

MEMORANDUM

Aan : Kennan Williams; gemeente Enschede

Van : Arnold Gelderman; KienhuisHoving

Datum : 13 mei 2019

Inzake : Gemeente Enschede / quasi-inbesteding duurzame energie - 201910348

I. Conclusies

Vraag 1: *“Kunnen de gemeenten een succesvol beroep doen op quasi-inbesteden?”*

1. Twentse gemeenten die aandeelhouder zijn van Twence Holding kunnen een opdracht voor de levering van (additionele) duurzame energie enkelvoudig onderhands gunnen aan AVI-Twente. Het is juridisch verdedigbaar dat de gemeenten een beroep kunnen doen op een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht genoemd in artikelen 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet 2012 (quasi-inbesteden). Wel merken wij in dit verband op dat de aandeelhouders van Twence Holding van hun statutaire bevoegdheden gebruik dienen te maken, zodat de besluitvormende organen in de holding (het bestuur en de raad van commissarissen) *daadwerkelijk* bestaan uit vertegenwoordigers van de aandeelhouders (waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen). Dit laatste is noodzakelijk om *gezamenlijk toezicht* op Twence Holding uit te oefenen.

Vraag 2: *“Kunnen gemeenschappelijke regelingen die door de gemeenten zijn opgericht en worden gecontroleerd ook onderhands gunnen aan AVI-Twente?”*

2. De regels in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en in de Aw 2012 inzake quasi-inbesteding (artikelen 2.24a en 2.24b Aw 2012) bieden geen ruimte aan gemeenschappelijke regelingen die door de gemeenten zijn opgericht en worden gecontroleerd om een opdracht voor de levering van duurzame energie enkelvoudig onderhands te gunnen aan AVI-Twente. Mochten gemeenschappelijke regelingen toch een onderhandse gunning aan AVI-Twente willen overwegen, dan raden wij de gemeenschappelijke regelingen aan om andere uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht te onderzoeken en/of om te werken met een *ex ante bekendmaking* om rechtszekerheid te vergroten. Concrete handvatten staan in onderhavig advies.

Vraag 3: *“Wat is de consequentie als tijdens de looptijd van de overeenkomst inzake de levering van duurzame energie een einde komt aan de voorwaarden van de quasi-inbesteding op grond waarvan die overeenkomst niet Europees is aanbesteed?”*

3. Indien een gemeente zijn aandelen in Twence Holding gedurende de looptijd van de overeenkomst inzake de levering van duurzame energie verkoopt, dan dient de overeenkomst met die betreffende gemeente (van rechtswege) te eindigen. De juridische legitimatie van de onderhandse gunning komt in onze optiek te vervallen wanneer een gemeente als gevolg van de verkoop van zijn aandelen niet langer toezicht op de holding en AVI Twente kan uitoefenen. Een beëindiging van rechtswege raden wij ook aan omdat het voorzetten van de overeenkomst na verkoop van de aandelen de quasi-inbestedingsconstructie van de resterende aandeelhouders op losse schroeven kan zetten.

II. Achtergronden en vraagstelling

4. Een aantal gemeenten uit Twente zijn op dit moment bezig met het formuleren van een visie en een opdracht voor de inkoop van duurzame energie. Deze, in beginsel Europees aanbestedingsplichtige, opdracht wordt weggezet om onder andere te voldoen aan de landelijk vastgestelde duurzaamheidsdoelstellingen en de Regionale Energie Strategie (RES). De duurzame energie moet additioneel worden opgewekt en worden geleverd. Dit houdt in dat er nieuwe installaties moeten komen die extra duurzame energie gaan opwekken bovenop de duurzame energie die reeds geproduceerd wordt.
5. Alle (veertien) Twentse gemeenten, behalve de gemeente Rijssen-Holten, zijn voornemens om de opdracht voor de levering van (additionele) duurzame energie enkelvoudig onderhands te gunnen aan AVI-Twente B.V. (hierna: “AVI-Twente”), een 100% dochter van Twence Holding B.V. (hierna: Twence Holding). In dat kader willen de dertien gemeenten een beroep doen op een uitzondering op de (Europese) aanbestedingsplicht genoemd in artikelen 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012).
6. De eerste vraag **(i)** is of de dertien gemeenten zich met succes kunnen beroepen op voornoemde uitzondering op de aanbestedingsplicht (quasi-inbesteding). Ten tweede **(ii)** wenst de gemeente Enschede te vernemen of ook gemeenschappelijke regelingen die door de gemeenten zijn opgericht en worden gecontroleerd (bijvoorbeeld de Veiligheidsregio) een beroep kunnen doen op deze uitzondering op de aanbestedingsplicht. Tot slot **(iii)** wenst de gemeente Enschede te vernemen of een gemeente die zijn aandelen in Twence Holding op termijn verkoopt¹ zich alsnog kan beroepen op de overeenkomst inzake de inkoop van duurzame energie, wanneer zij als gevolg van het verkopen van de aandelen niet langer toezicht kan uitoefenen op Twence Holding (en AVI-Twente).

¹ De gemeenten Almelo en Oldenzaal overwegen hun aandelen in Twence Holding te verkopen.

