door de EU-raad definitief vastgesteld en op 28 maart 2014 gepubliceerd in het Publicatieblad van de EU. Twintig dagen na publicatie, op 18 april 2014, zijn deze richtlijnen in werking getreden. Vanaf die datum hebben lidstaten twee jaar de tijd om deze aanbestedingsrichtlijnen in hun nationale wetgeving te implementeren. Uiterlijk 18 april 2016

¹⁶¹ Europa decentraal, *Deel 1, Feuilleton over voorstel nieuwe aanbestedingsrichtlijnen*, 2012, p. 2.

¹⁶² *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Part 1*, SEC 2011, 853, 27 juni 2011.

¹⁶³ Europa decentraal, *Deel 1, Feuilleton over voorstel nieuwe aanbestedingsrichtlijnen*, 2012, p. 2.

dienen deze aanbestedingsrichtlijnen dus in de Aw 2012 geïmplementeerd te zijn. Op vrijdag 3 april 2015 is het concept wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012, als onderdeel van de internetconsultatie, gepubliceerd. Deze wijziging van de wet bevat de voorstellen van de Nederlandse regering om de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen in de Aw 2012 te implementeren. Het wetsvoorstel zal na het sluiten van de internetconsultatie mogelijk nog worden aangepast. In dit rapport worden alleen die onderdelen van het concept wetsvoorstel Aw 2012 geanalyseerd die betrekking hebben op de Richtlijn 2014 en de aanbestedingsrechtelijke aspecten die behandeld zijn in dit rapport. In § 5.1 wordt geïnvventariseerd welke invloed Richtlijn 2014 heeft op de Aw 2012 ten aanzien van quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking en het clusteren van opdrachten. In § 5.2 wordt getoetst of de geformuleerde deelconclusies standhouden in het licht van het concept wetsvoorstel. De resultaten hiervan zullen verwerkt worden in § 6.1.

5.1. Gevolgen implementatie Richtlijn 2014/24/EU voor de Aanbestedingswet 2012.

In deze paragraaf wordt geïnvventariseerd tot welke wijzigingen in de Aw 2012 de implementatie van de Richtlijn 2014 gaat leiden ten aanzien van de drie aanbestedingsrechtelijke aspecten die uitgewerkt zijn in dit rapport.

Quasi-inbesteden

In hoofdstuk 3 zijn de juridische voorwaarden om over te kunnen gaan tot quasi-inbesteden uitgewerkt. Het ging hier om drie cumulatieve voorwaarden waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen om een overheidsopdracht te gunnen zonder toepassing van een aanbestedingsprocedure: het toezichtscriterium, het merendeelcriterium en het criterium dat geen privékapitaal aanwezig mocht zijn in de gecontroleerde rechtspersoon. Deze voorwaarden zijn tot stand gekomen vanuit de jurisprudentie en worden in artikel 12 van de Richtlijn 2014 gecodificeerd. In het concept wetsvoorstel wordt dit artikel in artikel 2.24a geïmplementeerd. Het toezichtscriterium wordt in lid 1 sub a uitgewerkt. Het blijft hier gaan om het uitoefenen van toezicht op die rechtspersoon zoals op hun eigen diensten. De aanbestedende dienst moet een beslissende invloed uit kunnen oefenen op strategische doelstellingen en op belangrijke beslissingen.¹⁶⁴

In artikel 12 lid 2 Richtlijn 2014 wordt daarnaast een nieuwe quasi-inbestedingsvorm geïntroduceerd die eveneens buiten de aanbestedingsprocedure valt. Deze wordt geïmplementeerd in artikel 2.24a lid 2 van het concept wetsvoorstel Aw 2012. Dit artikel bepaalt dat ook een gecontroleerde rechtspersoon, die zelf een aanbestedende dienst is, een overheidsopdracht kan verstrekken aan de aanbestedende dienst die hem controleert (moederentiteit), of aan een andere rechtspersoon (zusterentiteit) die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Hiermee wordt de uitspraak van het hof in de zaak Universität Hamburg losgelaten (zie § 3.2.1.1). Een voorwaarde is verder wel dat er geen privékapitaal aanwezig mag zijn in deze rechtspersoon aan wie de opdracht wordt gegund. Uitgezonderd wordt de deelneming van privékapitaal in het geval dat dit vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon.

In artikel 2.24a lid 1 sub b van het concept wetsvoorstel Aw 2012 wordt het merendeelcriterium geïmplementeerd. In tegenstelling tot het 90% criterium uit het Teckal arrest, is deze in lid 1 sub b

164 Concept memorie van toelichting wijziging Aanbestedingswet 2012 in verband met de aanbestedingsrichtlijnen, p. 31.

vastgesteld op 80%. In sub b wordt daarnaast verduidelijkt dat het er bij het merendeelcriterium om gaat dat 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon moet worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst. [onderstreping CH]. In lid 4 wordt aangegeven dat het percentage van 80% wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan het verstrekken van de opdracht. Artikel 2.24a lid 1 sub c gaat in op het criterium dat er geen directie participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon aanwezig mag zijn. Uitgezonderd wordt ook hier de deelneming van privékapitaal in geval welke vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon.

Publiek-publieke samenwerking

Net als bij het quasi-inbesteden zijn de juridische voorwaarden voor publiek-publieke samenwerking in de jurisprudentie bepaald. Deze voorwaarden worden eveneens in Richtlijn 2014 gecodificeerd en wel in artikel 12 lid 4. Dit artikel van de Richtlijn 2014 wordt in artikel 2.24c van het concept wetsvoorstel Aw 2012 geïmplementeerd. Indien aan de voorwaarden van artikel 2.24c wordt voldaan kan publiek-publieke samenwerking gezocht worden zonder een aanbestedingsprocedure te hoeven doorlopen. Artikel 2.24c lid 1 sub a geeft aan dat een overheidsopdracht voorziet in, of uitvoering geeft aan, samenwerking tussen deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen. Sub b geeft aan dat de invulling van die samenwerking uitsluitend mag berusten op overwegingen in verband met het openbaar belang. Sub c geeft aan dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening mogen nemen. Het percentage van 20% dient op eenzelfde wijze berekend te worden als de 80% van het merendeelcriterium, aldus lid 2.

Clusterverbod

Artikel 1.5 Aw 2012 bevat een algemene bepaling over het al dan niet samenvoegen van opdrachten. Artikel 1.5 lid 3 bevat een speciaal voorschrift inzake percelen. Bepaald wordt dat een opdracht wordt onderverdeeld in meerdere percelen tenzij de aanbestedende dienst dit niet passend acht. In dat geval dient zij dit in de aanbestedingsstukken te motiveren. Deze verplichting blijft bestaan.

5.2. De consequenties van het wetsvoorstel Aw 2102 op de geformuleerde deelconclusies.

Deelconclusie hoofdstuk 3: quasi-inbesteden

Een BVO kan een opdracht quasi-inbesteden bij een andere publiekrechtelijke rechtspersoon bijvoorbeeld een GR, wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan: De BVO moet toezicht hebben op de GR als zijnde op haar eigen diensten. Dit toezicht moet dusdanig zijn dat de BVO een beslissende invloed kan uitoefenen zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. De tweede voorwaarde is dat de GR tenminste 90% van haar werkzaamheden dient uit te voeren voor haar deelnemers. Het gaat hierbij om alle werkzaamheden die de GR verricht in het kader van haar opdracht c.q. het belang waarvoor zij is ingesteld. Het derde criterium bepaalt dat er geen privékapitaal in de GR aanwezig mag zijn. Om toezicht te verkrijgen dient een BVO vertegenwoordigd te zijn in het bestuur van de GR. De deelnemers van de colleges van het huidig bestuur van de GR kunnen de vertegenwoordiging in het

bestuur van een GR mandateren aan het bestuur van een BVO. Het bestuur van de BVO treedt dan, in plaats van de deelnemende gemeenten, in het bestuur van de GR.

