

praktijkvraag

Opdrachtverlening aan eigen ingenieursbureau; mag dat?

Vraag

Onze gemeente heeft een eigen ingenieursbureau dat in opdracht van het gemeentebestuur alle infrastructurele werken voorbereidt en aanbesteedt. Ook houdt het toezicht op de uitvoering van die werken.

Zijn er Europese regels ten aanzien van het door de overheid uitvoeren van werkzaamheden die ook door marktpartijen verricht kunnen worden? En is het te verwachten dat de gemeente dit soort activiteiten niet meer in eigen beheer mag uitvoeren?

Antwoord

Ten aanzien van uw vraagstelling zijn met name de onderwerpen aanbesteden, staatssteun en markt en overheid aan de orde:

1. Aanbesteden

Ten aanzien van de vraag in hoeverre een overheidsorgaan de Europese aanbestedingsregels in acht moet nemen bij opdrachten aan zichzelf, is het zogenaamde inbestedingsvraagstuk aan de orde. Bij de situatie van zuiver inbesteden wordt gedacht aan opdrachtverlening binnen eenzelfde rechtspersoon/ dienstonderdeel van de gemeente. In dit geval wordt er geacht geen sprake te zijn van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn 2004/18. De aanbestedingsrichtlijn is in een dergelijk geval dus niet van toepassing. Wel dient vervolgens nauwlettend naar de regelgeving inzake staatssteun gekeken te worden (zie onder punt 2).

Wij nemen aan dat in uw geval sprake is van opdrachten van de gemeente aan haar eigen ingenieursbureau, dat onderdeel is van dezelfde rechtspersoon namelijk diezelfde gemeente. Voor het geval het ingenieursbureau een afzonderlijke rechtspersoon vormt, is de volgende informatie aangaande quasi-inbesteden van belang.

Bij de situatie van quasi-inbesteden is er geen sprake van een opdracht binnen dezelfde rechtspersoon, maar van een situatie een decentrale overheid een opdracht verleent aan een gelieerde instelling die een andere rechtspersoon is. Voor de vraag in hoeverre in het geval van quasi-inbesteden een beroep gedaan kan worden op niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn 2004/18, zijn in de jurisprudentie diverse criteria ontwikkeld. Deze betreffen onder andere (de uitwerking van) 1) de vraag of de decentrale overheid toezicht op de gelieerde instelling uitoefent alsof het een eigen dienst betreft alsmede de 2) vraag of de gelieerde instelling het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de decentrale overheid. Is dit laatste niet het geval, dan kan de gelieerde instelling immers meer marktgericht werken en met andere ondernemingen concurreren.

Deze relevante jurisprudentie treft u aan op onze website via <http://prototype.europadecentraal.nl/menu/309/Inbesteden.html> (Teckal, Halle, Coname, Brixen, Agesp).

Bij de interpretatie van deze arresten kunnen nog behulpzaam zijn de artikelen van de heer Berns (in B&G magazine, maart 2006 'Inbesteden nog slechts in enkele gevallen toegestaan') en de heer Hessel. Deze zijn in te zien via de volgende link:

http://prototype.europadecentraal.nl/menu/143/Info_service.html

In samenvattende vorm geldt ten aanzien van quasi-inbesteden het volgende:

Teckal: Er is sprake van quasi-inbesteden indien: 1) de decentrale overheid toezicht op de gelieerde instelling uitoefent alsof het een eigen dienst betreft alsmede 2) de gelieerde instelling het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de decentrale overheid.

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. 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

Halle: Ten aanzien van het 1ste criterium geldt dat door deelneming van een particuliere onderneming in het kapitaal (ook al is het maar 25 %) van een vennootschap waarin ook de gemeente deelneemt, betekent dat de gemeente geen toezicht op die vennootschap heeft zoals op een eigen dienst.

Brixen: Ten aanzien van het 1ste criterium geldt dat de gemeente geen toezicht als op een eigen dienst heeft indien de gelieerde partij een mate van zelfstandigheid heeft die blijkt uit:

- a) de aard van het vennootschapstype
- b) verruiming van maatschappelijke doel
- c) (uiteindelijke) verplichte openstelling van ander kapitaal
- d) territoriale uitbreiding activiteiten
- e) behoorlijk ruime bevoegdheden van de Raad van bestuur, waarvan het beheer nauwelijks wordt gecontroleerd door de gemeente.

Agesp: Met name ten aanzien van het 2^e criterium wordt in deze zaak nadere invulling gegeven: aan dit criterium wordt slechts voldaan wanneer de activiteiten van de onderneming zich hoofdzakelijk toespitst op het lichaam dat haar controleert en elke andere activiteit marginaal is. Hierbij moet rekening worden gehouden met alle werkzaamheden die de onderneming verricht op basis van gunning door de gemeente, ongeacht of de werkzaamheden door de gemeente zelf dan wel de gebruiker worden vergoed.