7. Deze drie vragen worden in paragraaf IV. van onderhavig memorandum beantwoord. Eerst staan wij in paragraaf III. stil bij het relevante juridische kader. Op verzoek van de gemeente Enschede gaan wij in dit memorandum niet in op de vraag of andere uitzonderingen op de (Europese) aanbestedingsplicht van toepassing zouden kunnen zijn.²

III. Relevant juridisch kader

Voorwaarden voor quasi-inbesteding

8. Van zuiver inbesteden is sprake in het geval een aanbestedende dienst zelf personeel/materieel in huis heeft om opdrachten te vervullen en om die reden geen overeenkomst met een andere rechtspersoon hoeft te sluiten om bepaalde opdrachten uit te laten voeren. Omdat in die situatie geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een andere rechtspersoon – en er dus geen sprake is van een overheidsopdracht – bestaat er in het geval van inbesteden geen (Europese) aanbestedingsplicht.³
9. In sommige gevallen besluiten gemeenten om bepaalde dienstverlening ‘op afstand te zetten’ en een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten om van daaruit activiteiten te laten verrichten. In die gevallen hebben de gemeenten zelf geen personeel/materieel in huis, maar geven de gemeenten de aan hen gelieerde rechtspersoon de opdracht om bepaalde werken te realiseren, producten te leveren of diensten te verrichten. Omdat in die omstandigheden de gemeenten de activiteiten niet in eigen beheer verrichten, maar een opdracht geven aan een andere gelieerde rechtspersoon die als het ware een verlengstuk is van gemeenten, wordt gesproken over quasi-inhouse opdrachtverlening of quasi-inbesteden.
10. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in een reeks van arresten bepaald dat een overheidsopdracht die wordt verleend aan een gelieerde rechtspersoon onder omstandigheden niet (Europees) aanbestedingsplichtig is. Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en in artikelen 2.24a en 2.24b Aw 2012.
11. Artikel 2.24a Aw 2012 heeft betrekking op de situatie waarin één aanbestedende dienst een gelieerde rechtspersoon controleert. Dit artikel bepaalt dat er geen Europese aanbestedingsplicht bestaat voor overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund indien:

² Het kan wel verstandig zijn om ook andere uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht (op een later tijdstip) te onderzoeken. Mochten meerdere uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht van toepassing zijn dan kunnen de gemeenten immers, mocht dat nodig zijn, ‘voor meerdere juridische ankers gaan liggen’ om de onderhandse gunning aan AVI Twente te rechtvaardigen. Zie e-mail d.d. 30 april 2019.

³ Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NLRBDHA:2018:316.

- (i) de aanbestedende dienst over de betrokken rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten (toezicht-criterium),
- (ii) meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst (activiteiten-criterium) en
- (iii) er – eventuele wettelijke uitzonderingen daargelaten – geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon (privékapitaal-criterium).

12. Deze drie cumulatieve criteria zijn nader uitgewerkt in de jurisprudentie en in de wet. Wordt aan deze drie criteria voldaan, dan is er sprake van quasi-inbesteden en is de opdracht aan de gelieerde entiteit niet aanbestedingsplichtig. Hieronder worden deze drie criteria nader uitgelegd.

Wat houdt het toezicht-criterium in?

13. Volgens artikel 2.24a lid 3 Aw 2012 oefent een aanbestedende dienst ‘toezicht’ uit in voornoemde zin indien hij zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Uit rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het toezicht structureel, functioneel en effectief moet zijn.⁴ Een ‘papieren toezicht’ volstaat niet. De gekozen rechtsvorm van de gecontroleerde rechtspersoon of het feit dat de controlerende aanbestedende dienst het volledige kapitaal van de rechtspersoon in handen heeft, is op zichzelf staand niet doorslaggevend bij de beoordeling of sprake is van toezicht als op de eigen diensten. Als de aanbestedende dienst het volledige kapitaal van een rechtspersoon in handen heeft, dan is dit wel een aanwijzing dat er sprake is van toezicht als op zijn eigen diensten. Marktgerichtheid van een rechtspersoon kan tot de conclusie leiden dat er geen sprake is van toezicht op een rechtspersoon. Marktgerichtheid kan blijken uit het feit dat de rechtspersoon activiteiten ontplooit buiten de nagestreefde doelen zoals vastgesteld in zijn statuten of buiten de geografische omvang van de controlerende aanbestedende diensten, zoals buiten de grenzen van een gemeente.⁵

Toezicht-criterium en holdingstructuren

14. Artikel 2.24a lid 1 sub a Aw 2012 maakt duidelijk dat ook aan het toezicht-criterium wordt voldaan indien een *andere* rechtspersoon dan de aanbestedende dienst op de gecontroleerde rechtspersoon toezicht uitoefent, waarbij de aanbestedende dienst toezicht houdt op die andere rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten. Het werken met een holdingstructuur is

⁴ HvJ EU 29 november 2012, zaak C-182/11 en C-183/11 (*Econord*).

⁵ Tekst en Commentaar Aanbestedingsrecht, p. 87-88.

dus mogelijk. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie uit 2006 blijkt dat een holdingstructuur kan leiden tot een verzwakking van het uitgeoefende toezicht.⁶ Wel wordt in dit kader opgemerkt dat de Europese Commissie in de aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 expliciet heeft voorzien in de mogelijkheid om toezicht uit te oefenen in het geval van holdingstructuren. Ook in een holdingstructuur kan er dus aan het toezicht-criterium voldaan worden.