Validatie

Naar aanleiding van het concept wetsvoorstel Aw 2012 behoeft de deelconclusie op een aantal punten aanpassingen. Ten eerste dient het merendeelcriterium aangepast te worden in 80%. Ten tweede is de aanwezigheid van privékapitaal toegestaan in geval dat vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon. Door de toevoeging van artikel 2.24a lid 2 concept wetsvoorstel Aw 2012, is het mandateren van de bevoegdheid om namens de deelnemende gemeenten in het bestuur van een GR vertegenwoordigt te zijn om zo te voldoen aan het toezichtscriterium, niet meer noodzakelijk. Het voorgestelde artikel 2.24a lid 2 bepaalt namelijk dat een BVO (gecontroleerde rechtspersoon) een overheidsopdracht kan verstrekken aan de aanbestedende dienst die hem controleert. Of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Een BVO zou dan een opdracht kunnen verstrekken aan een GR, zonder toepassing van de aanbestedingsprocedure, wanneer die GR door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd waar ook de BVO door wordt gecontroleerd. De BVO hoeft in dit geval niet eerst toe te treden tot het bestuur van de GR. Indien niet alle deelnemende gemeenten in de GR vertegenwoordigd zijn, dan kan de BVO geen opdracht verstrekken aan de GR. Toetreden tot de GR is dan nog steeds een eerste vereiste. Wanneer bovenstaande toegepast zou worden op in casu de BVO ABG-gemeenten betekent dit dat de BVO een opdracht, voor de groenvoorziening van de gemeenten Alphen-Chaam en Gilze en Rijen, quasi mag inbesteden bij de GR Diamantgroep omdat beide gemeenten controlerende gemeenten zijn van die GR. Maar, dit geldt dan weer niet voor de gemeente Baarle-Nassau omdat deze gemeente geen toezicht uitoefent op de Diamantgroep. Zij zal dus eerst moeten toetreden tot de GR Diamantgroep.

Deelconclusie hoofdstuk 3: publiek-publieke samenwerking

Een BVO kan een publiek-publieke samenwerking aangaan wanneer deze uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang die op beide aanbestedende diensten rusten en gekenmerkt worden door wederzijdse verplichtingen. Verder mag er geen sprake zijn van enige particuliere inbreng en mag geen enkele particuliere dienstverlener worden bevoordeeld ten opzichte van zijn concurrenten.

Validatie

Naar aanleiding van het concept wetsvoorstel behoeft deze deelconclusie een uitbreiding. Toegevoegd dient te worden dat de aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening mogen nemen. Concreet betekent dit dat het pakket van samenwerking niet meer dan 20% aan commerciële activiteiten (niet van algemeen belang) mag bevatten. Ook hier wordt deelneming van privékapitaal wanneer dit vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie toegestaan. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon

Een praktisch schematisch overzicht van quasi-inbesteden en publiek-publieke samenwerking is opgenomen in bijlage 4.

Deelconclusie hoofdstuk 4: clusterverbod

Bij iedere opdracht die aanbesteed wordt en waar de aanbestedende dienst voornemens is opdrachten (onnodig) samen te voegen, dient zij acht te slaan op de samenstelling van de markt en zich er van te vergewissen dat er nog voldoende toegang is voor bedrijven uit MKB. Wanneer een aanbestedende dienst het niet passend vindt om over te gaan tot het verdelen van de opdracht in percelen, dient zij dit te motiveren in de aanbestedingsstukken.

Validatie

Noch in de Richtlijn 2014, noch in het concept wetsvoorstel worden aanvullende bepalingen gesteld aan het huidige artikel 1.5 Aw 2012. Naar aanleiding hiervan behoeft deze deelconclusie geen aanpassing.

6. Conclusies en aanbevelingen.

Dit hoofdstuk geeft antwoord op de centrale vraag:

Welke aanbevelingen, ten aanzien van quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking en het clusteren van opdrachten, kunnen aan een bedrijfsvoeringsorganisatie zoals bedoeld in de Wgr worden gedaan wanneer deze bedrijfsvoeringsorganisatie de inkoopactiviteiten namens de gemeenten die haar hebben ingesteld gaat uitvoeren?

Het onderzoek naar de beantwoording van de centrale vraag is uitgewerkt in de hoofdstukken twee, drie en vier. Elk hoofdstuk sluit af met een deelconclusie. Deze deelconclusies en de validatie daarvan in hoofdstuk vijf vormen samen de basis voor de aanbevelingen. In § 6.1 wordt eerst ingegaan op de conclusies waarna in § 6.2 de aanbevelingen worden gedaan.

6.1. Conclusies.

In deze paragraaf worden de belangrijkste conclusies van de voorgaande hoofdstukken uiteengezet.

Hoofdstuk 2 De varianten van publiekrechtelijke samenwerking.

Binnen de Wgr zijn vijf publieke samenwerkingsvormen mogelijk: het openbaar lichaam, het gemeenschappelijk orgaan, de centrumregeling, een regeling zonder meer en sinds 1 januari 2015 ook de bedrijfsvoeringsorganisatie (BVO). Het openbaar lichaam en de BVO kennen rechtspersoonlijkheid en kunnen aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, personeel in dienst nemen en overeenkomsten afsluiten. Een gemeenschappelijk orgaan heeft beperkte rechtspersoonlijkheid en kan bijvoorbeeld geen medewerkers in dienst nemen. Ook kunnen aan een gemeenschappelijk orgaan geen regelgevende bevoegdheden worden gedelegeerd of gemandateerd. Bij een centrumgemeente wordt geen nieuw orgaan opgericht maar wordt een gemeente aangewezen die bevoegdheden namens de andere deelnemers uitoefent. Van een 'regeling zonder meer' is sprake wanneer er een lichte vorm van samenwerking tussen gemeenten is. Delegeren en mandateren van bevoegdheden is hierbij niet aan de orde.

Een BVO kent, net als het gemeenschappelijk orgaan een ongeleed bestuur in tegenstelling tot een openbaar lichaam dat een geleed bestuur heeft. Een BVO wordt ingesteld bij collegeregeling en wordt

getroffen ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen van de deelnemers. Het gaat hierbij om de bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken zoals afvalinzameling, inkoop en leerlingenvervoer. Deze taken dienen een beleidsneutraal karakter te hebben. Het belang waarvoor een BVO wordt ingesteld, dient in de regeling te worden opgenomen ter afbakening van de taken en de bevoegdheden. De colleges van de deelnemende gemeenten kunnen aanvullende bevoegdheden, nodig voor de taakuitvoering en het belang waarvoor de BVO is ingesteld, delegeren of mandateren aan het bestuur van een BVO. Wanneer de inkoopfunctie van de deelnemende gemeenten binnen de BVO gepositioneerd gaat worden, betekent dit dat de BVO aanbestedingen zal uitvoeren voor de deelnemende gemeenten. Het college neemt het besluit tot het aangaan van een privaatrechtelijke rechtshandeling op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gemw. Het college kan deze bevoegdheid mandateren aan een ondergeschikte of een niet-ondergeschikte. De uitvoering van de privaatrechtelijke rechtshandeling, bijvoorbeeld het ondertekenen van het contract, gebeurt door de rechtspersoon 'gemeente'. De gemeente wordt op grond van artikel 171 lid 1 Gemw, vertegenwoordigd door haar burgemeester. De burgemeester kan op grond van artikel 171 lid 2 Gemw deze bevoegdheid overdragen. Deze bevoegdheden kunnen dus aan het bestuur van de BVO gemandateerd te worden. Mandaat kan worden verleend aan een persoon of aan een functie. Bevoegdheden die gemandateerd worden, dienen te worden opgenomen in een mandaatregeling en te worden gepubliceerd in bijvoorbeeld een gemeenteblad. Voor het instellen van een BVO is de toestemming nodig van de gemeenteraden. Een regeling waarbij een BVO wordt ingesteld dient in alle deelnemende gemeenten bekend gemaakt te worden door kennisgeving van de inhoud daarvan in de Staatscourant.

Hoofdstuk 3 De BVO en quasi-inbesteden & publiek-publieke samenwerking.

Een BVO is een publiekrechtelijke rechtspersoon en daarmee een aanbestedende dienst. Het uitgangspunt is dat een overheidsopdracht moet worden aanbesteed, ook bij opdrachten tussen publiekrechtelijke rechtspersonen. Uitzonderingen op dit uitgangspunt zijn onder andere het quasi-inbesteden en de publiek-publieke samenwerking. Bij deze twee situaties is het, onder voorwaarden, mogelijk dat aan een BVO een opdracht quasi inbesteed bij een andere publiekrechtelijke rechtspersoon, zijnde een aanbestedende dienst, zonder hiervoor een aanbestedingsprocedure te doorlopen.

Quasi-inbesteden

De huidige mogelijkheid voor een BVO om over te kunnen tot het quasi-inbesteden van een opdracht is wanneer er aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

De eerste voorwaarde is dat de BVO toezicht moet hebben op de gecontroleerde aanbestedende dienst zoals op haar eigen diensten. Dit toezicht moet dusdanig zijn dat de BVO een beslissende invloed kan uitoefenen, zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde aanbestedende dienst, bijvoorbeeld een GR. Om toezicht te verkrijgen dient een BVO vertegenwoordigd te zijn in het bestuur van de GR. De GR waar de BVO toezicht op wil uitoefenen dient, net als de BVO, ingesteld te zijn bij collegeregeling. Op grond van artikel 30 lid 1 Wgr-nieuw kunnen de colleges de vertegenwoordiging in het bestuur van een GR mandateren aan het bestuur van een BVO. Het bestuur van de BVO treedt dan, in plaats van de deelnemende gemeenten, in het bestuur van de GR.

