

# Nota van B&W

Portefeuille M. Divendal
Auteur J.M. Koedooder
Telefoon 5114615
E-mail: jkoedooder@haarlem.nl
MS/JZ Reg.nr. 2008/44857
Bijlage A en B kopiëren
B & W-vergadering van 25 maart 2008

## Onderwerp

Verordening gunning opdrachten door toekenning exclusief recht

### Bestuurlijke context

Ingevolge het Europees aanbestedingsrecht en het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) zijn gemeentes bij de inkoop van goederen, diensten en werken boven een wettelijk bepaald drempelbedrag verplicht deze opdrachten aan te besteden. Belangrijkste doel hiervan is het bereiken van optimale concurrentie, waardoor onder meer een reële prijs kan worden bedongen.

Ondanks de voordelen van aanbesteding, zijn er situaties denkbaar waarbij rechtstreekse gunning van een opdracht door de gemeente aan een opdrachtnemer toch meer voordelen biedt en te prefereren is boven de voordelen van een reguliere aanbesteding. Wetgeving en jurisprudentie geven echter weinig ruimte aan de mogelijkheid van rechtstreekse gunning, maar onder zeer strikte voorwaarden zijn er uitzonderingen mogelijk.

Zo noemen artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 17 Bao de mogelijkheid van vrijstelling van aanbesteding middels het verlenen van een **exclusief recht** aan een rechtspersoon. Dat is mogelijk wanneer:

- a. de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke rechtspersoon is met aanbestedingsplicht;
- b. de opdrachtgever de opdracht verstrekt aan een met name genoemde opdrachtnemer op basis van exclusiviteit;
- c. Dit exclusieve recht (ook wel : alleenrecht of uitsluitend recht genoemd) een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag heeft (op gemeentelijk niveau in de vorm van een verordening);
- d. De verlening van het uitsluitend recht verenigbaar is met het EG recht;
- e. Het uitsluitend recht op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze is verleend.

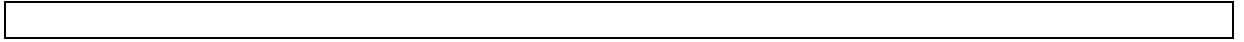
Het College wil meer gebruik gaan maken van de mogelijkheid exclusieve rechten toe te kennen. Een van de potentiële opdrachtnemers die in aanmerking zouden kunnen komen hiervoor is het SW-bedrijf Paswerk, althans voorzover het exclusieve recht werkzaamheden betreft die worden uitgevoerd door Wsw-geïndiceerden en voorzover de opdrachtverlening rechtstreeks is gerelateerd aan de verantwoordelijkheid van de gemeente voor de uitvoering van de Wet Sociale Werkvoorziening.

In het geval de raad voor het verlenen van exclusieve rechten telkenmale een aparte verordening vaststelt, waarbij de aangewezen opdrachtnemer met name wordt genoemd, stelt zij daarmee impliciet niet alleen een verordening vast, maar tevens een beschikking waartegen belanghebbenden in bezwaar en beroep kunnen gaan. Om deze ongewenste samenloop te vermijden (tegen verordeningen kun je niet in bezwaar en/of beroep gaan) stelt het college de raad voor een verordening vast te stellen die in algemene bewoordingen de mogelijkheid openstelt om exclusieve rechten te verlenen (zonder een bepaalde opdrachtnemer te noemen), waarbij tegelijkertijd aan het college de bevoegdheid wordt gedelegeerd om op basis van deze verordening exclusieve rechten te verlenen aan met name genoemde opdrachtnemers. Tegen dit collegebesluit kunnen belanghebbenden vervolgens eventueel in bezwaar en/of beroep gaan. Een tekstvoorstel voor deze verordening staat vermeld op bijlage A.

---

### B&W-besluit:

1. Het college stelt de raad voor de Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht, zoals vermeld op bijlage A. vast te stellen.
2. Dit besluit heeft geen financiële consequenties
3. In verband met het vereiste van transparantie wordt dit besluit vermeld in de Stadskrant; tevens uitreiking aan de media
4. De commissie Bestuur ontvangt het besluit van het college ter advisering aan de raad



Raadsstuk (in te vullen door griffie)  
B&W datum (in te vullen door griffie)  
Sector/afdeling Middelen en Services / Juridische Zaken  
Registratienummer 2008/44857

**Onderwerp:** Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht

Dit voorstel van het college aan de raad behelst de vaststelling van een verordening, welke de basis vormt voor de bevoegdheid van het college om bij wijze van uitzondering op de wettelijk voorgeschreven aanbestedingsplicht gemeentelijke opdrachten tot levering van goederen, werken en diensten niet in de markt te zetten maar exclusief te gunnen aan met name genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen.

Met betrekking tot de gunning van opdrachten voor de levering van werken, diensten en goederen bieden artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG en artikel 17 van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten onder strikte voorwaarden de mogelijkheid van vrijstelling van de aanbestedingsplicht middels het verlenen van een **exclusief recht** aan een rechtspersoon. Dat is mogelijk wanneer:

- a. de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke rechtspersoon is met aanbestedingsplicht;
- b. de opdrachtgever de opdracht verstrekt aan een met name genoemde opdrachtnemer op basis van exclusiviteit;
- c. Dit exclusieve recht (ook wel : alleenrecht of uitsluitend recht genoemd) een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag heeft (op gemeentelijk niveau in de vorm van een verordening);
- d. De verlening van het uitsluitend recht verenigbaar is met het EG recht;
- e. Het uitsluitend recht op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze is verleend.

Het college wil meer gebruik gaan maken van deze vrijstelling, met name in situaties waarin andere belangen zwaarder wegen dan de gebruikelijke belangen bij aanbesteding zoals een lage prijs of de economisch meest gunstige aanbieding.

Een voorbeeld daarvan is de gunning van bepaalde werkzaamheden aan het "eigen" SW-bedrijf (in casu Paswerk): de verantwoordelijkheid van de gemeente voor de uitvoering van de Wet Sociale Werkvoorziening kan op zeker moment zwaarder wegen dan het betalen van de laagste prijs op de markt.

Zoals hierboven aangegeven is een van de voorwaarden om van de vrijstelling gebruik te kunnen maken dat het exclusieve recht is gebaseerd op een verordening. Wanneer de raad daarvoor telkenmale een aparte verordening moet vaststellen, waarbij de aangewezen opdrachtnemer met name wordt genoemd, stelt de raad impliciet niet alleen een verordening vast, maar tevens een beschikking waartegen belanghebbenden in bezwaar en beroep kunnen gaan.

Om deze ongewenste samenloop te vermijden legt het college thans aan de raad ter vaststelling voor een verordening waarin de raad in algemene bewoordingen de mogelijkheid openstelt om exclusieve rechten te verlenen,

waarbij tegelijkertijd aan het college de bevoegdheid wordt gedelegeerd om op basis van deze verordening exclusieve rechten te verlenen aan met name genoemde opdrachtnemers. Tegen het besluit van het college kunnen belanghebbenden in bezwaar en beroep gaan.

Het is aan de raad om achteraf het college te toetsen op de wijze waarop zij gebruik heeft gemaakt van de gedelegeerde bevoegdheid.

Voor een nadere onderbouwing van dit voorstel wordt als bijlage B aan dit raadsstuk toegevoegd een advies van Prof. mr. G.W.A. van de Meent van 28 februari 2007 getiteld: "Toepassing aanbestedingsvrijstellingen tussen gemeenten en Wsw-uitvoeringsorganisaties". Dit advies is indertijd opgesteld t.b.v. enkele gemeentes in Limburg, maar is gezien de algemene vraagstelling bruikbaar voor elke gemeente. Geattendeerd wordt met name op blz. 10 (onderaan) tot en met 19 van het advies.

#### **Financiële paragraaf**

Aan dit voorstel zijn geen financiële consequenties verbonden.

#### **Participatie / communicatie**

Binnen het aanbestedingsrecht weegt transparantie erg zwaar. Dientengevolge moet ook over het gebruikmaken van vrijstellingen op de wettelijke aanbestedingsplicht ruimschoots worden gepubliceerd. De gebruikelijke publicatieprocedures bij verordeningen (publicatie in Stadskrant, inzage-mogelijkheid in de Publiekshal en plaatsing op de website van de gemeente Haarlem onder BIS) zijn voldoende. Publicatie in de Stadskrant vindt plaats bij eerstvolgende gelegenheid na vaststelling door de raad.

#### **Planning**

Na vaststelling door de raad zal deze verordening in werking treden met ingang van de eerste dag na de dag van publicatie in de Stadskrant

Wij stellen de raad voor:

1. De Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht, zoals vermeld op bijlage A. vast te stellen.

De secretaris

De burgemeester

## **Raadsbesluit**

De raad der gemeente Haarlem,

Gelezen het voorstel van het college van burgemeester en wethouders

**Besluit:**

1. De verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht inclusief toelichting, als vermeld op bijlage A, vast te stellen.