Gezamenlijk toezicht

15. Toezicht kan ook door meerdere aanbestedende diensten *gezamenlijk* worden uitgeoefend. Volgens artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 worden aanbestedende diensten geacht op een rechtspersoon *gezamenlijk toezicht* uit te oefenen indien:

- (i) de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen,
- (ii) deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- (iii) de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

16. De eerste voorwaarde van lid 2 van dit artikel vereist dat de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten. Individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen. Onder andere uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het niet relevant is dat het toezicht uitgeoefend door de individuele aanbestedende diensten op alle punten hetzelfde is.⁷ Het uitgeoefende toezicht mag echter niet uitsluitend berusten op de toezichtbevoegdheid van de aanbestedende dienst die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken rechtspersoon. Het gezamenlijke toezicht moet structureel, functioneel en effectief zijn. De gehanteerde besluitvormingsprocedure (denk bijvoorbeeld aan de vraag of er bij meerderheid wordt beslist) in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersonen is irrelevant voor de beoordeling of er sprake is van gezamenlijk toezicht.⁸

⁶ HvJEU 11 mei 2006, zaak C-340/04 (*Carbotermo*).

⁷ MvT, Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 40.

⁸ HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*); zie ook tekst en Commentaar Aanbestedingsrecht, p. 91.

17. De tweede voorwaarde van lid 2 van dit artikel is inhoudelijk gelijk aan het toezicht-criterium dat geldt indien er één controlerende aanbestedende dienst is.
18. De derde voorwaarde van lid 2 van dit artikel vereist dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen mag nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. De belangen van de gecontroleerde rechtspersoon kunnen strijdig zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten wanneer deze rechtspersoon marktgericht is (zie opmerkingen hierboven).⁹
19. Het is onduidelijk of voornoemde drie voorwaarden, die gelden voor *gezamenlijk* toezicht, cumulatieve of alternatieve criteria zijn. Op basis van de tekst van Richtlijn 2014/24/EU en de Aw 2012 lijkt te moeten worden afgeleid dat het cumulatieve criteria zijn en dat van gezamenlijk toezicht dus alleen sprake is wanneer alle drie criteria worden vervuld. Echter, in de literatuur wordt aangegeven dat dit mogelijk een te strikte lezing zou zijn.¹⁰ Veiligheidshalve raden wij aanbestedende diensten aan om aan alle drie criteria voor gezamenlijk toezicht te voldoen.
20. Tot slot merken wij ten aanzien van artikel 2.24b Aw 2012 op dat dit artikel, in tegenstelling tot artikel 2.24a Aw 2012, niet expliciet vermeldt dat het werken met een holdingstructuur mogelijk is. Toch menen wij dat het werken met een holdingstructuur ook bij gezamenlijk toezicht mogelijk is. Dit lijkt ook te volgen uit artikel 2.24b lid 1 sub b Aw 2012, waarin ten aanzien van het activiteiten-criterium is bepaald dat ook aan dit criterium wordt voldaan, wanneer meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten *of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen*.

Activiteiten-criterium

21. Aan het activiteiten-criterium wordt voldaan indien meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst(en) of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst(en) gecontroleerde rechtspersonen. Voor de berekening van het percentage van 80% zijn in lid 4 en lid 5 van artikel 2.24a Aw 2012 enkele regels opgenomen. Deze regels gelden op grond van artikel 2.24b lid 3 Aw 2012 ook in het geval van gezamenlijk toezicht. Kort gezegd komen deze regels er op neer dat men in beginsel kijkt naar omzet. Wanneer de entiteit in afgelopen drie jaar meer dan 80% van zijn omzet behaalt uit opdrachten/taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst(en)

⁹ HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*).

¹⁰ W.A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organisation, a nexus of tension & reconciliations, p. 167.

of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst(en) gecontroleerde rechtspersonen, wordt aan het activiteiten-criterium voldaan.

Privékapitaal-criterium

22. Aan het privékapitaal-criterium wordt voldaan wanneer er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon. De woorden ‘privékapitaal’ zijn niet gedefinieerd, zodat het op het eerste gezicht niet duidelijk is wat de Europese Commissie en/of onze wetgever precies met dit criterium bedoelt. De achtergrond van dit criterium blijkt echter uit Europese arresten zoals *Stadt Halle*, *Acoset* en *SUCH*.¹¹ In deze arresten wordt verduidelijkt dat een directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon een onrechtmatig voordeel zou kunnen geven aan *ondernemers* ten opzichte van hun concurrenten. De opdracht wordt immers niet voor mededinging opengesteld. Ook het feit dat het privékapitaal in handen is van particuliere instellingen die maatschappelijke doelstellingen nastreven en geen winstoogmerk hebben, kan volgens het Hof van Justitie niet leiden tot een uitzondering op deze voorwaarde. Particuliere entiteiten kunnen zich namelijk laten leiden door particuliere belangen, in plaats van de door *aanbestedende diensten* nagestreefde doelstellingen van algemeen belang. Bovendien kunnen dergelijke instellingen ook economische activiteiten verrichten in concurrentie met andere marktdeelnemers. In de literatuur wordt – ondanks de vage bewoordingen van de Europese Commissie – dan ook wel aangenomen dat geen sprake is van participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, wanneer de aandelen worden gehouden door aanbestedende diensten. Het feit dat aanbestedende diensten ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen zijn, zoals bijvoorbeeld een B.V. of N.V., is dus niet relevant.¹²
23. Deelneming van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is overigens wel 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 opleveren van controle of blokkerende macht en er mag geen sprake zijn van uitoefening van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon. Dit blijkt uit artikel 2.24a lid 1 sub c Aw 2012 en artikel 2.24b lid 1 sub c Aw 2012.