Wanneer meerdere aanbestedende diensten toezicht uitoefenen is het niet vereist dat iedere deelnemer afzonderlijk doorslaggevende invloed kan uitoefenen. Maar kan dit ook gezamenlijk. Het gezamenlijke toezicht moet wel structureel en functioneel van aard zijn en bovendien effectief zijn.

De tweede voorwaarde is dat de gecontroleerde aanbestedende dienst tenminste 90% van haar werkzaamheden dient uit te voeren voor haar deelnemers. Het merendeelcriterium. Het gaat hierbij om alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van haar opdracht c.q. het belang waarvoor zij is ingesteld. Om te verifiëren of aan het merendeelcriterium wordt voldaan kunnen de oprichtingsstatuten en de jaarrekeningen geraadpleegd worden.

De derde voorwaarde bepaalt dat er geen privékapitaal in de gecontroleerde aanbestedende dienst aanwezig mag zijn. Om te kunnen bepalen of er sprake is van de aanwezigheid van privékapitaal kan eerst gekeken worden of de oprichtingsstatuten voorzien in privédeelneming. In de statuten kan een artikel opgenomen zijn dat private partijen geen aandelen kunnen krijgen. Voorzien de statuten wel in openstelling dan dient, op het moment van het verlenen van de opdracht, gekeken te worden of er al privédeelneming is. Of, dat dit op korte termijn te verwachten is. Wanneer aan alle voorwaarden is voldaan kan een BVO overgaan tot het quasi-inbesteden van een opdracht bij een GR.

De mogelijkheid na de implementatie van de Richtlijn 2014, is dat een BVO een opdracht kan quasi-inbesteden bij een gecontroleerde aanbestedende dienst wanneer die aanbestedende dienst door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd als waar ook de BVO door wordt gecontroleerd. Het mandateren van het bestuur van de BVO door de colleges om namens hen zitting te nemen in het bestuur van die GR is hierbij niet noodzakelijk. Na de implementatie van de Richtlijn 2014 wordt het merendeelcriterium aangepast naar 80% en mag alleen privékapitaal in de gecontroleerde aanbestedende dienst aanwezig zijn in het geval dat dit vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren en er mag geen sprake zijn van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon. Wanneer bovenstaande toegepast zou worden op de BVO-ABG betekent dit dat de BVO een opdracht, voor bijvoorbeeld groenvoorziening voor de gemeenten Alphen-Chaam en Gilze en Rijen, kan quasi-inbesteden bij de GR Diamantgroep omdat beide gemeenten controlerende aanbestedende diensten zijn van die GR. Dit is niet van toepassing voor de gemeente Baarle-Nassau omdat deze gemeente geen toezicht uitoefent op de Diamantgroep. Zij zal dus eerst moeten toetreden tot de GR Diamantgroep.

Publiek-publieke samenwerking

De huidige situatie laat zien dat ook het aangaan van een publiek-publieke samenwerking door een BVO, ter behartiging van de sturing en beheersing van ondersteunende processen en van uitvoeringstaken van de deelnemende gemeenten niet in de parlementaire geschiedenis wordt uitgesloten en daarmee tot de mogelijkheden behoort. Deze samenwerking moet uitsluitend worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang van de beide aanbestedende diensten en gekenmerkt worden door wederzijdse verplichtingen. Deze taak mag niet verricht worden door particuliere dienstverleners en er mag geen deelneming zijn van privékapitaal. Uit wettelijke bepalingen of de doelomschrijving in statuten moeten de taken van algemeen belang blijken. Bij taken van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, dient aan vier criteria te worden voldaan:

1. het ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de markt;
2. het niet hoofdzakelijk hebben van een materieel winstoogmerk;
3. het niet zelfstandig dragen van een ondernemersrisico;
4. het bestaan van overheidsfinanciering.

Na de implementatie van de Richtlijn 2014 moet tenminste 80% van de werkzaamheden plaatsvinden in het kader van die doelstellingen van algemeen belang, 20% mag besteed worden aan commerciële activiteiten. Ook dan geldt nog steeds dat uit wettelijke bepalingen of de doelomschrijving in de statuten van de BVO de taken van algemeen belang moeten blijken.

Hoofdstuk 4 De BVO en het clusterverbod.

Bij iedere opdracht die aanbesteed wordt, waarbij een BVO voornemens is opdrachten samen te voegen, dient zij acht te slaan op de samenstelling van de markt en zich er van te vergewissen dat er voldoende toegang is voor bedrijven uit het MKB. Zij dient tevens acht te slaan op de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging voor de BVO en de markt en de mate van samenhang van de opdrachten. Wanneer de BVO het niet passend vindt om over te gaan tot het verdelen van de opdracht in percelen dient zij dit te motiveren in de aanbestedingsstukken. Vanaf de inwerkingtreding van de Aw 2012 tot op heden is er één inhoudelijke rechtszaak geweest (met hoger beroep) en zijn zes klachten neergelegd bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Uit de jurisprudentie en de adviezen van de commissie kan het volgende geconcludeerd worden:

1. het is aan een aanbestedende dienst om opdrachten of functionaliteiten samen te voegen in één opdracht, zodat aan haar behoeften wordt tegemoetgekomen;
2. de motivering “juridisch ontzorgd te worden”, waarbij ingestoken wordt op één aanspreekpunt en het feit dat maar één partij aansprakelijk gesteld kan worden bij wanprestatie of schade, lijkt gevolgd te worden door de commissie;
3. de motivering dat clustering heeft plaatsgevonden om een efficiëntere bedrijfsvoering te krijgen, wordt maar ten dele gevolgd. Een efficiëntere bedrijfsvoering hoeft niet alleen verkregen te worden met het contracteren van één partij. Harmonisatie van contracten kan ook bijdragen aan een efficiëntere bedrijfsvoering;
4. het belang van toegang tot opdrachten door het MKB weegt erg zwaar.

Daar waar de Aw 2012 zwaar insteekt op het belang van het MKB en aangeeft dat opdrachten zoveel mogelijk opgedeeld dienen te worden in percelen, is de keuze voor het instellen van een BVO vooral gelegen in het behalen van efficiëntievoordeel. In het kader van een efficiëntere bedrijfsvoering, behalen van schaalvoordelen, factuurreductie en het reduceren van kosten die met een aanbestedingsprocedure gepaard gaan, zal het de voorkeur van een BVO zijn om opdrachten als één opdracht in de markt te zetten en hiermee één partij te contracteren. Hiermee lijkt een tegenstelling te zijn ontstaan tussen de uitgangspunten van de Aw 2012 en de efficiëntie doelstelling van een BVO. Voor een BVO zal de nodige uitdaging komen te liggen bij het vinden van andere mogelijkheden om te komen tot een efficiëntere bedrijfsvoering.

6.2. Aanbevelingen.

Aan de hand van het verrichte onderzoek en de daaruit getrokken conclusies, kunnen de volgende aanbevelingen worden gedaan.

Bevoegdheden.

Het belang waarvoor een BVO, in casu de BVO-ABG, wordt ingesteld, dient in de regeling te worden opgenomen ter afbakening van de taken en de bevoegdheden. Het is belangrijk om voorafgaand aan het mandateren van bevoegdheden nauwkeurig te bepalen a) welke bevoegdheden de colleges

hebben, b) welke belangen de BVO dient te behartigen voor haar taakuitvoering, c) welke aanvullende bevoegdheden de BVO hiervoor nodig heeft en d) of de aard van de bevoegdheid zich niet verzet tegen mandatering ervan of uit een wettelijke regeling blijkt dat mandaat niet is toegelaten. Wanneer de inkoopactiviteiten door de BVO worden uitgevoerd voor en namens haar deelnemende gemeenten, is het aan te bevelen de privaatrechtelijke bevoegdheden van de colleges, op grond van artikel 160 lid 1 sub e Gemw, aan het bestuur van de BVO te mandateren. Verder is het aan te bevelen dat de BVO, na het doorlopen van een aanbesteding voor haar gemeenten, als contractpartij gaat fungeren en is het aan te bevelen om ook de bevoegdheid tot het ondertekenen van overeenkomsten te mandateren aan het bestuur van de BVO. Wanneer deze mandaten niet verleend worden ligt het besluit om een aanbesteding te doorlopen bij de individuele colleges. Daarnaast dienen de individuele gemeenten de overeenkomsten zelf te ondertekenen. In de praktijk zou dit betekenen dat er voor één gezamenlijke opdracht, bijvoorbeeld schoonmaakdiensten voor de ABG-gemeenten, drie afzonderlijke overeenkomsten zijn. Dit draagt niet bij aan een slagvaardige en efficiënte BVO.