Gedaan in de vergadering van ..... (in te vullen door de griffie)

De griffier

De voorzitter

## Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht

### Artikel 1

De gemeente wil gebruik maken van de in artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 17 van het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) geboden mogelijkheid van vrijstelling van de aanbestedingsplicht middels toekenning van een exclusief recht<sup>1</sup>.

### Artikel 2.

- 2.1 Aan het college wordt op grond van deze verordening de bevoegdheid gegeven bij nader besluit per werksoort, periode en (indien van toepassing) territoir, afzonderlijke exclusieve rechten te verlenen aan met name genoemde publiekrechtelijke instellingen in de zin van art. 1 sub q Bao en art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, nader omschreven in de toelichting bij deze verordening, voor werkzaamheden behorend tot de huishouding van de gemeente, een en ander voorzover het college dit wenselijk acht en voorzover aan alle voorwaarden om een exclusief recht toe te kennen is voldaan.
- 2.2 Het voornemen van het college om op basis van deze verordening een exclusief recht toe te kennen wordt vooraf bekend gemaakt in de Stadskrant en op de gemeentelijke website.

### Artikel 3.

- 3.1 Deze verordening treedt in werking met ingang van de eerste dag na de dag waarop de verordening is gepubliceerd in de Stadskrant.
- 3.2 Deze verordening kan worden aangehaald als: "Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht".

-----

Toelichting:

#### Algemeen

Om de vrijstelling genoemd in 18 Richtlijn en artikel 17 van het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) te kunnen toepassen moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

1. de opdrachtnemer moet zelf een aanbestedende dienst zijn;
2. de opdrachtnemer moet de opdracht verstrekken d.m.v. een exclusief recht
3. het exclusieve recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben
4. de verlening van het exclusieve recht moet verenigbaar zijn met het EG-verdrag.
5. het exclusieve recht moet op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze zijn verleend;

Ad 1.: Het vereiste dat de opdrachtnemer een aanbestedende dienst moet zijn betekent

volgens de geldende jurisprudentie:

dat de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke instelling is als omschreven in art. 1 sub q Bao en art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, hetgeen het geval is:

- wanneer opdrachtnemer is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard;

*Van een behoefte van algemeen belang is sprake wanneer:*

- *de overheid om redenen van algemeen belang beslissende invloed wil houden in de voorziening in de betreffende behoefte;*

---

<sup>1</sup> Ook wel: alleenrecht of uitsluitend recht genoemd

- het *primaire* doel van de activiteiten niet plaats vindt op een markt met sterke concurrentie;
  - er bij de activiteiten geen of slechts een beperkt economisch risico wordt gelopen
- dat de opdrachtnemer rechtspersoonlijkheid heeft en
  - dat de opdrachtnemer onder invloed staat van een of meerdere aanbestedende diensten op het terrein van hetzij de financiering, hetzij het toezicht op het beheer, hetzij deelname in bestuurs- of toezichthoudende organen.

*Ad financiering: het criterium is hier dat een opdrachtnemer in hoofdzaak (= voor meer dan 50 %) openbaar wordt gefinancierd; onder openbare financiering wordt verstaan dat men financieel ondersteund wordt of gefinancierd wordt door de gemeente (of een andere publiekrechtelijke instelling) zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat;*

*Ad toezicht: Het toezicht op het beheer moet zodanig zijn dat controle vooraf op het plaatsen van overheidsopdrachten mogelijk is.*

Ad 2.: Het noemen in de verordening zelf van een opdrachtnemer aan wie een exclusief recht wordt gegund levert jegens de opdrachtnemer en andere belanghebbenden een besluit op (in de zin van de Awb) in een regeling die zelf het karakter heeft van een algemeen verbindend voorschrift. Om deze bestuursrechtelijke anomalie te voorkomen is er voor gekozen om de verordening zelf algemeen te houden en de daadwerkelijke toekenning aan een met name genoemde opdrachtnemer van een exclusief recht over te dragen aan het college. Dit komt ook tegemoet aan het transparantiebeginsel: toekenning van een exclusief recht in de vorm van een verordening is niet zo doorzichtig: publicatie van een besluit waarin een exclusief recht wordt toegekend is daarentegen specifiek en valt meer op. Tegen het collegebesluit (zijnde een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb) staat rechtsbescherming open.

Ad 3.: Middels de vaststelling van deze verordening is voldaan aan het vereiste dat het exclusieve recht een wettelijke dan wel bestuursrechtelijke grondslag moet hebben.

Ad 4. De verenigbaarheid met het EG-verdrag betreft met name van overheidswege gecreëerde dienstverleningsmonopolies die het gehele land of een wezenlijk deel daarvan bestrijken. Onder omstandigheden kunnen dergelijke monopolies op gespannen voet staan met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en inzake de mededinging. Een gemeente zou in strijd handelen met artikel 86 lid 1 EG-verdrag indien door de verlening van het alleenrecht: (I) een machtspositie ontstaat waar (II) misbruik van wordt gemaakt en welke (III) de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Aan al deze drie voorwaarden moet zijn voldaan wil de verlening van een exclusief recht strijd opleveren met het EG-verdrag.

Ad 5. Zie toelichting bij artikel 2.

.....

Opm. Alhoewel de verordening zodanig ruim is geformuleerd dat het college exclusieve rechten kan verlenen aan elke opdrachtnemer die voldoet aan de geldende voorwaarden en restricties, blijkt in de praktijk deze vrijstelling in het aanbestedingsrecht met name een oplossing te bieden in de sfeer van de Wet sociale werkvoorziening. Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wsw in hun territorium en moeten voldoende kansen creëren voor de burgers met een Wsw-indicatie om ondanks hun handicap toch zo normaal mogelijk te kunnen functioneren in de maatschappij. Eventuele verliezen in de exploitatie van het "eigen" SW-bedrijf (voor Haarlem is dat op dit moment Paswerk) moeten zij zelf aanvullen uit de eigen middelen. Gemeenten hebben er dus om meerdere redenen belang bij dat het eigen SW-bedrijf goed draait: voldoende werk heeft, ook (t.b.v. de werknemers) meerdere soorten van werk kan aanbieden, en aan het eind van het boekjaar geen nadelig saldo declareert.

## Artikelsgewijs

### Artikel 1

Onder een exclusief recht moet worden verstaan: een overheidsopdracht welke in afwijking van de reguliere aanbestedingswetgeving één op één is gegeven aan een opdrachtnemer. Van een dergelijke afwijkingsmogelijkheid (ook wel genoemd aanbestedingsvrijstelling) kan alleen gebruik worden gemaakt wanneer aan een aantal in de jurisprudentie strikt uitgelegde voorwaarden wordt voldaan.

### Artikel 2

- 2.1 In dit artikel delegeert de raad de bevoegdheid om aan een met name genoemde opdrachtnemer te gunnen middels toekenning van een exclusief recht, aan het college. De bevoegdheid is beperkt tot de levering van werken, producten en/of diensten betreffende de huishouding van de gemeente. Het begrip huishouding is dezelfde als genoemd in artikel 108 Gemeentewet.
- 2.2 Deze bepaling heeft te maken met de voorwaarde dat een exclusief recht op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze moet zijn verleend. Een belanghebbende moet voldoende gelegenheid hebben om bezwaar te kunnen maken tegen het besluit. Binnen het EG-recht is transparantie een zwaarwegend voorschrift, dat ook opgaat wanneer gebruik wordt gemaakt van een vrijstelling in het aanbestedingsrecht.  
In verband daarmee dient het college pas na bekendmaking van het besluit over te gaan tot daadwerkelijke opdrachtverlening.

-----



**Toepassing aanbestedingsvrijstellingen tussen  
gemeenten en Wsw-uitvoeringsorganisaties**

Prof. mr. G.W.A. van de Meent  
28 februari 2007

**LOYENS  LOEFF**

Fred. Roeskestraat 100  
Postbus 71170  
1008 BD Amsterdam  
020 – 578 55 38  
[www.loyensloeff.com](http://www.loyensloeff.com)

## Memorandum

AAN  
VAN Prof. mr G.W.A. van de Meent  
DATUM 28 februari 2007  
BETREFT Toepassing aanbestedingsvrijstellingen tussen gemeenten en Wsw-uitvoeringsorganisaties

### I Inleiding

1. Gevraagd is te adviseren over de vraag of gemeenten zonder aanbesteding ('onderhands') opdrachten kunnen verstrekken aan 'hun' Wsw-uitvoeringsorganisaties met gebruikmaking van de volgende mogelijkheden tot vrijstelling van de aanbestedingsplicht: (i) de vrijstelling voor (quasi) in-house dienstverlening en (ii) de vrijstelling voor verlening van opdrachten door middel van een exclusief recht.<sup>1</sup> De eerste vrijstelling is gebaseerd op vaste jurisprudentie is van het Hof van Justitie van de EG. De tweede vrijstelling is te vinden in artikel 18 Richtlijn Overheden (2004/18/EG) en in artikel 22 van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten ('Bao'). Hierna kijken wij naar de mogelijkheden om deze vrijstellingen toe te passen.
2. De achterliggende gedachte is dat Wsw-uitvoeringsorganisaties opdrachten van 'hun' gemeenten nodig hebben. Zouden deze gemeenten echter diensten en goederen inkopen bij andere ondernemingen, dan beïnvloedt dit negatief het exploitatieresultaat hetgeen in de regel zal leiden tot hogere bijdragen van de betrokken gemeenten. Hierbij is van belang dat Sw-bedrijven om te kunnen voldoen aan hun maatschappelijke opdracht – het zijn van een leer/werk bedrijf voor mensen met een arbeidshandicap – een breed pallet aan activiteiten moeten ontplooiën. Hierbij ligt in de rede dat sommige activiteiten verlieslatend zijn en andere activiteiten winstgevend zijn. De meeste gemeenschappelijke regelingen bevatten echter geen prikkel of voorziening voor de deelnemers om in te kopen bij het eigen 'Sw-bedrijf'.