‘Terugbesteden’ en ‘zijwaarts gunnen’

24. In artikel 2.24a lid 2 Aw 2012 is bepaald dat een gecontroleerde rechtspersoon zoals bedoeld in lid 1, die tevens aanbestedende dienst is een overheidsopdracht mag gunnen aan de aanbestedende dienst die deze rechtspersoon controleert. Dit word ook wel ‘terugbesteden’ genoemd. Daarnaast is bepaald dat een gecontroleerde rechtspersoon zoals bedoeld in lid 1 die tevens aanbestedende dienst is een overheidsopdracht mag gunnen aan een andere

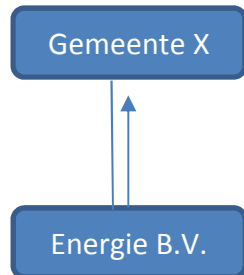
¹¹ HvJEU 11 januari 2005, zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), HvJEU 15 oktober 2009, zaak C-196/08 (*Acoset*) en HvJEU 19 juni 2014, zaak C-574/12 (*SUCH*).

¹² W. A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organisation, a nexus of tension & reconciliations, p. 175.

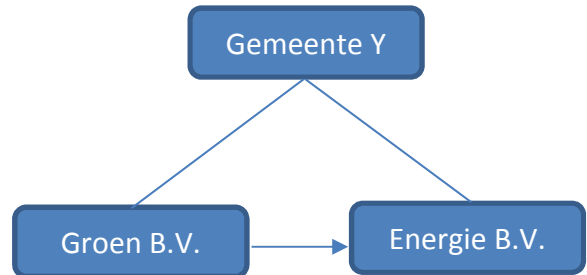
rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Dit laatste wordt ook wel 'zijwaarts gunnen' genoemd. Voor beide uitzonderingen geldt dat er geen directe participatie van privékapitaal in de rechtspersoon aan wie de opdracht wordt gegund mag zijn (uitzonderingen daargelaten).

25. De volgende sterk versimpelde figuren illustreren deze typen uitgezonderde opdrachten. In figuur 1 verstrekt de publiekrechtelijke instelling Energie B.V., een gecontroleerde rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2.24a lid 1 Aw 2012, een opdracht voor administratieve diensten aan gemeente X. Deze opdracht is niet aanbestedingsplichtig. In figuur 2 verstrekt de publiekrechtelijke instelling Groen B.V., een gecontroleerde rechtspersoon zoals bedoeld in artikel 2.24a lid 1 Aw 2012, een opdracht voor de levering van duurzame energie aan Energie B.V., een B.V. die ook door de gemeente Y wordt gecontroleerd. Ook deze opdracht is niet aanbestedingsplichtig.

Figuur 1: terugbesteden



Figuur 2: zijwaarts gunnen



26. De mogelijkheid tot terugbesteden en zijwaarts gunnen wordt niet genoemd in artikel 2.24b Aw 2012, welk artikel betrekking heeft op de situatie waarin gezamenlijk toezicht wordt uitgeoefend. In de literatuur (o.a. door Janssen) wordt daarom betoogd dat terugbesteden en/of zijwaarts gunnen niet mogelijk is in een situatie waarin sprake is van gezamenlijk toezicht. Andere rechtsgeleerden (o.a. Essers) onderschrijven dit standpunt, maar merken wel op dat er in het veld discussie bestaat over dit onderwerp.

Janssen: "Interestingly enough, the EU legislature appears to have excluded reversed and horizontal awards in the case of a jointly controlled formally legal entity or entities. A teleological interpretation based on the general gist of Article 12 Directive 2014/24/EU (i.e. more room to exclude internal awards in the same chain of authority) and the fact that both Sections 2 and 3 of Article 12 refer to Section 1 still appear insufficient to conclude in favour of such a broad interpretation. In addition, the fact that the activities criterion also refers to activities of 'other legal persons controlled by the same contracting authorities' have resulted in the question whether it would not implicitly be allowed to extend this exemption. The strongest argument, however, against these positions is that Article 12 simply does not explicitly contain this exemption, whereas legislative history of this article. It was proposed to extend this exemption, but it did not make it in the final wording of this article. Also, a broad application without legislative basis does not sit well in relation to the required restrictive interpretation of

exemptions under EU law.¹³

Essers: "Een andere uitbreiding betreft de opdrachten van een gecontroleerde aanbestedende dienst aan de aanbestedende dienst die hem controleert of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd (artikel 2.24a lid 2 AW). Hier wordt wel van opwaarts inbesteden gesproken. [...] De uitzondering voor gunning van opdrachten door een aanbestedende dienst aan een controlerende aanbestedende dienst (artikel 2.24a lid 2 AW, opwaarts inbesteden) geldt niet voor gezamenlijk toezicht nu een equivalent van dit artikel niet in artikel 2.24b AW is opgenomen. Wel merken wij op dat over deze uitleg in het veld discussie bestaat.¹⁴

