

## **praktijkvraag**

### **Inbesteden of alleenrecht?**

#### **Vraag:**

In de onderhavige situatie bij ons gaat het om een sociale werkvoorzieningsorganisatie in de vorm van een gemeenschappelijke regeling tussen 6 gemeenten. Voor een van die gemeenten wil deze SW-organisatie schoonmaakactiviteiten verrichten. Aan de gemeente is gevraagd om de schoonmaakactiviteiten niet openbaar aan te besteden, maar met toepassing van het begrip inbesteden aan haar te gunnen. Nu wordt gesteld dat art. 18RO/art. 17 Bao zich daartegen verzet, omdat er geen alleenrecht is gevestigd. Inbesteding zou daarom niet mogelijk zijn. Tevens wordt gesteld dat er geen sprake kan zijn van een inhouse opdracht, omdat de gemeenschappelijke regeling geen onderdeel is van de gemeente. De vraag die moet worden beantwoord is of in het onderhavige geval een beroep kan worden gedaan op het begrip inbesteding.

#### **Antwoord:**

Als wij uw nadere uitleg goed begrijpen wenst de gemeente gebruik te maken van een gemeenschappelijke (SW) regeling tussen 6 gemeenten (waaronder uw gemeente) om de schoonmaakwerkzaamheden bij de SW-organisatie weg te zetten.

Ten aanzien van uw de vraag of artikel 18 van Richtlijn 2004/18 (alleenrecht) en de uitzonderingsgrond " inbesteden" hetzelfde betreffen, merken wij het volgende op.

Bij inbesteding wordt in het algemeen bedoeld op opdrachten binnen dezelfde organisatie. Bij dienstverlening binnen een organisatie met ongedeelde rechtspersoonlijkheid is er in principe dan ook geen sprake van overheidsopdrachten in de zin van de richtlijn. De EG richtlijn is niet van toepassing op in-house opdrachtverstrekking voorzover opdrachtgever en -nemer onderdelen zijn van één en dezelfde rechtspersoon. Zijn opdrachtgever en -nemer verschillende rechtspersonen dan geldt de EG-aanbestedingsrichtlijn in beginsel onverkort.

Voor jurisprudentie op het gebied van inbesteden verwijs ik u naar onze website: [www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl), beleidsdossier aanbesteden, onderdeel jurisprudentie, punt 4.

Ten aanzien van inbesteding is dus eerder de conclusie dat er geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van artikel 1 lid 2 sub a van de richtlijn.

Wanneer het echter handelt om een overeenkomst tussen 2 aanbestedende diensten (een aanbestedende dienst met eigen rechtspersoonlijkheid en een andere aanbestedende dienst) komt artikel 18 (alleenrecht) aan bod.

Bij inbesteden kan dus in eerste instantie gedacht worden aan in-house-dienstverlening. De Europese richtlijn is dan niet van toepassing omdat er geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Voor het voldoen aan de terminologie van overheidsopdracht dient er nl. sprake te zijn van een aanbestedende dienst (d.w.z. gemeente of publiekrechtelijke instelling. Zie voor de definitie hiervan in artikel 1 lid 9 van de richtlijn; een gemeenschappelijke regeling kan onder deze definitie vallen) die een opdracht verleent aan een ondernemer.

Bij artikel 18 van de richtlijn zouden wij niet spreken over inbesteden, maar over het verlenen van een exclusief/alleenrecht.

Voor de vraag of er sprake is van inbesteding (dus: een in house-opdracht) dient u dus te bezien in hoeverre er sprake is van een opdracht van een aanbestedende dienst binnen één en dezelfde rechtspersoon. In dat geval dient te worden onderzocht in hoeverre uw gemeente en de gemeenschappelijke regeling als dezelfde rechtspersoon (kunnen) gelden. Dit dient met inachtnaam van de jurisprudentie te geschieden (zie het door u aangehaalde arrest Teckal, stad Halle, Coname en Brixen).

#### **Reacties en disclaimer:**

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op [info@europadecentraal.nl](mailto:info@europadecentraal.nl). Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

## *praktijkvraag*

Is dat niet het geval, dan kunt u uitkomen bij artikel 18 van de richtlijn, dat stelt dat voor diensten opdrachten tussen twee aanbestedende diensten met elk een eigen rechtspersoonlijkheid (te weten: uw gemeente en de SW-organisatie (ervan uitgaande dat deze voldoet aan de bovenaangehaalde definitie van publiekrechtelijke instelling) op basis van een alleenrecht (uit hoofde van bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen - bijvoorbeeld de gemeenschappelijke regeling- die verenigbaar zijn met de EG-Verdragsbeginselen) de richtlijn niet van toepassing is. Bij de verlening van het alleenrecht moet rekening worden gehouden met het op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze verlenen van het alleenrecht. Er wordt met alleenrecht bedoeld op een recht op grond waarvan de opdrachtnemer de enige is die een dienstverrichting binnen een bepaalde geografische zone mag uitvoeren. Tot slot moet een alleenrecht ook specifiek zijn verleend voor de betreffende activiteit. Derhalve is het in uw casus van belang te bezien of de gemeenschappelijke regeling beoogt een exclusief alleenrecht te vestigen ook voor de werkzaamheden waarop u doelt (schoonmaak).

Tot slot wijs ik u nog op de relevante uitzonderingsbepaling uit de richtlijn, namelijk artikel 19 (zie ook artikel 19 Bao). Een gemeente kan op grond van sociale criteria opdrachten voorbehouden aan SW-bedrijven. Ook in dit geval kan niet worden gesproken over inbesteden, maar over het voorbehouden van een opdracht.

**Reacties en disclaimer:**

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op [info@europadecentraal.nl](mailto:info@europadecentraal.nl). Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.