Mandaat kan worden verleend aan een persoon of aan een functie. Het is aan te bevelen dat het mandaat wordt verleend aan een functie zodat de mandaatregeling niet steeds hoeft te worden aangepast wanneer de oorspronkelijke gemandateerde afwezig is. De gemandateerde bevoegdheden kunnen dan uitgeoefend worden door diens plaatsvervanger of waarnemer. De mandaatregeling van de gemeente Langedijk voor de BVO HALte Werk zou, ten aanzien van de privaatrechtelijke bevoegdheden, als voorbeeld kunnen dienen voor de BVO-ABG. Om eventuele discussies over het feit of de BVO al dan niet bevoegd is te voorkomen, wordt aanbevolen de gemandateerde bevoegdheden op te nemen in de mandaatregisters van de ABG- gemeenten en deze te publiceren in de eigen gemeentebladen.

Quasi-inbesteden.

Het is aan te bevelen om, voorafgaande aan het instellen van een BVO, te inventariseren in welke gemeenschappelijke regelingen de deelnemende gemeenten van die BVO participeren en of daarbij is voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden. Indien niet alle deelnemende gemeenten van een BVO participeren in de gemeenschappelijke regeling, dient onderzocht te worden in hoeverre het wenselijk is om alsnog toe te treden tot deze aanbestedende dienst. Wanneer namelijk alle deelnemende gemeenten van een BVO deelnemen in een gemeenschappelijke regeling, is het voor een BVO mogelijk een opdracht quasi in te besteden bij deze gemeenschappelijke regeling zonder toepassing van een aanbestedingsprocedure.

Publiek-publieke samenwerking.

Het verdient aanbeveling om in doelomschrijving van de regeling van een BVO nauwkeurig aan te geven aan welke taken van algemeen belang de BVO uitvoering dient te geven. Dit om de scope van een eventuele publiek-publieke samenwerking te bepalen.

Clusterverbod.

Gezien het spanningsveld dat lijkt te bestaan tussen de doelstellingen van de Aw 2012 en de doelstellingen van een BVO, wordt aanbevolen om, voorafgaand aan een eventuele samenvoeging van opdrachten, goed te onderzoeken of dit daadwerkelijk bijdraagt aan de efficiëntie en effectiviteit. Het is aan te bevelen om de motivering in de aanbestedingsstukken meer te baseren op het te behalen effectiviteitsvoordeel. Hierbij kan gedacht worden aan functionele en/of technische samenhang van opdrachten. Daarnaast wordt aanbevolen om te onderzoeken of door harmonisatie van het inkoopbeleid, de inkoopprocessen, de aanbestedingsdocumenten, het contractbeheer en het contractmanagement efficiëntievoordeel kan worden behaald.

7. Evaluatie.

Het uitgevoerde onderzoek is naar tevredenheid verlopen. In het begin was de structuur van het onderzoek nog niet helder wat heeft geleid tot een aantal wijzigingen ten opzichte van het oorspronkelijke onderzoeksplan, de juiste afbakening en het formuleren van de centrale vraag.

Waar bij de aanvang, het onderzoek zich alleen zou richten op de BVO-ABG, is dit later bijgesteld en over besluiten om een BVO in te stellen. Het doel van dit onderzoek is er op gericht om aan de SIW-gemeenten, die voornemens zijn een BVO in te stellen voor de bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken, eenduidige adviezen te kunnen geven over de aanbestedingsrechtelijke aspecten van quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking en het clusteren van opdrachten. Ook is in het onderzoek ingegaan op aanvullende bevoegdheden die een BVO vanuit de colleges moet verkrijgen om namens de gemeenten privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Op het moment van schrijven van dit rapport was er nog geen BVO ingesteld waarin alle bedrijfsvoerings- en uitvoeringstaken in waren ondergebracht. Vergelijkend onderzoek naar hoe andere BVO's met deze aanbestedingsrechtelijke aspecten zijn om gegaan, heeft dan ook niet plaats kunnen vinden. Desalniettemin bevat dit rapport waardevolle aanbevelingen die op korte termijn aan de BVO-ABG gecommuniceerd zullen worden zodat zij deze aanbevelingen mee kunnen nemen in de verdere inrichting van de BVO.

Lijst van geraadpleegde literatuur en overige bronnen

De Greef 2008

R.J.M.H. de Greef, *De gemeenschappelijke regeling: onbegrepen, onbekend en onbemind!*, Gemeentestem 2008/107: Deventer: Kluwer (online).

De Greef 2010

R.J.M.H. de Greef m.m.v. F. Maas, *Samenwerking tussen decentrale overheden, een nadere analyse op grond van gemeenschappelijke regelingen*, Den Haag: Ministerie van BZK en Berenschot 2010.

De Greef 2012

R.J.M. H. de Greef, *Over centrumgemeenten, centrumconstructies en centrumregelingen*, Gemeentestem 2012/95: Deventer: Kluwer (online).

De Greef 2013

R.J.M.H. de Greef e.a., *Intergemeentelijke samenwerking toegepast; Handreiking voor toepassing van de Wet gemeenschappelijke regelingen*, Den Haag: VNG oktober 2013.

De Greef 2013

R.J.M.H. de Greef, *'De wet gemeenschappelijke regelingen en dualisering van het gemeente- en provinciebestuur, deel 1'*, Gemeentestem 2013/125: Deventer: Kluwer (online).

EUROPA decentraal 2008

Notitie Europees aanbesteden, staatssteun en SW bedrijven, november 2008.

EUROPA decentraal 2012

Een publicatie over de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en de mogelijke impact voor decentrale overheden, februari 2012.

EUROPA decentraal 2012

Deel 1 Feuilleton over voorstel nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, 2012.

Europese Commissie, 2011

WERKDOCUMENT VAN DE DIENSTEN VAN DE COMMISSIE betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), 4 oktober 2011.

Europese Commissie, 2011

Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation, Part 1, SEC 2011, 853, 27 juni 2011.

Konijnenbelt, Van Male & Van Wijk 2014

W. Konijnenbelt, R. Van Male en H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Kuypers & Heringa 2014

P. Kuypers, L. Heringa, *Boom Basics Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

Palstra 2008

R.B. Palstra e.a., *Samenwerking tussen gemeenten op basis van de Wgr, praktijkvoorbeelden, dilemma's en kansen*, Den Haag: VNG 2008.

Rijksoverheid 2014

Publicatie Rijksoverheid, Q&A's intergemeentelijke samenwerking, Den Haag, 8 december 2014.

Romburgh 2014

H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht: een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014.

Interne documenten

Eindadvies van het onderzoek naar mogelijkheden van samenwerking op het gebied van bedrijfsvoering tussen de gemeenten Woensdrecht, Steenbergen en Bergen op Zoom: *Samenwerken is vermenigvuldigen, focus op elkaars kwaliteiten en kansen scheppen*, Steenbergen, 24 februari 2014.

Voorlopige aanbevelingen van de Adviescommissie Krachtig bestuur in Brabant aan de gemeenten in Midden-Brabant, de regio Midden-Brabant, de provincie Noord-Brabant en de Vereniging van Brabantse gemeenten, 21 november 2012.