Beëindiging voorwaarden quasi-inbesteden tijdens de looptijd van een uitgezonderde opdracht

27. De Europese aanbestedingsrichtlijnen noch de Aw 2012 bevatten voorschriften die bepalen wat er gebeurt als tijdens de looptijd van de overeenkomst de in-house relatie eindigt waarop de onderhandse gunning van die overeenkomst is gebaseerd. Wel valt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie af te leiden dat er in dat geval een nieuwe aanbestedingsplicht ontstaat. Zo heeft het Hof van Justitie in het *Sea-arrest* – ten aanzien van het privékapitaal-criterium – bepaald:

"Er zij evenwel op gewezen dat wanneer in de in punt 51 van het onderhavige arrest vermelde omstandigheden zonder aanbesteding een opdracht zou zijn gegund aan een vennootschap waarvan het kapitaal in handen van de overheid is, het feit dat particuliere aandeelhouders later – maar nog altijd binnen de looptijd van die opdracht – mogen participeren in het kapitaal van die vennootschap, een wijziging zou opleveren van een basisvoorwaarde voor de opdracht waarvoor een aanbesteding moet worden uitgeschreven.¹⁵

28. In gezaghebbende aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt daarom, zij het wat voorzichtig, aangenomen dat een nieuwe aanbestedingsplicht ook ontstaat, wanneer de inhouse-relatie eindigt gedurende de looptijd van het contract, omdat niet langer aan het toezicht-criterium wordt voldaan.

"The Court has stated that where a contract is covered by the Teckal-doctrine at the time of award, but the requirement that there should be no private participation in the awardee ceases to apply during the life of a contract, there is a new contract that must be awarded under the directive. The same may also apply where the aspects of the control discussed above cease to be met whilst the contract is ongoing".¹⁶

29. Met inachtneming van bovenstaand juridisch kader beantwoorden wij de drie vragen van de gemeente Enschede als volgt.

¹³ W. A. Janssen, EU Public Procurement Law & Self-Organisation, a nexus of tension & reconciliations, p. 196.

¹⁴ M.J.J.M. Essers, Aanbestedingsrecht voor overheden, vijfde volledig herziene druk, p. 143-144.

¹⁵ HvJEU 10 september 2009, zaak C-573/07 (*Sea*).

¹⁶ S. Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, Third edition, p. 509.

IV. Beantwoording vragen

Vraag 1: *“Kunnen de gemeenten een succesvol beroep doen op quasi-inbesteden?”*

30. Alvorens deze vraag te beantwoorden wordt opgemerkt dat Twence in 2013 door KienhuisHoving is geadviseerd over de vraag of de (via het aandeelhouderschap in Twence Holding) in AVI Twente deelnemende gemeenten met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering overheidsopdrachten voor de levering van energie enkelvoudig onderhands kunnen gunnen aan AVI Twente. Deze vraag is destijds positief beantwoord:

“het voorgaande leidt tot de conclusie dat het goed verdedigbaar mag worden geacht dat de in AVI deelnemende gemeenten en aanbestedende diensten bij AVI opdrachten tot levering van elektriciteit kunnen plaatsen zonder voorafgaande aanbesteding.”

31. Of de in AVI deelnemende gemeenten anno 2019 *nog steeds* bij AVI Twente opdrachten tot levering van elektriciteit/duurzame energie kunnen plaatsen zonder voorafgaande aanbesteding is afhankelijk van de vraag of (nog steeds) aan het toezichts-, merendeel- en privékapitaal-criteria, zoals hierboven omschreven, wordt voldaan. In dit kader is relevant dat de Aw 2012 in juli van 2016 is herzien als gevolg van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen uit 2014. De aangepaste Aanbestedingswet 2012 bevat sinds 2016 expliciete wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de voorwaarden die gelden voor quasi-inbesteden. De vraag of de gemeenten in 2019 met succes een beroep kunnen doen op quasi-inbesteden dient dus te worden beantwoord aan de hand van het huidige juridische kader.
32. Hieronder zal worden beoordeeld of voldaan wordt aan de drie cumulatieve criteria: het privékapitaal-, toezicht- en activiteiten-criterium.
33. Privékapitaal-criterium: Op basis van de statuten van Twence Holding¹⁷ en AVI Twente¹⁸ kan worden vastgesteld dat er geen participatie van privékapitaal mogelijk is. Beide statuten kennen immers ‘kwaliteitseisen’ die een participatie van privékapitaal onmogelijk maken. Aandelen kunnen slechts (al dan niet indirect) worden gehouden door aanbestedende diensten. Dit blijkt uit artikel 5 van de statuten van Twence Holding en artikel 4 statuten AVI Twente. Aan het privékapitaal-criterium wordt derhalve voldaan.
34. Toezicht-criterium: In het kader van het toezicht-criterium dient eerst te worden beoordeeld of de aandeelhouders van Twence Holding – 15 gemeenten en de publiekrechtelijke instelling Vuilverwerkingsbedrijf Noord Groningen¹⁹ – *gezamenlijk toezicht* uitoefenen op Twence

¹⁷ Statuten Twence Holding van 21 mei 2013.