---

<sup>1</sup> Naar onze mening sluiten deze vrijstellingsmogelijkheden het meeste aan op de casus. Vanzelfsprekend zijn in het Besluit Aanbestedingsregels Overheidsopdrachten (Stb. 2005, 408 zoals laatstelijk gewijzigd bij Stb. 2005, 650) nog meer vrijstellingen opgenomen. De inroepbaarheid daarvan geldt in specifieke, in de vrijstellingsbepaling en zélf omschreven situaties. Deze vrijstellingsbepalingen zijn geen voorwerp van dit advies. Artikel 26 Bao op basis waarvan een overheidsopdracht kan worden voorbehouden aan sociale werkplaatsen, althans ondernemingen waarvan de meerderheid van de bij de uitvoering in te zetten werknemers arbeidsgehandicapt zijn, veronderstelt competitie op basis van een aanbesteding conform de bepalingen van het Bao. Ook dit artikel is verder geen voorwerp van advies.

## II. Uitgangspunten voor advisering

3. Voor ons advies zijn wij uitgegaan van de volgende algemene uitgangspunten.

- (i) Elke gemeente is verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wsw in het eigen territorium. Zij moet iedere sw-geïndiceerde een passende werkplek en begeleiding bieden. In essentie kan een gemeente dit doen in de vorm van: 'beschutte arbeid' in – dienstbetrekking bij de gemeente, detachering bij een reguliere werkgever vanuit een dienstbetrekking bij de gemeente en begeleid werken in dienst van een reguliere werkgever. Uitgegaan moet daarbij worden van de mogelijkheden van de sw-geïndiceerde.<sup>2</sup> Naast het bieden van een passende werkplek is een gemeente ook verantwoordelijk voor het behoud en de bevordering van de vaardigheden van sw-ers.
- (ii) Verschillende gemeenten hebben de uitvoering van de Wsw ondergebracht in een gemeenschappelijke regeling met buurgemeenten. Met gebruikmaking van de Wet gemeenschappelijke regelingen ('Wgr') hebben zij een openbaar lichaam<sup>3</sup> (hierna genoemd: 'werkvoorzieningschap' of 'schap') opgericht aan welke de meeste verantwoordelijkheden en bevoegdheden tot regeling en uitvoering van de Wsw-taak zijn overgedragen. Aan het werkvoorzieningschap is vervolgens een Wsw-uitvoeringsorganisatie gekoppeld. Soms heeft deze eigen rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld een n.v. of een b.v. waarvan de aandelen worden gehouden door de in de gemeenschappelijke regeling deelnemende gemeenten).
- (iii) De sturingsrelatie tussen een gemeente en haar schap is met name neergelegd in de gemeenschappelijke regeling zelf. Sturing vindt plaats via: vertegenwoordiging in de organen van het schap en de besluitvormingsprocedures inzake de jaarlijkse begroting, het beleidsplan en via de rekening van het schap. Ingevolge de Wgr rusten op (organen van) het schap ook verschillende informatie- en inlichtingenverplichtingen jegens (organen van) de betrokken gemeenten.<sup>4</sup>
- (iv) De deelnemende gemeenten 'sturen' hun schap in de eerste plaats via hun vertegenwoordiging in de bestuursorganen.

<sup>2</sup> Deze opties zijn van belang voor de berekening van de omzet ten behoeve van de vrijstelling voor in-house opdrachtverlening.

<sup>3</sup> Het werkvoorzieningschap heeft eigen rechtspersoonlijkheid ex art. 8 lid 1 Wgr.

<sup>4</sup> Zie bijv. art. 16 Wgr.

Ingevolge de Wgr bestaat het bestuur van het schap uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter. Het algemeen bestuur is het belangrijkste orgaan en kan enkel bestaan uit leden en voorzitters van raden van de gemeenten. Een lid van het algemeen bestuur is verantwoording verschuldigd aan de raad die hem heeft aangewezen voor het door hem in het algemeen bestuur gevoerde beleid. De raad van iedere gemeente heeft de bevoegdheid 'zijn' lid in het algemeen bestuur te ontslaan bij gebrek aan vertrouwen. In het dagelijks bestuur zijn eveneens alle deelnemende gemeenten vertegenwoordigd.

Uit de vertegenwoordiging en uit de stemverhoudingen binnen de organen blijkt hoe de zeggenschap tussen de deelnemende gemeenten is verdeeld. Vaak hebben alle deelnemers gelijke stemrechten. Dit hoeft niet het geval te zijn. Soms blijkt uit de toegekende stemrechten, de 'afkomst' en de bevoegdheden van de voorzitter en/of diens doorslaggevende stem indien de stemmen in deze organen staken dat een bepaalde (grote) gemeente het voor het zeggen heeft 'als het erop aankomt'.<sup>5</sup>

- (v) De gemeenten hebben (via de organen van het Schap) ook invloed via de procedures voor het vaststellen van de jaarlijkse begroting, het beleidsplan en de rekening.

Zo zendt het dagelijks bestuur de ontwerpbegroting van het schap toe naar de gemeenten die vervolgens commentaar kunnen geven. Het dagelijks bestuur legt vervolgens de ontwerpbegroting met de commentaren van de gemeenten en zijn reactie op deze commentaren voor aan het algemeen bestuur. Het algemeen bestuur stelt als het daartoe bevoegde orgaan de begroting vast evenals het beleidsplan. Het dagelijks bestuur stelt de ontwerprekening en het jaarverslag op waarna het algemeen bestuur zorgdraagt voor de vaststelling.

- (vi) Sturing kan ook worden gerealiseerd via de uitgebreide informatie- en inlichtingenverplichtingen die de organen van het Schap hebben ten opzichte van de Gemeenten.

Wij noemen de volgende verplichtingen:

- Het dagelijks bestuur verstrekt alle inlichtingen aan de besturen van de deelnemende gemeenten die deze nodig hebben met betrekking tot de uitvoering van de gemeenschappelijke regeling.
- De leden van het dagelijks bestuur zijn gezamenlijk en ieder afzonderlijk aan het algemeen bestuur verantwoording verschuldigd voor hun bestuur.

---

<sup>5</sup> De gemeenten kunnen dit vooraf bepalen en neerleggen in hun gemeenschappelijke regeling. Zie voor de diverse mogelijkheden art. 13, met name de leden 4 en 5 Wgr.

- De leden van het dagelijks bestuur geven het algemeen bestuur ongevraagd en gevraagd alle informatie die nodig is voor een juiste beoordeling van het werk van het dagelijks bestuur.
- Een lid van het algemeen bestuur verschaft aan zijn raad alle verlangde inlichtingen. Etc.

(vii) Het voorgaande neemt niet weg dat iedere gemeente eindverantwoordelijk blijft voor de correcte uitvoering van de Wsw in het eigen territorium. De eindverantwoordelijkheid volgt uit de Wet gemeenschappelijke regelingen. De financiële (eind)verantwoordelijkheid voor een doelmatige uitvoering van de Wsw ligt daarom nog steeds bij de gemeenten. Eventuele exploitatietekorten die ontstaan binnen een werkvoorzieningschap zijn dan ook voor rekening (en dus voor risico) van de deelnemende gemeenten.

#### Inkooprelatie

4. Tussen de gemeenten en het werkvoorzieningschap bestaat ook een inkooprelatie. Om te kunnen voorzien in arbeid voor de cliënten moet het werkvoorzieningschap opdrachten verwerven. De betrokken gemeenten zullen in de regel de belangrijkste opdrachtgevers zijn. Zij hebben ook een financieel belang bij het verstrekken van opdrachten aan hun werkvoorzieningschap. Inkoop van diensten en goederen bij het eigen schap draagt immers bij aan het exploitatieresultaat en vermindert de kans op een financiële bijdrage in geval van een negatief exploitatieresultaat. Belangrijk is ook dat de sw-geïndiceerden aan de slag gaan in de eigen of in nabijgelegen gemeenten. Deze inkooprelatie is voorwerp van advies.