Internet bronnen

www.commissievanaanbestedingsexperts.nl
www.curia.europa.eu
www.europa.eu
www.europadecentraal.nl
www.europeseaanbestedingen.eu
www.gemeente.nu
www.kvdl.nl
www.nederlandrechtsstaat.nl
www.overheid.nl
www.pianoo.nl
www.recht.nl
www.rechtspraak.nl
www.rijksoverheid.nl
www.tenderned.nl
www.vng.nl

Wet –en regelgeving

Aanbestedingswet 2012
Aanbestedingsbesluit
Algemene wet bestuursrecht
Gemeentewet

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PbEU L 134)

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU L 94)

Wet gemeenschappelijke regelingen

Wijziging Wet gemeenschappelijke regelingen in verband met onder andere de dualisering van het gemeente- en provinciebestuur en de invoering van een bedrijfsvoeringsorganisatie met rechtspersoonlijkheid

Parlementaire stukken

Wgr

Kamerstukken II, 2013/14, 33579 nr. 2 en 3

Kamerstukken II, 2012/13 33597 nr. 4

Kamerstukken II, 2012/13, 33597 nr. 5

Kamerstukken II, 2012/13, 33597 nr. 6

Kamerstukken I, 2013/14, 33597 nr. B

Kamerstukken I, 2013/14, 33597 nr. C

Kamerstukken II, 1980/81, 16538 nr. 3

Awb

Kamerstukken II, 1996/97, 25280, nr. 3

Aw2012

Kamerstukken II, 2009/10, 32440 nr. 3

Kamerstukken II, 2011/12, 32440 nr. 4

Kamerstukken II, 2010/11, 32440 nr. 9

Concept wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012

Concept memorie van toelichting wijziging Aanbestedingswet 2012 in verband met aanbestedingsrichtlijnen

Jurisprudentie

Hof van Justitie

HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96 (Mannesmann)

HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal)

HvJ EG 16 oktober 2003, zaak C-283/00 (SIEPSA)

HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03 (Stadt-Halle)

HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (Coname)

HvJ EG 11 mei 2006, zaak C-340/04 (Carbotermo)

HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (Asemfo/Tragsa)

HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (Coditel)

HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06 (Commissie/Duitsland)

HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07 (Sea)

HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-196/08 (Acoset)
HvJ EU 19 december 2012, zaak C-159/11 (ASL di Lecce)
HvJ EU 13 juni 2013, zaak C-386/11 (Piepenbrock)
HVG EU 8 mei 2014, zaak C-15/13 (Universität Hamburg)

Gerechtshof

Hof Arnhem-Leeuwaren 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122

Rechtbank

Rb. Leeuwarden 27 januari 2013, ECLI:NL:RBL EE:2010:BL0852
Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763

DE BVO ALS INKOPER

EEN ONDERZOEK NAAR DE AANBESTEDINGSRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN VAN QUASI-INBESTEDEN, PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING EN HET CLUSTEREN VAN OPDRACHTEN DOOR EEN BEDRIJFSVOERINGSORGANISATIE.

BIJLAGEN

Bijlagen afstudeerscriptie

Naam	Claudia Heurter
Studentnummer	2195523
Afstudeerorganisatie	Stichting Inkoopbureau West-Brabant
Afstudeermentor	de heer ir. H.A. Jongenelen
Opleiding	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling	Juridische Hogeschool Avans-Fontys Tilburg
Eerste afstudeerdocent	mevrouw mr. M.J. van Loon
Tweede afstudeerdocent	mevrouw mr. N. Vermijs

Poppel, 31 mei 2015

Inhoudsopgave

Bijlage 1: Interview Irene Makelaar; BVO HALte Werk van 28 april 2015.....	55
Bijlage 2: Mandaatregeling gemeente Langedijk.....	57
Bijlage 3: Advies AKD inbesteden WAVVA/GO!, kenmerk MAV, van 6 juni 2012.....	60
Bijlage 4: Stroomschema's quasi-inbesteden en publiek-publieke samenwerking.....	67

Bijlage 1: Interview Irene Makelaar; BVO HALte Werk van 28 april 2015.

Uw organisatie BVO HALte Werk is sinds 1 januari 2015 de eerste BVO in Nederland.

Vraag 1: Welke specifieke redenen hebben ten grondslag gelegen aan de keuze voor een BVO in plaats van voor een openbaar lichaam?

Antwoord: Er is gekozen voor een BVO als samenwerkingsvorm gezien de lichte samenwerkingsvorm met een ongeleed bestuur. Hierdoor kan de BVO slagvaardiger optreden, de overhead reduceren en kan zij zich echt richten op haar uitvoeringstaken.

Vraag 2: Kunt u iets vertellen over de organisatie? De samenstelling van het bestuur en de grootte van de organisatie van HALte Werk?

Antwoord: In de BVO zijn de sociale diensten van de gemeenten Heerhugowaard, Alkmaar en Langedijk samengevoegd. De BVO richt zich namens de deelnemende gemeenten op uitkeringen, bijzondere bijstand en (preventieve) schuldhulpverlening. Er werken honderddertig mensen en het bestuur bestaat uit de drie wethouders afkomstig van de deelnemende gemeenten. Elke wethouder heeft een plaatsvervanger. Afhankelijk van het onderwerp wordt er met respectievelijk drie of zes wethouders overleg gevoerd.

Een BVO is een collegeregeling. Dit betekent dat alleen bevoegdheden van de colleges gedelegeerd dan wel gemandateerd kunnen worden.

Vraag 3: Zijn er bevoegdheden door de colleges gedelegeerd?

Antwoord: Nee, er zijn geen bevoegdheden gedelegeerd.

Vraag 4: Zijn die voor de colleges van de deelnemende gemeenten identiek?

Antwoord: n.v.t. zie antwoord op vraag 3.

Vraag 5: Welke bevoegdheden zijn aan uw organisatie gedelegeerd? (indien niet identiek dan graag uitsplitsen per deelnemende gemeente)

Antwoord: n.v.t. zie antwoord op vraag 3.

Vraag 6: Zijn er bevoegdheden door de colleges gemandateerd?

Antwoord: Ja er zijn wel bevoegdheden gemandateerd.

Vraag 7: Zijn die voor alle colleges van de deelnemende gemeenten identiek?

Antwoord: Ja.

Vraag 8: Welke bevoegdheden zijn aan uw organisatie gemandateerd? (indien niet identiek dan graag uitsplitsen per deelnemende gemeente).

Antwoord: Zie hiervoor de mandaatregeling. (bijlage 2; mandaatregeling Langedijk)

Machtiging verlenen om namens de deelnemende gemeente privaatrechtelijke handelingen te verrichten wordt volmacht genoemd.

Vraag 9: Is er door de colleges volmacht verleend?

Antwoord: Ja.

Vraag 10: Is die volmacht van de colleges van de deelnemende gemeenten identiek?

Antwoord: Ja.

Vraag 11: Voor welke specifieke privaatrechtelijke handelingen is aan uw organisatie volmacht verleend?

Antwoord: zie mandaatregeling Langedijk.

Een BVO is een publiekrechtelijk rechtspersoon en mag voor haar eigen organisatie privaatrechtelijke rechtshandelingen verrichten. Zo mag u personeel aannemen, aanbestedingstrajecten uitvoeren en overeenkomsten afsluiten. Als publiekrechtelijk rechtspersoon valt een BVO onder de definitie van een aanbestedende dienst.

Dit betekent dat u de gemeenschapsgelden zorgvuldig dient uit te geven conform vigerende wet- en regelgeving (waaronder de aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit).

Vraag 12: Beschikt uw organisatie over een inkoopafdeling of over inkoopadviseurs?

Antwoord: Nee. Wij maken gebruik van het shared service center in oprichting.

Vraag 13: Heeft uw organisatie een eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid?

Antwoord: Ja. De BVO heeft een eigen inkoopbeleid, volledig in lijn met het inkoopbeleid van de HAL-gemeenten, maar zij heeft ten aanzien van het inkopen van leveringen en diensten een gedwongen winkelnering bij het, nog op te richten, shared service center van de HAL-gemeenten. In het shared service center zullen te zijner tijd alle bedrijfsvoeringstaken van de HAL-gemeenten worden ondergebracht. In welke vorm, een BVO of een (overheids-) N.V., is nog een onderwerp van studie.

Vraag 14: Werkt uw organisatie met andere publiekrechtelijke rechtspersonen samen ter behartiging van uw taakstelling?

Antwoord: Er is op dit moment geen publiek-publieke samenwerking met andere organisaties.

Vraag 15: Indien u vraag 14 bevestigend hebt beantwoord, is de vraag met welke organisaties u samenwerkt.

Antwoord: n.v.t. zie antwoord op vraag 14.

Vraag 16: Zijn er wellicht nu al belangrijke ervaringen of lessons-learned die voor de opzet, inrichting en werking van een BVO van belang zijn?

Antwoord: Begin op tijd! Vooral het overgaan van personeel van de gemeenten naar de BVO vergt veel tijd. Dit is bij ons niet op tijd gerealiseerd waardoor het personeel nu nog via detacheringscontracten bij de BVO tewerk is gesteld. Ook kleinere zaken zoals bijvoorbeeld de huisstijl van de BVO vragen veel aandacht.

GEMEENTEBLAD

Officiële uitgave van gemeente Langedijk.