Indien in uw vraagstelling sprake zou zijn van de situatie van quasi-inbesteden en ten aanzien van het ingenieursbureau de 2 vragen uit het Teckal arrest (en met inachtnaam van de nadere invulling van die vragen in de genoemde arresten) bevestigend kunnen worden beantwoord, zou er sprake kunnen zijn van een situatie waarin sprake is van (quasi) inbesteden en derhalve niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn.

Ook kan er sprake zijn van het aanbestedingsrechtelijke vraagstuk van de verlening van een alleenrecht aan de rechtspersoon ingenieursbureau door de rechtspersoon gemeente voor het verlenen van diensten. Artikel 18 van richtlijn 2004/18 geeft hiervoor nadere regels. Voor diensten opdrachten tussen twee aanbestedende diensten met elk een eigen rechtspersoonlijkheid (te weten: uw gemeente en het ingenieursbureau (ervan uitgaande dat deze voldoet aan de definitie van publiekrechtelijke instelling/ aanbestedende dienst in de zin van artikel 1 van richtlijn 2004/18) op basis van een alleenrecht (uit hoofde van bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen (bijvoorbeeld via een gemeentelijke Verordening of raadsbesluit) die verenigbaar zijn met de EG-Verdragsbeginselen) is de richtlijn niet van toepassing. 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. Voor meer informatie verwijst ik u graag naar praktijkvraag 15 (inbesteden of alleenrecht), zie http://prototype.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/15_Inbesteden_of_alleenrecht.pdf

2. Staatssteun

Voor de vraag of – als het ingenieursbureau aanbestedingstechnisch gezien aan alle eisen voldoet om een 'inbestedingsorganisatie' te zijn- een gemeente dan aan een zodanige organisatie ook onbeperkt financiële middelen kan verstrekken, zonder in de sferen van de Europese regels voor staatssteun terecht te komen is het volgende van belang.

De financiering van een 'inbestedingsorganisatie' kan onder staatssteun vallen, voor zover deze financiering aan de criteria van art. 87 lid 1 EG voldoet. Zie <http://prototype.europadecentraal.nl/menu/550/Kernvragen.html>

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. 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

De bovengenoemde Agesp zaak en de zg. Altmark criteria (zie ook onze website) zijn in uw vraagstuk van belang.

Kort samengevat moet de gemeente zich afvragen of deze 'inbestedingsorganisatie' in concurrentie goederen of diensten op de markt aanbiedt. 'In concurrentie' wil zeggen dat, als deze organisatie slechts diensten aan de gemeente levert (denk bijvoorbeeld aan het geval dat de gemeente een eigen drukker heeft die geen externe opdrachten aanneemt), er waarschijnlijk geen sprake is van een ondernemingsactiviteit. Vanuit staatssteunperspectief is immers elke eenheid die een economische activiteit (aanbieden van goederen of diensten op de markt) uitoefent een onderneming, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. (zie voor meer informatie over de definitie van onderneming ook het dossier staatssteun, via bijgaande link:

<http://prototype.europadecentraal.nl/menu/405/Onderneming.html>

Staatssteunregels zijn ook van toepassing op openbare ondernemingen en op in overheidsorganen geïntegreerde lichamen die geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben, maar wel economische activiteiten van industriële of commerciële aard verrichten (Europees Hof van Justitie 78/76 Steinike & Weinlig; 118/85 Commissie/ Italië). Een winstoogmerk is daarbij niet vereist. Het *bestaan van concurrentie op de markt* m.b.t. (een deel) van de activiteit volstaat (C 41/90 Höfner; C-244/94 FFSA). De gemeente zou ook kunnen nagaan hoe groot het eventuele grensoverschrijdende effect van de activiteiten van deze organisatie is, maar hiermee dient men voorzichtig te zijn, gezien de Europese Commissie al snel geneigd is om dergelijk (potentieel) effect te veronderstellen.

Concluderend, zelfs als een instelling 'inbestedingstechnisch' gemeentelijke financiering mag ontvangen, dient de gemeente in principe te controleren of deze financiering onder het staatssteunverbod van art. 87 lid 1 EG valt.

3. Markt en overheid:

Het nationale wetsvoorstel Markt en overheid, waarmee de ministerraad op 17/2/06 instemde en dat vervolgens naar de Raad van State is gestuurd voor advies, beoogt een aanpassing van de Mededingingswet. De aanpassing gaat tegen dat overheden door economische activiteiten oneigenlijk worden bevoordeeld ten opzichte van private partijen. Het wetsvoorstel heeft tot veel kritiek geleid, onder andere van de VNG. Voor meer informatie over (de voortgang van) dit wetsvoorstel verwijs ik u graag naar (de website van) de VNG.

Zie voor meer informatie <http://www.vng.nl/smartsite.dws?id=33630&it=3>

Ook via de site van het ministerie van Economische zaken treft u meer informatie over het wetsvoorstel via de volgende link: <http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=147808>

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. 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.