¹⁸ Statuten AVI Twente van 8 mei 2011.

¹⁹ In dit advies wordt uitgegaan van de vennootschapsrechtelijke structuur genoemd op

Holding. Om dit te bepalen beoordelen wij of de drie voorwaarden in artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 worden vervuld.

35. In dit verband merken wij op dat het ons op basis van de statuten van Twence Holding niet duidelijk is of de besluitvormingsorganen van Twence Holding zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten (waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen). Vastgesteld kan worden dat die mogelijkheid aanwezig is, omdat de aandeelhouders van Twence Holding de commissarissen kunnen benoemen en ontslaan (artikel 17 lid 5 en artikel 19 lid 4 en lid 6 statuten Twence Holding) en omdat de commissarissen op hun beurt het bestuur kunnen benoemen en ontslaan (artikel 13 lid 4 en lid 7 statuten Twence Holding). Zolang de aandeelhoudende aanbestedende diensten door deze statutaire bevoegdheden er ook feitelijk voor zorgen dat het bestuur en de raad van commissarissen (de besluitvormingsorganen van Twence Holding) zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten (waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen), is verdedigbaar dat aan de eerste voorwaarde uit artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 wordt voldaan.
36. Op basis van de statuten van Twence Holding is het verder verdedigbaar dat de aandeelhouders zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van Twence Holding een beslissende invloed kunnen uitoefenen. Dit is verdedigbaar omdat de aandeelhouders op grond van artikel 14 van de statuten het strategisch meerjarenbeleidsplan dienen vast te stellen. Daarnaast geldt dat het bestuur op grond van artikel 15 lid 3 van de statuten bij belangrijke beslissingen de goedkeuring nodig heeft van de raad van commissarissen (welke raad als het goed is bestaat uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten). Op deze manier kunnen de aandeelhoudende aanbestedende diensten dus zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van Twence Holding een beslissende invloed uitoefenen.
37. Tot slot geldt dat Twence Holding op basis van de statuten geen belangen lijkt na te kunnen streven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. Dit heeft onder andere te maken met het feit dat Twence Holding op grond van artikel 3 lid 3 en lid 4 van de statuten niet (te) marktgericht is of kan zijn. Twence Holding laat zich op grond van deze bepalingen niet leiden door enkel economische overwegingen en voorziet juist in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Zij behartigt het maatschappelijk belang en streeft in beginsel geen winst na.
38. Omdat verdedigbaar is dat alle drie voorwaarden in artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 worden vervuld, kan worden aangenomen dat de aandeelhouders gezamenlijk toezicht op Twence

Holding (kunnen) uitoefenen. De vraag of in artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 sprake is van alternatieve of cumulatieve criteria, is in zoverre dus niet relevant.

39. Een volgende vraag die gelet op de holdingstructuur moet worden beantwoord, is of Twence Holding op haar beurt toezicht uitoefent op AVI Twente. Ook dat is in onze optiek het geval. Twence Holding is immers als 100% aandeelhouder in staat het bestuur van AVI Twente te benoemen en te ontslaan, Dit blijkt uit artikel 12 lid 5 en lid 6 van de statuten van AVI Twente. Daar komt bij dat Twence Holding op basis van artikel 13 lid 3 van de statuten van AVI Twente goedkeuring moet geven bij belangrijke besluiten van AVI Twente. Het is daarom goed verdedigbaar dat Twence Holding toezicht op AVI Twente uitoefent zoals op haar eigen diensten. Twence Holding is immers op basis van de statuten in staat om een beslissende invloed uit te oefenen zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van AVI Twente. Voorts geldt dat AVI Twente zich, net zoals Twence Holding, niet laat leiden door enkel economische overwegingen. Zij voorziet in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Zij behartigt het maatschappelijk belang en streeft geen winst na anders dan ten behoeve van de doelstellingen als voorzien door haar aandeelhouders. Dit blijkt uit artikel 2 van de statuten.
40. Tot slot merken wij ten aanzien van het toezicht-criterium nog op dat uit artikel 15 lid 8 van de statuten van Twence Holding blijkt dat besluiten van het bestuur die strekken tot de uitoefening van stemrecht ten aanzien van AVI Twente zijn onderworpen aan de goedkeuring van de aandeelhouders, indien en voor zover sprake is van besluitvorming ten aanzien van onderwerpen die bij de vennootschap aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen of ten aanzien van onderwerpen waartoe bij de vennootschap door de algemene vergadering wordt besloten. Hierdoor hebben de aandeelhouders in Twence Holding in wezen ook zelf, ondanks de holdingstructuur, een beslissende invloed in AVI Twente (zie artikel 13 lid 3 statuten AVI Twente). Hierdoor kan ook niet snel gezegd worden dat de holdingstructuur het toezicht van de aandeelhoudende aanbestedende diensten verzwakt.
41. Activiteiten-criterium: Zoals uit het juridisch kader hierboven blijkt, wordt aan het merendeel-criterium voldaan indien meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen. Op grond van artikel 2.24a lid 4 Aw 2012 wordt het percentage in beginsel berekend op basis van de gemiddelde omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht.
42. Op basis van telefonische inlichtingen van Twence d.d. 7 mei 2019 (mr. M. Oomen) stellen wij vast dat AVI Twente haar omzet gedurende de afgelopen drie jaren heeft behaald met afvalverwerkingsopdrachten die zij uitvoert in opdracht van de aandeelhouders. AVI Twente behaalt volgens Twence niet of nauwelijks omzet met andere activiteiten. Omdat AVI Twente

dus (nagenoeg) al haar omzet behaalt met taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, wordt aan het activiteiten-criterium voldaan. Dat zal niet veranderen wanneer AVI-Twente in de toekomst ook omzet zal behalen met de levering van duurzame energie aan dezelfde aandeelhouders.