Gesteld zou kunnen worden dat er nóg een inkooprelatie bestaat. Dit is het geval als de gemeenten kunnen worden beschouwd als opdrachtgever voor de plaatsing van Wsw-geïndiceerden aan het schap. Dit ligt op het eerste gezicht niet voor de hand. Voor zover het bij gemeenschappelijke regeling opgerichte schap volledig in de plaats treedt van de gemeenten is (onder de huidige Wsw) verdedigbaar dat er geen inkooprelatie is tussen ieder van de gemeenten en het schap. Er is sprake van de overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden, hetgeen ook blijkt uit het feit dat de financieringsstroom en het toezicht worden gericht op het schap en niet op de afzonderlijke gemeenten. Voor wat betreft de uitvoering van de Wsw is verdedigbaar dat er geen sprake is van een 'overheidsopdracht' in de zin dat er geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen de gemeenten en het werkvoorzieningschap tot stand komt. Deze vraag is verder geen voorwerp van onderzoek geweest.

III Vrijstelling (quasi) in-house opdrachtverlening toepasbaar?

5. De vrijstelling voor in-house opdrachtverlening is algemeen aanvaard. De vrijstelling voor 'quasi-inhouse opdrachtverlening' is gebaseerd op vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG en wellicht wat minder bekend. Het Hof van Justitie heeft aan toepassing van deze laatste vrijstelling twee stringente voorwaarden verbonden. De toepassing van deze criteria op een concrete casus is niet altijd makkelijk.
6. Wat houden deze vrijstellingen in? De vrijstelling voor in-house opdrachtverlening houdt in dat opdrachten binnen één en dezelfde rechtspersoon zonder aanbesteding ('in-house') kunnen worden verstrekt.<sup>6</sup>
7. Zijn opdrachtgever en opdrachtnemer daarentegen verschillende rechtspersonen, dan bestaat er in beginsel een verplichting tot aanbesteding conform de bepalingen van de Richtlijn Overheden (2004/18/EG).<sup>7</sup> De gemeenten en het schap zijn echter verschillende publiekrechtelijke rechtspersonen. Van de uitzondering voor in-house opdrachtverlening kan dus niet worden geprofiteerd.
8. Zoals hiervoor gezegd, is er nog een nadere uitzondering voor zogenaamde 'quasi-in-house opdrachtverlening'. Het is inmiddels vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG ('Hof') dat een overeenkomst door een aanbestedende dienst aan een (rechtens van hem te onderscheiden) derde kan worden verstrekt zónder aanbesteding indien:
- de aanbestedende dienst op de derde toezicht uitoefent als ware het zijn eigen dienst, én
  - de derde het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst of de diensten die hem controleren.<sup>8</sup>
9. Zoals alle uitzonderingen op het Europese aanbestedingsregime, moet ook deze uitzondering restrictief worden uitgelegd.<sup>9</sup> De uitzondering doet namelijk afbreuk aan het doel van de Europese aanbestedingsregels, te weten de openstelling van de markt voor overheidsopdrachten voor zo ruim mogelijke (grensoverschrijdende) concurrentie en het waarborgen van de mededinging op deze markt. Dit betekent dat nauwgezet moet worden onderzocht of aan beide voorwaarden voldaan wordt (of kan worden).

<sup>6</sup> Deze vrijstelling is niet expliciet opgenomen in de Aanbestedingsrichtlijnen. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is deze uitzondering verschillende keren benadrukt. Zie HvJ EG, arrest van 18 november 1999, zaak 107/98, Teckal, Jur. 1999, p. I-1821, rov. 49.

<sup>7</sup> Zie bijv. HvJ EG arrest van 7 december 2000, zaak C-94/99, ARGE, Jur. 2000, I-11037, rov. 40.

<sup>8</sup> Zie HvJ EG, Teckal, rov. 50.

<sup>9</sup> Dit is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie bijv. HvJ EG, arrest van 11 januari 2005, zaak C-26/03, Stadt Halle, Jur. 2005, p. I-1, rov. 46.

10. Of de vrijstelling voor 'quasi-inhouse opdrachtverlening' ook toepasbaar is indien de opdrachtnemer onder toezicht staat van verschillende overheden, is op dit moment onzeker.<sup>10</sup> Hierop wordt in de volgende paragraaf ingegaan. Op het moment dat een private partij deelneemt bijvoorbeeld in het kapitaal kan in ieder geval niet meer worden geprofiteerd van deze uitzondering.<sup>11</sup> Voor zover bij ons bekend participeren echte private bedrijven niet in Wsw-uitvoeringsorganisaties.

- **Eerste voorwaarde voor toepassing vrijstelling quasi-inhouse opdrachtverlening: Toezicht**

11. Ten eerste is van belang dat het toezicht dat de gemeenten uitoefenen op het schap vergelijkbaar is met het toezicht dat zij uitoefenen op hun eigen diensten. Hoe moet deze beoordeling plaatshebben? Een complete 'standaard' voor beoordeling ontbreekt helaas nog. De eisen moeten bij elkaar worden 'geschraapt' uit de diverse arresten van het Hof. Volgens het Hof moet er bij de beoordeling rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden.<sup>12</sup>

12. Volgens het Hof moet er sprake zijn van 'een doorslaggevende invloed zowel op de strategische beslissingen als op de belangrijke beslissingen' van de opdrachtnemer.<sup>13</sup> Het toezicht mag dus niet beperkt in omvang zijn. Er moet sprake zijn van 'algeheel toezicht' dat ook betrekking heeft op niet-strategische beslissingen ('afzonderlijke beheersbeslissingen').<sup>14</sup> Het Hof spreekt verder over 'kan' beïnvloeden.<sup>15</sup> Of het toezicht als zodanig ook daadwerkelijk wordt uitgeoefend, is tot nu toe niet als nadere voorwaarde gesteld.<sup>16</sup> Zekerheidshalve gaan wij hier wel van uit.

13. Om te bepalen of aan het toezichtcriterium is voldaan, dient ook naar de opdrachtnemer te worden gekeken. Relevant is vooral de mate van zelfstandigheid die het schap heeft ten opzichte van de gemeenten die hem hebben opgericht en die hem opdrachten verstrekken.<sup>17</sup>

Bij welke *mate* van zelfstandigheid er geen sprake meer is van het door het Hof geëiste toezicht, valt niet in zijn algemeenheid te zeggen. In de zaak Parking Brixen ging het

<sup>10</sup> HvJ EG, Stadt Halle, rov. 49, Concl. AG in zaak C-340/04, Carbotermo, n.n.g. punt 37.

<sup>11</sup> HvJ EG, Stadt Halle, rov. 52.

<sup>12</sup> HvJ EG, arrest van 13 oktober 2005, zaak C-458/03, Parking Brixen, n.n.g. rov.65

<sup>13</sup> HvJ EG, Parking Brixen, rov. 65.

<sup>14</sup> Concl. AG Stadt Halle, punt 78.

<sup>15</sup> HvJ EG, arrest van 11 mei 2006, zaak C-340/04, Carbotermo, n.n.g., rov.36.

<sup>16</sup> Concl. AG Carbotermo, punt 30.

<sup>17</sup> HvJ EG, Parking Brixen, rov.70.

bijvoorbeeld om een gemeentelijke onderneming (Stadtwerke Brixen) die zich voornamelijk bezig hield met parkeerbeheer. Stadtwerke Brixen was aanvankelijk een gemeentelijke dienst waarvoor de gemeenteraad het algemene beleid vaststelde, de omvang van het werkkapitaal bepaalde, zorgde voor dekking van eventuele sociale lasten, de bedrijfsresultaten (en de rekening) controleerde en strategisch toezicht uitoefende. Stadtwerke werd vervolgens verzelfstandigd in een afzonderlijke rechtspersoon (aandelenvennootschap). Het Hof leidde uit de verzelfstandiging af dat het een marktgerichte onderneming was geworden als gevolg waarvan ('zodat'<sup>18</sup>) het toezicht van de gemeente was afgezwakt. Het Hof leidde dit af uit:

- de keuze voor onderbrenging van de onderneming in een vennootschap<sup>19</sup>
- de verruiming van het maatschappelijk doel; de vennootschap mocht allerlei nieuwe activiteiten gaan ontplooiën, onder meer op het terrein van personen- en goederenvervoer en ict;
- de verplichte openstelling, op korte termijn, van de vennootschap voor privaat kapitaal;
- de territoriale uitbreiding van de activiteiten tot heel Italië en zelfs het buitenland;
- de ruime bevoegdheden die de raad van bestuur van de vennootschap kreeg ten opzichte van de aandeelhouders voor het beheer van de vennootschap; het kon praktisch elke handeling treffen die het noodzakelijk achtte voor het doel van de vennootschap (bijv. zekerheden stellen tot EUR 5 miljoen zonder dat hierop controle werd uitgeoefend door de gemeente).