Nr. 12416

11 februari

2015

Mandaatregeling Halte Werk

Het college van burgemeester en wethouders van gemeente Langedijk heeft besloten om mandaat en volmacht te verlenen aan bestuur en directie van Halte Werk, met een mogelijkheid van ondermandaat door (meestentijds) de directeur. De ondermandaatverlening wordt daarmee, binnen de aangegeven grenzen, een verantwoordelijkheid van Halte Werk zelf. Met de mandaatregeling sluit Langedijk aan bij de mandaatregeling zoals ook is vastgesteld door B&W van Alkmaar en B&W van Heerhugowaard. Het besluit geldt met terugwerkende kracht per 1 januari 2015. Hiermee wordt de nieuwe organisatie Halte Werk in staat gesteld haar taken uit te oefenen en rechtsgeldige besluiten te nemen, namens de deelnemende gemeenten.

Gemeente Langedijk Register Mandaat en bevoegdheden 2015 Halte Werk

Omschrijving bevoegdheid	Bevoegdheid van	Mandaat/ volmacht/ machtiging verleend aan	Onder mandaat / volmacht/ machtiging toegestaan	Ondermandaat / volmacht/ machtiging verleend aan	Bijzonderheden/ uitzonderingen
Rechtshandelingen inzake (ver)kopen/(ver)huren van (on)roerende zaken	college van B&W	Bestuur Halte Werk	nee		
Rechtshandelingen inzake opdrachtverlening en aanneming van werken als bedoeld in artikel 7:750 BW	college van B&W	Bestuur Halte Werk	nee		
Rechtshandelingen inzake opdrachtverlening en aannemen van opdracht als bedoeld in artikel 7:400 BW	College van B&W	Bestuur Halte Werk	nee		
Verrichten overige privaatrechtelijke rechtshandelingen voor zover het werkgebied betreffend	College van B&W	Bestuur Halte Werk	ja		
Verrichten overige publiekrechtelijke handelingen voor zover het werkgebied betreffend	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja		
Besluiten op grond van Titel 4.4 Awb bestuurlijke geldschulden	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja		
Verrichten van feitelijke handelingen voor de gemeente voor zover het werkgebied betreffend	College van B&W	Bestuur/Directeur Halte Werk/medewerkers	Nee		
Vaststellen verschuldigdheid en hoogte van de dwangsom en tot het terugvorderen van onverschuldigd betaalde dwangsom als bedoeld in de artikelen 4:18 en 4:20 van de Algemene wet bestuursrecht (te laat beslissen)	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja		
Vertegenwoordigen van de gemeente bij civielrechtelijke rechtshandelingen	Burgemeester	Bestuur Halte Werk	ja		
Aangaan/ondertekenen overeenkomsten inzake budgetbeheer.	College van B&W/burgemeester	Directeur Halte Werk	ja		
Aangaan en ondertekenen overeenkomsten inzake schuldregeling betreffende de door Halte Werk uit te voeren wetten (als genoemd in artikel 1, sub a van de gemeenschappelijke regeling)	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja		

Afgeven verklaring als bedoeld in artikel 285, lid 1 Faillissementswet (WSNP-verklaring)	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	
Aangaan en ondertekenen overeenkomsten inzake financieel beheer	College van B&W burgemeester	Directeur Halte Werk	ja	
Besluiten op grond van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	
Besluiten op grond van de Wet werk en bijstand, het Besluit bijstandverlening zelfstandigen 2004 (Bbz 2004), de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijke arbeidsongeschikte werkloze werknemers (IOAW), de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijke arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen (IOAZ), de Wet kinderopvang en kwaliteitseisen peutersalen (VWko), de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (SUWI) en de Participatiewet en de bij en krachtens die wetten vastgestelde beleid en regelgeving.	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Mandaat geldt voor toekennings-, herzienings-, wijzigings-, beëindigings-, en intrekkingbesluiten niet zijnde terug- en invorderingsbesluiten, verhaalsbesluiten, herzieningsbesluiten inzake terugvordering of verhaal, schuldhulpverleningsbesluiten of besluiten Bbz 2004. Ondermandaat niet toegestaan aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met invorderings- en terugvorderingsbesluiten en/of boetebesluiten
Het namens de gemeente optreden (met recht van substitutie en assumptie) inzake verhaal in rechte	College van B&W	Bestuur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met verhaals- en invorderingsbesluiten
Besluiten inzake dwanginvordering bestuursrechtelijke geldschulden betreffende de door Halte Werk uit te voeren wetten (als genoemd in artikel 1, sub a van de gemeenschappelijke regeling)	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Verlenen kwijtschelding niet afgelost krediet en besluiten tot afboeken oninbare bedragen bedrijfskrediet ingevolge BBZ 2004	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat voor bedragen tot € 50.000 slechts toegestaan aan afdelingshoofden; Ondermandaat voor bedragen tot € 10.000, slechts toegestaan aan medewerkers met een senior functie
Besluiten tot het voeren van gerechtelijke (incasso)procedures betreffende de door Halte Werk uit te voeren wetten (als genoemd in artikel 1, sub a van de gemeenschappelijke regeling)	College van B&W	Bestuur/Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Aangaan incassocontract met gerechtsdeurwaarder	College van B&W burgemeester	Directeur Halte Werk		Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Het verlenen van incasso-opdrachten (incl. het voeren van incassoprocedures) aan de gerechtsdeurwaarder	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-

Het treffen van schikkingen (dan wel verlenen van toestemming daartoe aan de gerechtsdeurwaarder) met debiteuren tijdens incassoprocedures	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	,invorderingsbesluiten en boetebesluiten Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Besluiten (dan wel verlenen van toestemming daartoe aan gerechtsdeurwaarder) tot afgifte rentebesikkingen (art. 4:99 Awb)	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Besluiten op grond van de Participatiewet, IOAW, IOAZ, Bbz 2004 m.b.t. het nemen van terugvorderings-, invordering- en boetebesluiten	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Besluiten op grond van de WWIK, WIJ, Abw tot het nemen van invorderingsbesluiten	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten
Besluiten op grond van de Participatiewet m.b.t. verhaal onderhoudsplicht en verhaal nalatenschap en invordering verhaal onderhoudsplicht en verhaal nalatenschap	College van B&W	Directeur Halte Werk	ja	Ondermandaat is voorbehouden aan afdelingshoofden/medewerkers die belast zijn met terugvorderings-, verhaals-, invorderingsbesluiten en boetebesluiten

MEMO



AAN	Wim Veldhuis Deloitte	VAN	M.J. Vidal en L.L. Bremmer advocaat
		TELEFOON	+31 (0) 88 253 50 52
		FAX	+ 31 (0) 88 253 50 50
		E-MAIL	mvidal@akd.eu
DATUM	6 juni 2012		
ONS KENMERK	MAV		
KOPIE AAN			
ONDERWERP	!GO / advies inbesteding		

I. INLEIDING

- 1.1. De gemeenten Aalburg, Drimmelen, Geertruidenberg, Oosterhout, Werkendam en Woudrichem (hierna ook te noemen: "**Gemeenten**") hebben via hun gemeenschappelijke regeling WAVA het uitvoeringsbedrijf !GO B.V. (hierna ook te noemen **!GO**) opgericht voor de tewerkstelling van personen met een afstand tot de arbeidsmarkt.
- 1.2. De vraag is of bij het verlenen van opdrachten in het kader van de Wet sociale werkvoorziening ('Wsw') aan !GO een beroep kan worden gedaan op de uitzondering op het Europese aanbestedingsrecht 'inbesteden'. !GO komt in haar nota 'Waar een wil is, is een weg! Van !GO (hierna te noemen: "**Nota van !GO**") tot de conclusie dat het verlenen van opdrachten via inbesteding door de deelnemende Gemeenten juridisch mogelijk is.
- 1.3. Deze vraag zullen wij in dit advies behandelen aan de hand van de volgende ontvangen stukken: (1) nota 'Waar een wil is, is een weg! Van !GO (niet gedateerd); (2) advies Deloitte d.d. 18 januari 2012.
- 1.4. Wij komen in dit advies tot de conclusie dat bij het verlenen van een overheidsopdracht aan !GO een beroep kan worden gedaan op de uitzondering op de plicht om aan te besteden 'inbesteden'. De verhouding tussen de gemeenten en !GO lijkt te kunnen voldoen aan beide vereisten; (1) toezicht (als op eigen diensten) door Gemeenten op !GO en (2) het merendeel van de werkzaamheden worden verricht voor de Gemeenten.

AKD is een handelsnaam van AKD Prinsen Van Wijmen bvba, RPR Brussel, BTW nr. BE 0463.349.796. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD Prinsen Van Wijmen bvba. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de algemene voorwaarden van toepassing waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.eu.

