

IOEA-Nieuwsbrief

Door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingen is onlangs een nieuwsbrief vastgesteld, die hieronder volgt.

Publiekrechtelijke instelling als aanbestedende dienst

IOEA Nieuwsbrief 24, oktober 2002

1. Inleiding.

Volgens de richtlijnen¹ is een publiekrechtelijke instelling, een instelling die:

- is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard en
- rechtspersoonlijkheid heeft en
- waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door een aanbestedende dienst worden gefinancierd of
- waarvan het beheer onderworpen is aan toezicht door de aanbestedende dienst of
- waarvan de bestuursorganen voor meer dan de helft worden benoemd door een of meer aanbestedende diensten.

In de praktijk is echter niet altijd duidelijk wat onder een ‘publiekrechtelijke instelling’ moet worden verstaan. De Memorie van Toelichting (MvT) van de Raamwet EEG voorschrijft licht het begrip ‘aanbestedende dienst’ als volgt toe: ‘diensten of bedrijven die financieel of bestuurlijk onder toezicht van de overheid staan’. Het Europese Hof van Justitie (HvJ EG) heeft door middel van een aantal uitspraken de criteria en daarmee het begrip publiekrechtelijke instelling nader verduidelijkt. Deze komen hieronder achtereenvolgens aan bod.

Bovenvermelde criteria zijn cumulatief (Mannesman-arrest²): dat wil zeggen dat een instelling moet voldoen aan de eerste twee vereisten (rechtspersoonlijkheid en algemeen belang). Vervolgens moet in overwegende mate één van de drie ‘afhankelijkheidscriteria’ (financiering, toezicht of benoeming) van toepassing zijn.

2. Algemeen belang

In het Mannesmann-arrest geeft het Hof duidelijk aan dat een instelling aan de hand van wettelijke bepalingen of de doelomschrijving van de statuten moet nagaan óf en in welke mate deze specifiek een taak van algemeen belang is opgedragen. Niet van belang is daarbij of de instelling naast de publieke taak ook commerciële taken verricht. Dit geldt zelfs indien die commerciële activiteiten het grootste deel van de totale werkzaamheden uitmaken. De woorden ‘opgericht met het specifieke doel’ betekenen dat, indien een instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke werkzaamheden is gaan verrichten, de instelling nog steeds een ‘algemeen belang’ taak heeft, tenzij de instelling intussen de statuten op dit punt heeft aangepast. Niet doorslaggevend is of er concurrentie mogelijk is of bestaat: dit kan wél een aanwijzing zijn dat het niet om een taak van algemeen belang gaat.

Behoeften van algemeen belang andere dan die van commerciële aard.

Het ARA/BFI-arrest³ gaat weer een stapje verder dan het Mannesmann-arrest. Een instelling moet op objectieve gronden beoordelen of er sprake is van ‘algemeen belang’. Het maakt geen verschil of de commerciële activiteiten zijn ondergebracht in een aparte rechtspersoon, die tot dezelfde groep of hetzelfde ‘concern’ behoort als de instelling.

Een belangrijke conclusie van dit arrest is verder dat het begrip ‘aanbestedende dienst’ een functionele uitleg moet krijgen. De juridische vorm van de bepalingen waarin de behoeften zijn geformuleerd is verder niet van belang. Ontleent een instelling zijn taak en samenstelling en bij of krachtens de wet dan is er in principe sprake van een taak van algemeen belang. In het Agora/Ente-arrest⁴ zet het Hof de ingezette weg verder in. Een instelling, die voorziet in behoeften van algemeen belang (in dit geval het organiseren van jaarbeurzen/tentoonstellingen) is toch geen publiekrechtelijke instelling als die instelling:

- weliswaar geen winstoogmerk heeft maar het bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit (dus geen compensatie van financiële risico’s) én
- opereert in een klimaat van concurrentie.

Het gaat dan volgens het Hof om behoeften van algemeen belang van commerciële aard.