14. Toepassing van deze voorwaarden op de sturingsrelatie tussen gemeente(n) en schap moet tot gevolg hebben dat de sturingsrelatie minimaal de volgende elementen heeft:

- De betrokken gemeenten oefenen algemeen toezicht uit op het schap; via de organen van het schap moeten zij doorslaggevende invloed hebben, zowel op strategische besluiten (als benoeming/ontslag van directie en de vaststelling van de begroting, strategisch beleidsplan, meerjaren- en jaarbeleidsplan) als op belangrijke besluiten als bijvoorbeeld investeringsbeslissingen.
- Uit de gemeenschappelijke regeling moet duidelijk blijken dat de gemeenten met de oprichting van het schap uitvoering van een sociaal-maatschappelijk doel nastreven, te weten de uitvoering van de Wsw.

*Als bijvoorbeeld 'het instandhouden en beheren van een organisatie die gespecialiseerd is in het op bedrijfsmatige basis bieden van zoveel mogelijk passend werk en relevante werk(ervaring) aan gehandicapten en aan personen*

<sup>18</sup> HvJ EG, Parking Brixen, rov. 67.

<sup>19</sup> In het arrest is dit niet terug te vinden, maar het vennootschapstype past in het algemeen beter bij een bedrijfsmatige aanpak, bij ondernemingen die op de markt gaan opereren en in geval zij 'uit de boezem van de overheid' komen bij een meer zakelijke verhouding tot die overheid. De slagvaardigheid en de mogelijkheid om privaat kapitaal te laten participeren zijn verder groter dan indien bijvoorbeeld zou worden gekozen voor een stichting.



*met een achterstand op de arbeidsmarkt*). In deze sociale opdracht kan worden aangegeven dat het schap een zo hoog mogelijk maatschappelijk rendement moet halen en bijvoorbeeld moet streven naar *'optimale balansverhoudingen en economisch rendement om het voor de continuïteit noodzakelijke weerstandsvermogen<sup>20</sup> te realiseren en te behouden'*.<sup>21</sup> Het is raadzaam de doelomschrijving van het schap te beperken tot Wsw-activiteiten.

- Het is raadzaam dat de gemeenten overeenkomen dat er geen private rechtspersoon tot de gemeenschappelijke regeling kan toetreden.
- Het is eveneens raadzaam de regio waarbinnen het schap opereert, te beperken tot het territorium van de gemeenten. Dit volgt op zich uit de taakstelling die door het Rijk is opgelegd aan de gemeenten, en de rijkssubsidie die daarvoor is toegekend. Deze zijn immers afgestemd op de lokale situatie.

#### **Conclusie eerste voorwaarde van toezicht**

15. Op basis van de hiervoor genoemde elementen moet bepaald worden of het toezicht dat de gemeenten uitoefenen over hun schap vergelijkbaar is met het toezicht dat een gemeente uitoefent op haar eigen dienst.
16. Vaak zal dit het geval zijn voor de gezamenlijke gemeenten. Voor elke afzonderlijke gemeente hoeft dat niet het geval te zijn. Een individuele participant in een gemeenschappelijke regeling heeft via de organen en met de diverse instrumenten wel invloed. Alleen zal deze invloed in de regel minder zijn dan de zeggenschap die kan worden uitgeoefend over de eigen dienst. Stel bijvoorbeeld dat de gemeenschappelijke regeling is aangegaan door zeven gemeenten en deze gemeenten op gelijke wijze vertegenwoordigd zijn in de organen van het schap én de organen besluiten op basis van een eenvoudige meerderheid van stemmen, dan heeft geen van de gemeenten individuele zeggenschap. Ook al is een gemeente apert tegen een voorgesteld besluit, dan wordt dit besluit vastgesteld indien de meerderheid van de participanten voor is.<sup>22</sup>
17. Uit de jurisprudentie van het Hof lijkt te volgen – het Hof heeft dit tot nog toe onvoldoende concreet heeft aangegeven<sup>23</sup> – dat individuele (of gezamenlijke)

<sup>20</sup> Oftewel middelen moet hebben ter dekking van niet-begrote kosten.

<sup>21</sup> Artikel 2 lid 3, sub a statuten.

<sup>22</sup> En is vervolgens gehouden tot medewerking; zie art. 10 a Wgr.

<sup>23</sup> Maar lijkt dit in zijn jurisprudentie wel te suggereren. Bijvoorbeeld door zijn expliciete verwijzing in zijn arrest Stadt Halle (rov. 69) naar het oordeel van de verwijzende rechter dat het toezicht van de gemeente Brixen op Stadtwerke Brixen AG (zie hierboven punt 25) 'in wezen wordt beperkt door de handlingsvrijheid waarover de meerderheid van de vennoten krachtens het vennootschapsrecht beschikt, zodat de afrankelijkheid die de verhouding tussen deze

zeggenschap op grond van de meerderheid van de stemrechten, bijzondere stemrechten, vetorechten of een aandeelhoudersovereenkomst noodzakelijk is. Logisch is dit niet. Waarom zou een gemeente wél kunnen profiteren van deze vrijstelling indien zij één van haar diensten verzelfstandigt, maar drie gemeenten die hun diensten inbrengen in een gemeenschappelijke onderneming niet. Dit zou samenwerking binnen de publieke sector onnodig frustreren. Dit is ook de opvatting die in de literatuur verdedigd wordt.

Zo stelt S. Arrowsmith in het standaardwerk 'The law of public and utilities procurement' (p. 399):

*'The better interpretation is that the Teckal conditions can be met by shared control. This accords with the policy of the conditions, which is to identify cases in which the supply arrangement is one within the administration rather than the market. There may be good reasons for keeping the delivery of services in-house rather than contracting them out, and, as noted, there are advantages in collaborating with other parts of the administration in such arrangements. It is illogical to allow entities to keep services in-house without tendering but not to allow them to collaborate with other parts of the administration without a tender. It is also potentially inefficient. This is because political or strategic reasons for keeping the service provision within the administration cannot be sufficiently taken into account in a tendering process and, indeed, for such reasons contracting out may not be an appropriate option at all. To require tendering as a condition of collaborative provision may result in a decision to supply solely from within the procuring entity purchases goods or services from another contracting authority, the supplying body must generally follow the directives in its own purchases.'*

18. Gelet op deze argumentatie zouden gemeenten kunnen kiezen voor een offensieve opstelling en kunnen stellen dat ook een groep aanbestedende diensten moet kunnen voldoen aan het criterium van toezicht vergelijkbaar met het toezicht dat wordt uitgeoefend op de eigen diensten. Zoals gezegd heeft het Hof zich tot nu toe niet 'hard' uitgesproken. Zou dit worden aangevochten voor de nationale rechter, is niet op voorhand te zeggen hoe deze zal besluiten. De casus leent zich voor het stellen van

---

*gemeente en de speciale onderneming Stadtwerke Brixen kenmerkte, aanzienlijk is afgezwakt, met name gelet op de ruime bevoegdheden van de raad van bestuur van Stadtwerke Brixen AG'. Zie verder arrest Carbotermo (rov. 38) waarin het Hof aangeeft dat er een vermoeden van toezicht zoals op eigen diensten bestaat in de omstandigheid dat de individuele aanbestedende diensten alleen 'of tezamen met andere overheidsdiensten het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen heeft', maar dit vermoeden clauseert indien de statuten van de vennootschap de aanbestedende dienst 'geen bijzondere controlebevoegdheid of bijzonder stemrecht [geeft] waarmee zij de handelingsvrijheid van de [raad van bestuur van de vennootschap] zou kunnen beperken. Haar toezicht (...) komt [dan] in wezen overeen met de marge waarover de meerderheid van de aandeelhouders krachtens het vennootschapsrecht beschikt, wat de mogelijkheid voor [de aanbestedende dienst] om de beslissingen van deze [vennootschap] te beïnvloeden aanzienlijk beperkt.' (rov. 38). Zie ook de Conclusie van de AG in deze zaak, punt 62.*

zogenaamde 'prejudiciële vragen' aan het Hof, maar dat terzijde. De individuele zeggenschap zou in principe wel te creëren zijn, alhoewel dit op het eerste gezicht afbreuk zal doen aan de snelheid en doelmatigheid van besluitvorming. Gedacht kan worden aan wijziging van de stemverhoudingen in de zin dat ieder van de gemeenten ten aanzien van alle besluiten een vetorecht krijgt (negatieve zeggenschap). Ook zou kunnen worden bereikt dat de belangrijkste 'stakeholder' – de gemeente die de meeste sw-geïndiceerden 'aanbrengt' en in waarde de meeste opdrachten heeft te vergeven – zeggenschap verwerft over het schap. Zoals gezegd biedt de Wgr de mogelijkheid om hiervoor een regeling te treffen.