N.B. Wij plaatsen één kritische kanttekening bij deze constatering. Het is op basis van de huidige stand van het recht/de rechtspraak logisch om bij het activiteiten-criterium louter te kijken naar de omzet van de rechtspersoon AVI-Twente. Men kijkt in dat geval dus niet naar de totale omzet van Twence als concern. Wel merken wij op dat in de zaak van *Fryslân Milieu*²⁰ door Sita en Van Gansewinkel werd betoogd, dat naar de omzet/activiteiten van het Omrin-concern moest worden gekeken. Ook voor dat argument valt wel iets te zeggen, al is het maar omdat aanbestedende diensten altijd een juridische/papieren werkelijkheid kunnen creëren waarbij een aparte rechtspersoon in een concern 100% van haar omzet behaalt uit opdrachten voor de toezichthoudende aanbestedende diensten, terwijl de praktische werkelijkheid er geheel anders uitziet.

Vraag 2: *“Kunnen gemeenschappelijke regelingen die door de gemeenten zijn opgericht en worden gecontroleerd ook onderhands gunnen aan AVI-Twente?”*

43. Zoals hierboven in paragraaf III. is verduidelijkt, wordt de mogelijkheid tot zijwaarts gunnen niet genoemd in artikel 2.24b Aw 2012 welk artikel betrekking heeft op de situatie waarin gezamenlijk toezicht wordt uitgeoefend. In de literatuur wordt daarom betoogd dat zijwaarts gunnen niet mogelijk is in een situatie waarin sprake is van gezamenlijk toezicht. Een gemeenschappelijke regeling van alle Twentse gemeenten, die zelf een aanbestedende dienst is en door de gemeenten gecontroleerd wordt, kan dus in beginsel niet een opdracht enkelvoudig onderhands gunnen aan een onderneming die ook door de gemeenten gecontroleerd wordt. De regels inzake quasi-inbesteden bieden die mogelijkheid niet. Gelet op de strikte uitleg die geldt bij uitzonderingen op de (Europese) aanbestedingsplicht, is een analoog beroep op artikel 2.24a lid 2 Aw 2012 juridisch niet goed verdedigbaar en (bij gebrek aan jurisprudentie) risicovol.
44. Wel merken wij – met Essers – op dat er in het juridische veld discussie bestaat over dit onderwerp. Betoogd zou kunnen worden dat sprake is van een onbedoelde weeffout/lacune in de Europese aanbestedingsrichtlijnen en Aw 2012. Wij lichten dit als volgt toe. Quasi-inbesteden is een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht, die zijn oorsprong vindt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie (*Teckal-arrest*). De wettelijke regels inzake quasi-inbesteden die wij nu kennen zijn dan ook hoofdzakelijk een codificatie van rechtspraak van

²⁰ Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675.

het Hof van Justitie. Juist uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan men afleiden dat de aanbestedende dienst en de quasi-inbestedingsentiteit moeten worden vereenzelvigd. Omdat sprake is van vereenzelving is de gedachte dat er tussen de rechtssubjecten geen contractuele relatie (overheidsopdracht) bestaat aangezien er geen samentreffen is van twee autonome wilsuitingen die verschillende wettige belangen vertegenwoordigen. Dat is bij gezamenlijk toezicht in onze optiek niet anders. Ook gemeenschappelijke regelingen zijn in wezen 'slechts een verlengstuk' van de gemeenten. Ook gemeenschappelijke regelingen kunnen dus worden vereenzelvigd met de controlerende aanbestedende diensten. Een opdracht van het ene verlengstuk (bijvoorbeeld een gemeenschappelijke regeling) aan de controlerende aanbestedende diensten (terugbesteden) of aan een ander verlengstuk (zijwaarts gunnen) zou – gelet op de ratio achter de uitzondering – ook niet aanbestedingsplichtig moeten zijn, zo zou men kunnen betogen. Of deze argumentatie stand houdt, valt bij gebrek aan jurisprudentie met betrekking tot dit onderwerp niet met zekerheid te zeggen. Ook merken wij op dat er de nodige argumenten zijn te bedenken waarom terugbesteden en/of zijwaarts gunnen niet mogelijk zou zijn in een situatie van gezamenlijk toezicht. Wij denken dan met name aan situaties waarin de 'moederorganisaties' niet identiek zijn. Zo zou het bijvoorbeeld niet logisch zijn wanneer een gemeenschappelijke regeling uit de Achterhoek, met als één van de moederorganisaties de gemeente Berkelland, een opdracht zou mogen gunnen aan AVI Twente, omdat AVI Twente tevens een verlengstuk is van de gemeente Berkelland. Hetzelfde geldt voor de Veiligheidsregio: de Veiligheidsregio heeft andere moederorganisaties dan Twence Holding. Zijwaarts gunnen lijkt in deze situaties niet goed verdedigbaar.