AKD: #4402451v7

DATUM 6 juni 2012
ONS KENMERK MAV
PAGINA 2 van 7

II. FEITEN EN ACHTERGRONDEN

- 2.1. Mocht één of meer van de feiten in die advies de daadwerkelijke situatie niet juist weergeven, dan vernemen wij dat graag, aangezien dat van invloed kan zijn op onze advisering.
- 2.2. De deelnemende gemeenten (gemeente Aalburg, Drimmelen, Geertruidenberg, Oosterhout, Werkendam en Woudrichem) hebben de Gemeenschappelijke Regeling Werkvoorzieningsschap WAVA (hierna ook te noemen: '**GR WAVA**') opgericht. Uit artikel 2 lid 2 Wsw volgt de bevoegdheid van het college van burgemeester en wethouders om een privaatrechtelijke rechtspersoon aan te wijzen voor de uitvoering van de Wsw. De GR WAVA heeft hiertoe als uitvoerend bedrijf !GO B.V. opgericht met GR WAVA als enig aandeelhouder.
- 2.3. De volledige wettelijke taak op grond van de Wsw die opgedragen is aan het college, en die het college ter uitvoering heeft opgedragen aan !GO is tweeledig. Allereerst dienen aan mensen die via sociale werkvoorziening werk verrichten zo regulier mogelijke werkplekken aangeboden te worden. Daarnaast dient het werk dat met die werkplekken wordt geleverd, vergoed te worden tegen marktconforme tarieven.
- 2.4. Het verlenen van opdrachten in het kader van de Wsw door de Gemeenten lijkt te kunnen kwalificeren als overheidsopdracht voor diensten (mogelijk concessie voor diensten). Gelet op de vraagstelling, nemen wij dit als aanname aan in ons advies en zullen wij hierop niet verder ingaan. Indien de geraamde waarde van deze opdrachten boven de Europese drempelwaarde van EUR 200.000 ligt, zal een gemeente de Europese Aanbestedingsrichtlijn 2004/18 en het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao') in acht moeten nemen.
- 2.5. Uit de Nota van !GO volgt dat !GO heeft onderzocht of een beroep kan worden gedaan op de uitzondering 'inbesteding' in onderhavige situaties. !GO verricht naar wij hebben begrepen het merendeel (meer dan 90%) van haar werkzaamheden voor de Gemeenten. In dit advies zullen wij nader bestuderen of een beroep op inbesteding juridisch houdbaar is. Wij gaan niet in op andere uitzonderingen op de aanbestedingsregels.

III. INBESTEDING

- 3.1. Het verlenen van een opdracht middels inbesteden wordt gezien als een interne opdrachtverlening binnen de organisatie van - in dit geval - de gemeente. Een gemeente heeft de bevoegdheid om publieke taken te vervullen met eigen administratieve, technische en andere middelen zonder daarbij een beroep te doen

op derden die niet behoren tot de eigen organisatie.¹ Bij het verlenen van een 'interne opdracht' is het Europese aanbestedingsrecht niet van toepassing.

3.2. De uitzonderingsmogelijkheid van inbesteding volgt niet uit de Aanbestedingsrichtlijn (of het Bao), maar vloeit voort uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna ook te noemen: '**Hof**'). Uit de jurisprudentie kunnen een tweetal criteria worden onderscheiden waaraan moet worden voldaan om een beroep te kunnen doen op inbesteden; 1) toezicht zoals op eigen diensten en 2) het uitvoeren van het merendeel van de werkzaamheden voor de aanbestedende dienst of aanbestedende diensten die hem beheersen.

3.3. Uit de jurisprudentie volgt dat de criteria als volgt kunnen worden ingevuld²:

- Toezicht criterium
 - o Private ondernemingen mogen geen invloed hebben op !GO, bijvoorbeeld:
 - een expliciete vermelding hiervan in de statuten van !GO;
 - alleen een aanbestedende dienst (publieke lichamen) kunnen invloed hebben op !GO (dus geen private partijen)
 - o Belangrijke mate van toezicht door Gemeenten op !GO, bijvoorbeeld:
 - de Gemeenten moeten een beslissende invloed hebben op belangrijke strategische en commerciële beslissingen van !GO.
- Merendeel criterium
 - o !GO dient het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten ten behoeve van de Gemeenten en GR WAVA die !GO beheersen.

Toezichtcriterium

3.4. Aan het toezichtcriterium lijkt in de situatie van !GO te zijn voldaan. GR WAVA is enig aandeelhouder van !GO. Vaststelling of wijziging van de statuten van !GO behoeft voorafgaande goedkeuring van het Algemeen Bestuur. Momenteel is !GO volledig in overheidshanden en voor enige verandering is instemming nodig van het bestuur en daarmee de achterliggende gemeenten.

3.5. Om de invloed van private ondernemingen op !GO ook voor de toekomst uit te

¹ Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op betrekking tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking") d.d. 4 oktober 2011, pagina 5 en 6.

² Dit volgt uit onder meer de arresten HvJ 18 november 1999, Teckal, zaak C-107/98; HvJ 21 juli 2005, Coname, C-231/03; HvJ 11 januari 2005, Stadt Halle, zaak C-26/03; HvJ EG 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, zaak C-29/04; HvJ 13 oktober 2005, Parking Brixen, zaak C-458/03 en HvJ 11 mei 2006, Cabotermo en Consorzio Alisei (AGESP), zaak C-340/04

sluiten adviseren wij om specifiek een artikel op te nemen in de statuten van !GO dat voorziet dat private partijen geen aandelen kunnen verkrijgen.

Merendeel criterium

- 3.6. Of aan het merendeelcriterium wordt voldaan, staat in het onderhavige geval ter discussie.
- 3.7. Uit de Europese jurisprudentie volgt dat het merendeel van de werkzaamheden verricht dienen te worden voor het overheidslichaam (of lichamen) dat haar beheerst. Dit vereiste volgt – onder meer - uit het Carbotermo arrest³: voor een onderneming die het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend voor het toezichthoudende overheidslichaam verricht, is bescherming van de mededinging niet van toepassing, omdat er geen sprake is van mededinging.
- 3.8. De Gemeenten hebben aan !GO de opdracht verleend voor het uitvoeren van haar (volledige) wettelijke taak in het kader van de Wsw. Deze taak bestaat uit het tewerkstellen van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt ter uitvoering van de Wsw en vervolgens het bemiddelen in arbeidsplekken tegen een marktconforme vergoeding. Deze arbeidsplekken worden echter niet enkel gerealiseerd bij de Gemeenten zelf, maar hiertoe worden mensen met arbeidsbegeleiding ook te werk gesteld bij (private) ondernemingen.
- 3.9. Het aandachtspunt binnen de beoordeling of er aan het merendeelcriterium wordt voldaan, is de tewerkstelling bij private ondernemingen. De vraag of deze tewerkstellingen binnen de werkzaamheden vallen die !GO voor de Gemeenten verricht, dient beantwoord te worden aan de hand van de volgende overwegingen uit het Carbotermo arrest⁴:

"Wat de vraag betreft of in deze context enkel rekening moet worden gehouden met de omzet uit voor het toezichthoudende overheidslichaam verrichte activiteiten dan wel met de omzet die is behaald op het grondgebied van dit lichaam, moet ervan worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is welke de betrokken onderneming behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers.

De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een onderneming waaraan een opdracht is gegend zijn immers alle werkzaamheden die zij verricht in het kader van

³ HvJ 11 mei 2006, *Cabotermo en Consorzio Alisei (AGESP)*, zaak C-340/04.

⁴ *Idem* noot 3, r.o. 65 -66.

DATUM 6 juni 2012
ONS KENMERK MAV
PAGINA 5 van 7

een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert.” [onderstreping MAV]

- 3.10. Daarnaast volgt uit een recent Werkdocument van de diensten van de Europese Commissie inzake publiek-publieke samenwerking⁵ dat:

“... alle werkzaamheden die de interne entiteit verricht in het kader van een door de aanbestedende dienst gegunde opdracht. Deze beoordeling geldt ongeacht de identiteit van de begunstigde (ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert), ongeacht wie de opdrachtnemer betaalt (de controlerende dienst dan wel derden-gebruikers van de diensten) en ongeacht het grondgebied waarop deze diensten worden verricht.”⁶

- 3.11. Hieruit volgt dat alle werkzaamheden die !GO verricht in het kader van haar opdracht (het uitvoeren van de wettelijke taak), werkzaamheden zijn die in aanmerking mogen worden genomen voor het merendeel criterium, aangezien dit werkzaamheden zijn die !GO verricht ten behoeve van de Gemeenten. Ook tewerkstellingen bij (private) ondernemingen mogen dus bij deze werkzaamheden worden gerekend. Dat deze werkzaamheden niet door de Gemeenten worden betaald, maar door derden ((private) ondernemingen), maakt dit niet anders.
- 3.12. Werkzaamheden die !GO uitvoert buiten de opdracht tot het uitvoeren van de wettelijke taak, dienen wel marginaal te zijn. Uit de jurisprudentie van het Hof volgt tot nu toe dat dit niet meer dan 10% mag zijn. Naar wij hebben begrepen van !GO worden zeer marginaal opdrachten verricht voor andere opdrachtgevers. Dit blijkt tevens uit het jaarverslag van !GO 2010. Nog geen 1% van haar omzet wordt bij andere opdrachtgevers behaald.⁷ Verondersteld kan daardoor worden dat !GO slechts heel marginaal werkzaamheden uitvoert voor andere dan GR WAVA en de Gemeenten.
- 3.13. De verhouding Gemeenten / GR WAVA - !GO voldoet in dit geval aan beide vereisten, zodat gesteld kan worden dat er een beroep gedaan kan worden op de uitzondering van inbesteden.