- **Tweede voorwaarde voor toepassing vrijstelling quasi-inhouse opdrachtverlening: het schap moet werken voor het controlerende overheidslichaam (en)**


+ 10%

19. Volgens de jurisprudentie wordt aan deze tweede voorwaarde voldaan indien de activiteiten van de onderneming zich hoofdzakelijk toespitsen op de aanbestedende dienst of aanbestedende diensten die haar controleert, resp. controleren en 'elke andere activiteit marginaal is'. De gedachte daarbij is dat in dat geval de gecontroleerde onderneming niet op een markt actief is, en als zodanig niet met andere ondernemingen concurreert. Onderhandse gunning van de opdracht zou in dat geval niet schadelijk zijn voor de concurrentie.<sup>24</sup>
20. In casu stelt zich het probleem dat de meeste Wsw-uitvoeringsorganisaties een aanzienlijk deel van hun omzet genereren uit dienstverlening aan anderen dan de in de gemeenschappelijke regeling deelnemende gemeenten. Alhoewel het werken voor derden noodzakelijk is om aan de taakstelling te kunnen voldoen, voldoet de uitvoeringsorganisatie in dat geval niet aan deze tweede voorwaarde.
21. Dit neemt niet weg dat met een andere opzet van de structuur wel aan de tweede voorwaarde kan worden voldaan. Zo zou het schap bijvoorbeeld exclusief kunnen gaan werken voor de gemeenten en kan een andere (op te richten) entiteit (bijvoorbeeld een vennootschap) waarvan de aandelen worden gehouden door het schap zich kunnen richten op het werken voor (private en publieke) derden. Verdedigbaar is dat in dat geval aan de tweede voorwaarde wordt voldaan.

#### IV Gunning bij wege van een exclusief recht

22. Deze vrijstelling is opgenomen in artikel 17 Bao:

<sup>24</sup> Vgl. HvJ EG Carbotermo, rov. 59-62.

 "Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een alleenrecht dat deze uit bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen genieten, op voorwaarde dat deze bepalingen met het Verdrag verenigbaar zijn."

23. Om aan deze vrijstelling te kunnen toepassen, moet aan diverse voorwaarden worden voldaan:

- de opdrachtnemer moet zelf aanbestedende dienst zijn;
- de opdrachtgever moet de opdracht verstrekken door middel van een uitsluitend recht;
- het uitsluitend recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben;
- de verlening van het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het EG-Verdrag;
- het uitsluitend recht moet op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze zijn verleend.

Aan ieder van de voorwaarden moet zijn voldaan. De voorwaarden moeten, zoals hiervoor al aangegeven, conform vaste jurisprudentie van het Hof restrictief worden geïnterpreteerd.

• Eerste voorwaarde: werkvoorzieningschap moet zelf aanbestedende dienst zijn

24. Een werkvoorzieningschap is alleen aanbestedende dienst indien het een 'publiekrechtelijke instelling' is. Daartoe moeten drie criteria zijn vervuld. Het schap moet: (i) zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, (ii) rechtspersoonlijkheid hebben en (iii) onder invloed staan van een aanbestedende dienst of aanbestedende diensten uit hoofde van financiering, toezicht op beheer of participatie in bestuurs- of toezichthoudende organen. → *Positieve is dat!*

25. Van belang is dat dat volgens het Hof van Justitie het begrip 'publiekrechtelijke instelling' functioneel (ruim) moet worden uitgelegd.<sup>25</sup> Voorkomen moet worden dat door een enge uitleg het doel van de EG-aanbestedingsrichtlijnen wordt geschonden en dat de instelling haar opdrachten subjectief gunt.<sup>26</sup>

26. Ten eerste moet het schap zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard. — Aangenomen mag worden dat aan deze voorwaarde kan worden voldaan. Het doel is immers te voorzien in de Wsw-taken waarmee onmiskenbaar het algemeen belang is

<sup>25</sup> HvJ EG arrest van 10 november 1998, zaak C-360/89, Gemeente Arnhem, gemeente Rheden/BFI Holding B.V., rov. 60.

<sup>26</sup> HvJ EG Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI, rov.42.

gemoeid. Wel moet dit doel op zorgvuldige wijze worden vastgelegd in de gemeenschappelijke regelingen in de taakopdracht aan het schap.

27. De behoefte van algemeen belang waarin het schap voorziet mogen vervolgens niet van industriële of commerciële aard zijn. Het Hof heeft in zijn jurisprudentie diverse factoren genoemd die belangrijk zijn voor het uiteindelijke oordeel of behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard zijn. Volgens het Hof geven de volgende aanwijzingen aan dat een behoefte van algemeen belang niet van industriële of commerciële aard is:

- de overheid wil om redenen van algemeen belang beslissende invloed ~~wil~~ houden in de voorziening in de betreffende behoefte<sup>27</sup> We hebben dit niet uitgewerkt. Aannemelijk is dat dit het geval is. Dit blijkt uit de Wsw en de uitvoeringsbesluiten en meer in het bijzonder uit de sturingsmogelijkheden die de gemeenten in de regel hebben.
- de instelling opereert niet op een markt of op een markt waar geen sprake is van sterke concurrentie.<sup>28</sup> De ratio van dit element is duidelijk. Op het moment dat een instelling 'hard' moet concurreren met andere private ondernemingen dan zal zij scherp moeten inkopen en zal er geen ruimte zijn voor bevoordeling van bepaalde leveranciers of dienstverleners. Het schap opereert wat betreft haar primaire taak – de uitvoering van de Wsw – niet op een volwaardige markt. Deze markt is voorbehouden aan een aantal uitvoeringsorganisaties die ex art. 4 lid 3 Wsw de Wsw-taken van de gemeenten ter hand hebben genomen. Deze uitvoeringsorganisaties zullen voor de primaire taak 'van nature' binnen de eigen regio blijven. Als zodanig is de concurrentie beperkt. Gelet op de jurisprudentie van het Hof bestaat dus het risico op preferentiële aanschaffingen aan de zijde van het schap. De sturingsmogelijkheden die de gemeenten hebben, maken dit ook mogelijk. Hiertegen zou kunnen ingebracht dat het schap – om zijn primaire taak te kunnen uitvoeren - andere markten moet betreden (als bijvoorbeeld de markt voor groenonderhoud) waar sprake is van sterke concurrentie. Dit argument is naar onze mening echter onvoldoende om te betogen dat een schap voor het totaal van zijn activiteiten niet voorziet in behoeften van algemeen belang. Het uitvoeren van groenonderhoud bij derden is immers nodig om de primaire Wsw-taak te kunnen uitvoeren. Maar zelfs als zou dat het geval, dan geldt nog dat het schap met zijn primaire taak voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Zo heeft het Hof bepaald dat niet vereist is dat de instelling uitsluitend voorziet in behoeften van algemeen belang.<sup>29</sup> Wanneer een instelling

<sup>27</sup> HvJ EG Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI, rov. 51.

<sup>28</sup> HvJ EG Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI, rov. 43.

<sup>29</sup> HvJ EG arrest van 15 januari 1998, zaak C-44/96, Mannesmann, rov. 26.

slechts met een relatief klein deel van haar activiteiten voorziet in behoeften van algemeen belang is zij aanbestedingsplichtig; óók voor de inkoop ten behoeve van activiteiten waarmee niet wordt voorzien in behoeften van algemeen belang.

Een schap kán met zijn primaire activiteit ook niet op een markt concurreren. Wsw-bedrijven zijn slechts ten dele op één lijn zijn te stellen met commerciële ondernemingen. Het uitgangspunt van het gemiddelde werkvoorzieningschap is dat het een leer/werk bedrijf wil zijn. De beperkingen van de sw-geïndiceerden zijn leidend bij het bepalen van de te ontplooiën activiteiten. Dit zal in de regel tot gevolg hebben dat sommige activiteiten verlieslatend zijn en sommige activiteiten winstgevend zijn. In tegenstelling tot wat bij commerciële ondernemingen harde noodzaak is, zal voor een schap het afstoten van verlieslatende activiteiten regelmatig geen optie zijn. Dit omdat die activiteiten nodig zijn voor de ontwikkeling van zijn cliënten. De spanning tussen het financiële resultaat (negatief) en sociale resultaat (positief voor de ontwikkeling van medewerkers) valt dan uit in het voordeel van het sociale resultaat. Het negatieve exploitatieresultaat komt dan ten laste van de participanten. De totale mix moet optimaal zijn in de zin dat aan de taakstelling wordt voldaan en het resultaat zo gunstig mogelijk is. In zoverre ligt hier ook een argument voor toepassing van deze vrijstelling.