45. Als één of meer de gemeenschappelijke regelingen overwegen om een opdracht voor de levering van duurzame energie één-op-één te gunnen aan AVI-Twente, dan raden wij de gemeenschappelijke regelingen primair aan te onderzoeken of andere uitzonderingen op de Europese aanbestedingsplicht verdedigbaar zijn. De gemeenschappelijke regeling zou bijvoorbeeld kunnen onderzoeken of het verstrekken van een uitsluitend recht (artikel 2.24 sub a Aw 2012) en/of een niet-geïstitutionaliseerde samenwerking (artikel 2.24c Aw 2012) uitkomst zou kunnen bieden.
46. Een andere optie is dat de gemeenschappelijke regelingen werken met een *ex ante bekendmaking* zoals bedoeld in artikel 4.16 lid 1 Aw 2012. Op grond van deze bepaling kunnen de gemeenschappelijke regelingen een *voornemen* tot gunning van de opdracht aan AVI-Twente publiceren op Tendered/TED. In deze aankondiging dient de betreffende gemeenschappelijke regeling op grond van artikel 4.17 Aw 2012 te motiveren waarom zij van mening is dat de opdracht één-op-één gegund kan worden aan AVI-Twente. De gemeenschappelijke regeling zou in dat kader bijvoorbeeld kunnen betogen dat zijwaarts gunnen – gelet op de ratio van quasi-inbesteden – wel mogelijk/toegestaan is.

47. Vervolgens dient de gemeenschappelijke regeling een termijn van twintig kalenderdagen in acht te nemen. Gedurende die termijn mag de gemeenschappelijke regeling de overeenkomst niet sluiten en gedurende die termijn kunnen ondernemers die zich gedupeerd achten (in kort geding) bezwaar maken tegen het voornemen. Wordt binnen deze termijn geen bezwaar aangetekend, of mocht het bezwaar niet tot ingrijpen door de rechter leiden, dan kan de gemeenschappelijke regeling de overeenkomst met AVI-Twente sluiten. De overeenkomst met AVI Twente is in dat geval in beginsel²¹ niet langer vernietigbaar op grond van artikel 4.15 Aw 2012. Het werken met een ex ante bekendmaking kan dus voor meer rechtszekerheid zorgen, hetgeen in de onderhavige situatie een uitkomst kan bieden.

Vraag 3: *“Wat is de consequentie als tijdens de looptijd van de overeenkomst inzake de levering van duurzame energie een einde komt aan de voorwaarden van de quasi-inbesteding op grond waarvan die overeenkomst niet Europees is aanbesteed?”*

48. Zoals hierboven in paragraaf III. is verduidelijkt, geeft de wet geen antwoord op de vraag wat er gebeurt als tijdens de looptijd van de overeenkomst de in-house relatie eindigt waarop de onderhandse gunning van die overeenkomst is gebaseerd. Wel leiden wij uit jurisprudentie van het Hof van Justitie (*Sea-arrest*) af dat er in dat geval een nieuwe aanbestedingsplicht ontstaat. Hoewel het oordeel van het Hof van Justitie in het *Sea-arrest* betrekking heeft op de situatie waarin tijdens de looptijd van de overeenkomst sprake is van participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, valt niet goed in te zien waarom een ander oordeel zou hebben te gelden, wanneer tijdens de looptijd van de overeenkomst niet langer aan andere voorwaarden voor quasi-inbesteden (toezicht- en/of activiteiten-criterium) wordt voldaan. De legitimatie van de onderhandse gunning komt in die situatie te vervallen, zodat er alsnog een aanbestedingsplicht voor de onderhands gegunde opdracht ontstaat. Ook in de literatuur wordt deze opvatting verdedigd.

49. Wanneer een aandeelhouder van Twence Holding zijn aandelen in de holding op termijn verkoopt en daardoor niet langer kan voldoen aan het toezicht-criterium in bovenbedoelde zin, dan dient de enkelvoudig onderhands gegunde opdracht voor de levering van duurzame energie aan AVI Twente voor die betreffende (oud-)aandeelhouder te eindigen. Het lijkt ons verstandig om in de overeenkomsten met AVI-Twente in die beëindiging van rechtswege te voorzien.

50. Tot slot merken wij op dat ook de resterende aandeelhouders er belang bij hebben dat een overeenkomst in deze situaties van rechtswege eindigt. Immers, wanneer AVI-Twente duurzame energie tegen betaling zou blijven leveren aan niet-aandeelhoudende/niet-toezichthoudende gemeenten, dan betekent dat dat AVI Twente procentueel minder van haar

²¹ Volgens het Fastweb-arrest van het Hof van Justitie (zaak C-19/13) kan een rechter nog wel nagaan of een aanbestedende dienst zorgvuldig heeft gehandeld en van mening kon zijn dat daadwerkelijk sprake is van een uitzondering op de aanbestedingsplicht.

activiteiten verricht voor de controlerende aanbestedende diensten. Het activiteiten-criterium kan dus onder druk komen te staan, wanneer AVI Twente energie zou blijven leveren aan partijen die niet langer toezicht op haar kunnen uitoefenen. Dat zou de gehele quasi-inbestedingsconstructie op losse schroeven kunnen zetten, hetgeen onwenselijk is.