IV. ADVIES DELOITTE

- 4.1. Op 18 januari 2012 heeft Deloitte een second opinion gegeven over de Nota. Met

⁵ Werkdocument van de diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op betrekking tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking") d.d. 4 oktober 2011.

⁶ Idem, pagina 12 en 13.

⁷ Jaarverslag !GO B.V. pagina 26

betrekking tot de mogelijkheid van inbesteden komt Deloitte tot de conclusie dat niet kan worden voldaan het merendeel criterium en dus geen beroep kan worden gedaan op de uitzonderingen van inbesteden. Deloitte legt het merendeel criterium aldus uit dat !GO niet alleen het merendeel van haar werkzaamheden in opdracht van de Gemeenten moet uitvoeren, maar ook *bij* de Gemeenten en betaalt door de Gemeenten.

- 4.2. Zoals uit de hiervoor aangehaalde passages blijkt naar onze mening dat dit geen juiste uitleg is. Doorslaggevend lijkt ons namelijk wie de opdracht geeft voor de tewerkstelling. Wie vervolgens betaalt voor de diensten is daarbij niet relevant. Zolang !GO overwegend opdrachten voor de Gemeenten blijft uitvoeren, lijken de Gemeenten dit te kunnen doen via een beroep op inbesteding.

V. NIEUWE CONCEPT AANBESTEDINGSRICHTLIJN

- 5.1. Het Commissievoorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn van 20 december 2011⁸ sluit hoofdzakelijk aan bij de jurisprudentie van het Hof over inbesteding. In tegenstelling tot de oude richtlijn, is in het nieuwe voorstel een artikel over inbesteding opgenomen. Artikel 11 lid 3 van het Commissie voorstel is als volgt:

"3) *Een aanbestedende dienst die geen toezicht over een rechtspersoon uitoefent in de zin van lid 1, kan niettemin zonder de bepalingen van deze richtlijn toe te passen een opdracht gunnen aan een rechtspersoon die hij gezamenlijk met andere aanbestedende diensten controleert, wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:*

- (a) de aanbestedende diensten oefenen op de betrokken rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit zoals op hun eigen diensten;*
- (b) ten minste 90% van de activiteiten van deze rechtspersoon wordt verricht voor de controlerende aanbestedende diensten of andere rechtspersonen die door dezelfde aanbestedende diensten worden gecontroleerd;*
- (c) er is geen privé-deelneming in de gecontroleerde rechtspersoon.*

Voor de toepassing van punt a) worden aanbestedende diensten geacht gezamenlijk toezicht uit te oefenen over een rechtspersoon wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- (a) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende*

⁸ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, COM (2011) 896 Definitief van 20 december 2011.

DATUM 6 juni 2012
ONS KENMERK MAV
PAGINA 7 van 7

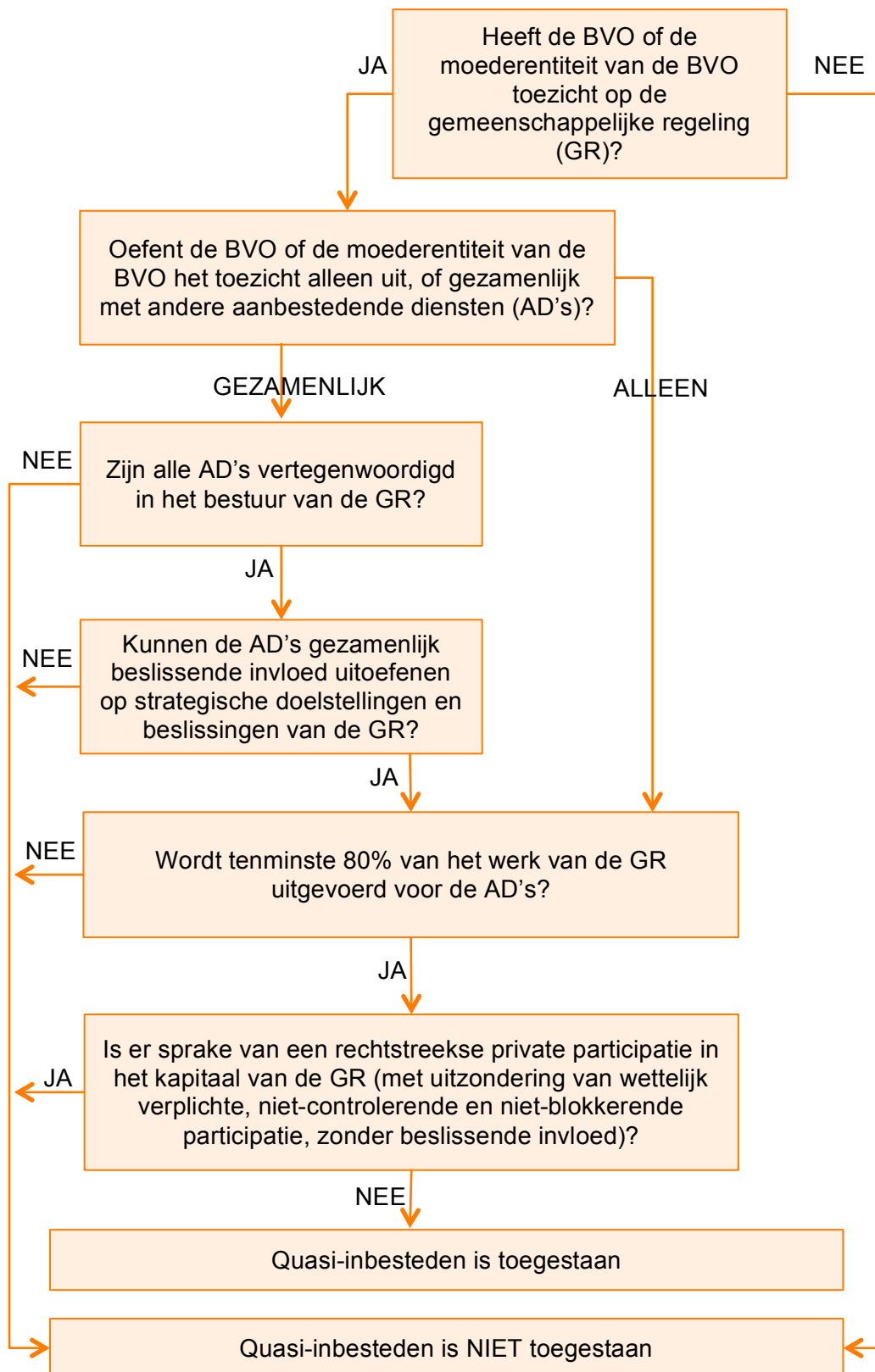
diensten;

- (b) deze aanbestedende diensten zijn in staat gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen over de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon;*
- (c) de gecontroleerde rechtspersoon streeft geen andere belangen na dan die van de met hem verbonden overheden;*
- (d) de gecontroleerde rechtspersoon haalt uit de overheidsopdrachten met de aanbestedende diensten geen andere winst dan een vergoeding van de reële kosten."*

5.2. Dit voorstel is momenteel nog niet van kracht en de tekst staat nog niet vast, maar wij willen u hier alvast op wijzen. Invoering van een nieuwe Aanbestedingsrichtlijn kan mogelijk leiden tot een andere conclusie van dit advies. Vooralsnog hebben wij informeel vernomen dat de Europese Commissie verwacht dat de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn eind dit jaar wordt vastgesteld.

Mocht u vragen hebben, dan vernemen wij dit graag.
AKD

Quasi-inbesteden



Publiek-publieke samenwerking