- De instelling loopt geen of slechts een beperkt economisch risico bij de uitoefening van haar taken en activiteiten<sup>30</sup> Dit element hangt nauw samen met het eerste element hierboven. Wanneer een door de overheid gecontroleerde instelling onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, vindt het Hof het waarschijnlijk dat de behoeften waarin de instelling voorziet een commercieel of industrieel karakter hebben. Een dergelijke instelling zal volgens het Hof normaal gesproken niet ingaan op verzoeken tot levering aan de overheid onder voorwaarden die economisch niet verantwoord zijn (en daarmee de concurrentie beperken)<sup>31</sup> Zoals hiervoor al is aangegeven is een werkvoorzieningschap niet onder normale marktvoorwaarden actief. Daarnaast loopt het schap geen dan wel beduidend minder risico bij zijn activiteiten omdat exploitatietekorten worden gedekt door de deelnemende gemeenten.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> HvJ EG, arrest van 22 mei 2003, zaak C-18/01, Korhonen, rov. 51.

<sup>31</sup> HvJ EG, Korhonen, rov. 52.

<sup>32</sup> Het is juist op deze punten dat het Hof vragen stelde aan de Finse regering in de zaak C-18/01 Korhonen en op de antwoorden zijn oordeel baseerde dat de betrokken instelling voldeed aan de eerste voorwaarde. Aan de orde was de vraag of een regionale ontwikkelingsmaatschappij een publiekrechtelijke instelling was. In de rov. 53 – 55 is te vinden: *'53. In antwoord ... heeft de Finse regering ... verklaard dat vennootschappen als Taitotalo juridisch gezien weliswaar weinig verschillen van naamloze vennootschappen in handen van particulieren, aangezien zij dezelfde economische risico's dragen en eveneens failliet kunnen worden verklaard, maar dat de territoriale lichamen waartoe zij behoren*

28. Aan de tweede voorwaarde, de eis van rechtspersoonlijkheid, wordt in de regel voldaan.
29. De derde voorwaarde houdt in dat er sprake moet zijn van een of meer van de volgende situaties:
- de activiteiten van de instelling moeten in hoofdzaak door een andere aanbestedende dienst worden gefinancierd;
  - het beheer van de activiteiten van de instelling moet zijn onderworpen aan toezicht door een andere aanbestedende dienst;
  - de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan van de instelling moeten voor meer dan de helft door een andere aanbestedende dienst zijn aangewezen.

Het gaat om alternatieve criteria. Het is dus voldoende als aan één van de criteria is voldaan. Van belang is dat er sprake moet zijn van een 'sterke afhankelijkheid' van de instelling van de aanbestedende dienst.<sup>33</sup>

30. Het ligt voor de hand dat een werkvoorzieningschap voldoet aan een of meer van de ~~de~~ alternatieve criteria. Om te bepalen of aan deze criteria is voldaan, is een concrete toets noodzakelijk.

Voor wat betreft de voorwaarde van financiering geldt dat niet alle betalingen door een aanbestedende dienst tot gevolg hebben dat een bepaalde ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt verdiept. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als openbare financiering.<sup>34</sup> Wanneer een instelling voor meer dan vijftig procent openbaar wordt gefinancierd, dan is er sprake van financiering 'in hoofdzaak'.<sup>35</sup>

---

*het zekeren zover zullen laten komen en eventueel tot kapitaal verhoging van die vennootschappen zullen overgaan om hen in staat te stellen, door te gaan met de taken waarvoor zij waren opgericht (...) 54. (...) heeft de Finse regering voorts verklaard dat het weliswaar niet uitgesloten is dat de activiteiten van de vennootschappen als Taitotalo winst opleveren, maar dat het nastreven van winst in geen geval hoofddoel van die vennootschappen mag zijn, aangezien voor hen volgens de Finse wetgeving steeds de bevordering van het algemeen belang van de inwoners van het territoriale lichaam voorop moet staan. 55. Gezien een en ander, en te meer nu (...) [Taitotalo] overheidsfinanciering heeft ontvangen (...) lijkt het waarschijnlijk dat een activiteit als die van Taitotalo (...) in een andere behoefte van algemeen belang voorziet dan een behoefte van industriële of commerciële aard.' Deze overwegingen hebben perfecte geldingskracht op de uitvoering van de Wsw door Wsw-uitvoeringsorganisaties.*

<sup>33</sup> HvJ EG arrest van 3 oktober 2000, zaak C-380/98, University of Cambridge, rov. 20. HvJ EG arrest van 1 februari 2001, zaak C-237/99 Commissie/Frankrijk, rov. 44.

<sup>34</sup> HvJ EG University of Cambridge, rov. 21.

<sup>35</sup> HvJ EG University of Cambridge, rov. 50.

Er zal in de regel sprake zijn van voldoende invloed op de bestuurs- en toezichhoudende organen van de Wsw-uitvoeringsorganisaties.

Voor wat betreft het toezicht op het beheer is van belang dat uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat het toezicht op het beheer moet leiden tot controle vooraf op het plaatsen van overheidsopdrachten.<sup>36</sup>

31. Alhoewel elke keer een aparte toetsing noodzakelijk is, is aannemelijk dat veel Wsw-uitvoeringsorganisaties voldoen aan de criteria voor het zijn van publiekrechtelijke instelling.

### **Alleenrecht**

32. Er moet verder sprake zijn van een alleenrecht dat (i) is neergelegd in een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, (ii) op een uitdrukkelijke en doorzichtige wijze is toegekend en (iii) verenigbaar is met het EG-Verdrag.
33. Het alleenrecht kan naar onze mening worden gevestigd door middel van een publiekrechtelijke rechtshandeling waarbij de Wsw-uitvoeringsorganisatie door elke betrokken gemeente wordt aangewezen om exclusief bepaalde vormen van dienstverlening te verrichten. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan een verordening of een (aanwijzings)besluit van de betrokken gemeente waarin de Wsw-uitvoeringsorganisatie het alleenrecht krijgt om gedurende een bepaalde tijdsduur bepaalde diensten te verlenen. Van belang is dat het besluit vooraf moet worden gepubliceerd. De eventuele uitwerking hiervan zal op een later tijdstip in overleg met de betrokken gemeente moeten plaatshebben.

De grondslag voor de vestiging van het exclusieve recht kan een gemeentelijke verordening bieden. Indien het om de inzameling van huishoudelijk afval gaat, zou dat in de Verordening Afvalstoffen kunnen worden geregeld. Voor alle overige gemeentelijke opdrachten zou een separate Verordening kunnen worden opgesteld op grond van artikel 149 juncto artikel 108, eerste lid, van de Gemeentewet. Zoals uit de tekst van laatstgenoemd artikellid blijkt, dient het daarbij steeds te gaan om "de huishouding van de gemeente". De exclusief door de gemeente te verstrekken opdrachten dienen dus steeds te zien op de levering van producten en/of diensten betreffende "de huishouding van de gemeente".

Het onderhoud van openbaar groen bijvoorbeeld kan volgens ons worden gezien als een activiteit die behoort tot de huishouding van de gemeente. Van wezenlijk belang daarbij is dat

<sup>36</sup> HvJ EG arrest van 1 februari 2001, zaak C-237/99, Commissie/Frankrijk, rov. 48. HvJ EG arrest van 27 februari 2003, zaak C-373/00, Truley, rov. 70.



het gaat om in eigendom bij de gemeente zijnde grond, die wezenlijk onderdeel uitmaakt van de inrichting van de fysieke infrastructuur in een dorp.

Nader moet worden bezien op welke wijze een en ander op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze in een verordening zou kunnen worden geregeld zonder dat de aan het schap toegedachte rol daarbij in gevaar komt. Daarbij zou een rol kunnen spelen dat het schap met Wsw-gelden gefinancierd is en de gemeente eventuele tekorten bij het schap uit de algemene middelen zal moeten bijpassen. Dit laatste zou ook een reden kunnen zijn om exclusief aan het schap te gunnen.

Aangezien in gemeentelijke verordeningen doorgaans algemeen verbindende voorschriften worden opgenomen, heeft het onze voorkeur het schap niet in de verordening zelf te noemen. Indien het exclusieve recht in de verordening zelf aan het schap wordt toegekend, zou discussie kunnen ontstaan omtrent de vraag of deze toekenning niet als een in de verordening opgenomen besluit moet worden gezien. Dit maakt dat de totstandkoming/toekenning van het exclusieve recht wellicht minder uitdrukkelijk en in ieder geval minder doorzichtig geschiedt dan gewenst/noodzakelijk is.

Ons inziens zou de verordening algemene richtlijnen/criteria moeten bevatten waarbinnen de gemeente tot exclusieve gunning kan overgaan. Uiteraard dienen deze richtlijnen/criteria te worden toegesneden op het betrokken werkvoorzieningschap. Vervolgens zou op basis van de verordening een besluit kunnen worden genomen, waarbij het schap het exclusieve recht tot het verlenen van bepaalde diensten en/of het leveren van bepaalde producten wordt toegekend. Tegen dit besluit (zijnde een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb) staat vervolgens rechtsbescherming open. De doorzichtigheid van de toekenning is in dat geval maximaal.

Bekendmaking van een verordening vindt plaats op grond van artikel 139, tweede lid, Gemeentewet in het Gemeenteblad dan wel, bij gebreke daarvan, door opneming in een andere door de gemeente algemeen verkrijgbaar gestelde uitgave. Het besluit tot verlening van het exclusieve recht zou ons inziens bij voorkeur overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:42 van de Awb bekend dienen te worden gemaakt, teneinde te voldoen aan de voorwaarde van doorzichtigheid van de besluitvorming. Verder zou voorafgaande publicatie op de website van de betrokken gemeente de voorkeur hebben.

34. De verenigbaarheid met het EG-Verdrag betreft met name van overheidswege gecreëerde dienstverleningsmonopolies die het gehele land of een wezenlijk deel daarvan bestrijken. Onder omstandigheden kunnen dergelijke monopolies op gespannen voet staan met de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van diensten en inzake de mededinging. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie is af te leiden dat het met name gaat om artikel 86, eerste lid jo. artikel 82 EG-Verdrag. Artikel 86, eerste lid bepaalt dat lidstaten met betrekking tot openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij

bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen enkele maatregel nemen welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag en met name met de mededingingsregels. Het begrip lidstaat wordt ruim uitgelegd. Ook gemeenten vallen hieronder. Een gemeente zou in strijd handelen met artikel 86 lid 1 EG-Verdrag indien de verlening van het alleenrecht misbruik van machtspositie oplevert van de ontvangende partij (de Wsw-uitvoeringsorganisatie). Naar aannemelijk is, is dit niet het geval.

Er moet namelijk aan diverse voorwaarden worden voldaan. Ten eerste moet de Wsw-uitvoeringsorganisatie daadwerkelijk een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt innemen. Het is de vraag of de regio's van de betrokken gemeenten een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen. Ten tweede is de kans klein dat een Wsw-uitvoeringsorganisatie een machtspositie inneemt op de markt voor dienstverlening waarvoor zij een exclusief recht krijgt. Een exclusief recht om het 'openbare groen' in een bepaalde gemeente te onderhouden, zal niet snel tot een machtspositie leiden. Voorts zal er sprake moeten zijn van misbruik. Het enkele verlenen van een alleenrecht waardoor een machtspositie ontstaat is niet in strijd met het Verdrag. Een lidstaat handelt slechts in strijd met artikel 86 lid 1 jo. artikel 86 EG-Verdrag wanneer de betrokken onderneming (de Wsw-uitvoeringsorganisatie) door de enkele uitoefening van haar recht misbruik van haar machtspositie maakt of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.<sup>37</sup> Dat er sprake is van misbruik ligt niet voor de hand. Voorts moet de maatregel de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Dit betekent dat door de maatregel andere ondernemers gevestigd in andere lidstaten dan Nederland daadwerkelijk worden belet om in de regio's van de gemeenten de betrokken dienstverlening te verrichten. Zelfs al zou het misbruik vastgesteld kunnen worden, dan is verdedigbaar dat de betrokken gemeenten een beroep kunnen doen op artikel 86 lid 2 van het Verdrag. Volgens deze bepaling kunnen lidstaten aan ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, uitsluitende rechten verlenen die de toepassing van de mededingingsregels kunnen belemmeren, voor zover de beperkingen van de mededinging (of zelfs de uitsluiting van elke mededinging) noodzakelijk zijn om te verzekeren dat de houders van de uitsluitende rechten de hun opgedragen taak kunnen vervullen.<sup>38</sup> Volgens het Hof moet nagegaan worden of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de houder van het alleenrecht in staat te stellen zijn taak van algemeen belang te vervullen onder economisch aanvaardbare omstandigheden. Daartoe moet volgens de rechtspraak van het Hof *'worden uitgegaan van de premisse, dat de verplichting van degene die met die taak is belast, zijn diensten te verzekeren zonder daarbij het economisch evenwicht te verliezen, de mogelijkheid van compensatie tussen rendabele en minder rendabele bedrijvigheid veronderstelt en dus een beperking van*

<sup>37</sup> HvJ EG arrest van 25 oktober 2001, zaak C-475/99, Ambulanz Glockner, rov. 39.

<sup>38</sup> HvJ EG arrest van 19 mei 1993 Corbeau, zaak C-320/91, Jur. I-2533, rov. 14. HvJ EG Ambulanz Glockner, rov. 56.

de mededinging door particuliere ondernemers in de economisch rendabele sectoren rechtvaardigt.<sup>39</sup>

35. Uit de vrije verkeersbepalingen van het EG-Verdrag (met name het recht van vrije vestiging en vrij verkeer van diensten) in combinatie met belangrijke algemene beginselen van aanbestedingsrecht (non-discriminatiebeginsel, beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel) volgt naar onze mening nog wel dat de betrokken gemeente haar voornemen om een alleenrecht te verlenen tijdig vooraf openbaar moet maken. Een korte omschrijving van het alleenrecht en van de begunstigde zou moeten volstaan. Indien een private onderneming na lezing van de publikatie zich zou melden, kan worden volstaan met de mededeling dat zij niet in aanmerking komt voor het exclusieve recht. De private onderneming voldoet immers niet aan de criteria voor het zijn van publiekrechtelijke instelling. Gelet op de toepassing van deze vrijstelling komen enkel aanbestedende diensten daarvoor in aanmerking. Indien een andere Wsw-uitvoeringsorganisatie zich zou melden, zou er discussie kunnen ontstaan over de exclusieve aanwijzing. Deze situatie zou bij voorkeur door middel van bestuurlijk overleg moeten worden voorkomen c.q. worden opgelost.

#### IV. Conclusie

36. Indien gemeenten aan 'hun' werkvoorzieningschap 'onderhands', dat wil zeggen zonder aanbesteding opdrachten willen verstrekken, dienen zij rekening te houden met het volgende:
- Omdat het schap en de gemeenten verschillende rechtspersonen zijn, kan geen gebruik worden van de vrijstelling voor in-houseopdrachtverlening'.
  - De vrijstelling voor 'quasi-inhouseopdrachtverlening' is niet te vinden in de Richtlijn Overheden of in het Besluit aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten. Het is een vrijstelling die door het Hof van Justitie van de EG is geformuleerd en waarvoor twee strikt toe te passen criteria gelden: (i) op het schap moet toezicht worden uitgeoefend als ware het een eigen dienst van iedere gemeente en (ii) het schap moet in hoofdzaak werken voor de gemeenten die hem hebben opgericht. Private partijen mogen niet participeren. Deze vrijstelling kan in de praktijk bruikbaar zijn.
    - Aan het criterium voor toezicht kunnen de oprichtende gemeenten in hun geheel voldoen. Het toezicht moet zowel betrekking hebben op strategische beslissingen als op 'gewone' beslissingen (randnr. 12). Dit

<sup>39</sup> HvJ EG Corbeau rov. 16/17 en HvJ EG Ambulanz Glockner rov. 57

kan onder meer in de gemeenschappelijke regeling worden neergelegd. In de jurisprudentie van het Hof zijn aanwijzingen te vinden dat in geval het schap onder controle staat van een groep gemeenten, maar geen van deze gemeenten individuele (of samen met een of meer andere gemeenten gezamenlijke) zeggenschap hebben, aan het toezichtcriterium niet wordt voldaan. Logisch is dit echter niet (zie randnr. 17). Indien gemeenten op zeker willen spelen, zou gewerkt kunnen worden met vetorechten dan wel zeggenschap voor de belangrijkste gemeente(n) kunnen worden geconstrueerd.

- Aan het tweede criterium wordt enkel voldaan indien het werkvoorzieningschap praktisch geheel voor de oprichtende gemeenten werkt. Voor het werken voor derden moet gebruik worden gemaakt van een andere entiteit; dit is in de praktijk te regelen.
  
- De vrijstelling voor gunning van opdrachten bij wege van een exclusief recht is bruikbaar indien de betrokken gemeenten en het werkvoorzieningschap aan diverse voorwaarden kunnen voldoen: (i) het schap moet zelf aanbestedende dienst zijn, (ii) de opdrachtgever moet de opdracht verstrekken door middel van een uitsluitend recht, (iii) het uitsluitend recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben, (iv) de verlening van het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het EG-Verdrag en (v) het uitsluitend recht moet op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze zijn verleend. Van belang is dat aan alle voorwaarden kan worden voldaan. Een werkvoorzieningschap kwalificeert in de regel als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst. Aan de tweede, derde en vijfde voorwaarde kan – mits zorgvuldigheid wordt betracht – worden voldaan (zie randnr. 33) De verlening van het uitsluitende recht zal verder niet snel strijd opleveren met enige bepaling van het EG-Verdrag. Zie verder het advies.
  
- De uitwerking van de criteria van beide vrijstellingen is maatwerk en vereist zorgvuldige redactie van onder meer de gemeenschappelijke regeling.