3. Rechtspersoonlijkheid

Onder het begrip ‘rechtspersoon’ vallen een groot aantal rechtsvormen zoals de NV, de BV maar ook de vereniging en de stichting. Instellingen zonder eigen rechtspersoonlijkheid vallen onder de rechtspersoonlijkheid van de instelling waar zij deel van uitmaken. De vennootschap onder firma (VOF), de maatschap en de commanditaire vennootschap (CV) hebben naar Nederlands recht geen rechtspersoonlijkheid. Het Hof is van mening dat dergelijke instellingen toch aanbestedingsplichtig kunnen zijn. Dit blijkt onder meer uit het Beentjes-arrest⁵ waarin het Hof een ruilverkavelingscommissie toch als aanbestedende dienst aanmerkt, vanwege een functionele uitleg van het begrip ‘Staat’. Als er geen sprake is van rechtspersoonlijkheid moet een instelling onderzoeken of deze de kenmerken heeft van een publiekrechtelijke rechtspersoon (zie Connemara-arrest⁶). Het gaat hierbij om de aspecten ‘algemeen’ belang en de drie afhankelijkheidscriteria (zie onder 2 resp. 4).

4. De drie afhankelijkheidscriteria

De functionele interpretatie van het begrip ‘Staat’ uit het Beentjes-arrest betekent praktisch gezien dat een instelling vooral moet letten op de kenmerken en de functie van de instelling in kwestie en of er een sterke of overwegende overheidsinvloed (in financieel of bestuurlijk opzicht) aanwezig is. Als een overheid of aanbestedende dienst beleidskeuzen en werkzaamheden van een instelling kunnen beïnvloeden of als er sprake is van toezicht kan er sprake zijn van een afhankelijkheidsrelatie. De drie

afhankelijkheidscriteria zijn niet cumulatief: alleen als een instelling aan één criterium voldoet, is zij een aanbestedende dienst. Wat nu als de instelling maar gedeeltelijk aan de drie criteria voldoet? Dat betreft een grijs gebied. Ook in dat geval – bijvoorbeeld een 40% overheidsfinanciering met daarnaast wel overheidsinvloed (maar niet in overwegende mate) op één of op de beide andere criteria toezicht en bestuur – valt niet uit te sluiten dat de rechter – vanwege de optelsom van de drie afhankelijkheidscriteria – zal oordelen dat er op grond van een functionele benadering sprake is van een overwegende overheidsinvloed.

a. Gefinancierd door een aanbestedende dienst

Wat verstaat het Hof onder ‘in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierd’? Het Hof heeft hierover uitspraken gedaan in het Cambridge-arrest⁷. Het betreft hier geen absoluut criterium: niet alle betalingen door een aanbestedende dienst hebben tot gevolg dat een bepaalde afhankelijkheidsrelatie ontstaat. Het Hof merkt alleen prestaties, die de activiteiten van de betrokken instelling financieren of ondersteunen (door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat) als openbare financiering aan. Het Hof ziet indirecte financieringsbronnen zoals beurzen of toelagen (van andere aanbestedende diensten) aan studenten als een vorm van financiering, die aan de gehele instelling ten goede komt bij het verrichten van haar onderzoekswerk. Dit geldt ook als de financiering niet direct aan de instelling zelf wordt verstrekt. Financiering van activiteiten, die een aanbestedende dienst – al dan niet op grond van wettelijke/ bestuursrechtelijke bepalingen – exclusief (dus niet in concurrentie) aan een instelling opdraagt is overheidsfinanciering. Te denken valt hierbij aan opdrachten waarbij er geen directe tegenprestatie tegenover de verstrekking van de geldmiddelen staat of aan financiering door toekenning van een jaarlijks gegarandeerd bedrag (zoals lumpsum financiering, subsidie etc.). Relevant kan ook zijn of de overheid nakoming garandeert van de financiële

verplichtingen die voortvloeien uit de activiteiten van de opdrachtgever. Financiering voortvloeiend uit een toegekend contract, dat in concurrentie tot stand is gekomen valt niet onder overheidsfinanciering evenmin als vergoedingen, die een aanbestedende dienst betaalt voor een dienstverleningsopdracht, die onderzoekswerk omvat of als tegenprestatie voor de verlening van andere diensten (zoals adviesverlening of de organisatie van conferenties).

In hoofdzaak

Uit het Cambridge-arrest blijkt dat het Hof onder het begrip ‘in hoofdzaak’ meer dan de helft verstaat. Dit is in lijn met de gebruikelijke betekenis van dit begrip in de omgangstaal. Bij de berekening van het percentage moet een instelling rekening houden met alle inkomsten, met inbegrip van de inkomsten voortvloeiende uit commerciële activiteiten. Het begrotingsjaar waarin de aanbestedingsprocedure open is, volgens het Hof de meest geschikte periode om de wijze van financiering te berekenen (op basis van beschikbare of geraamde gegevens). Bij fluctuaties door de jaren heen zou een gemiddelde van drie achterliggende boekjaren als maatstaf kunnen dienen. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid (duidelijkheid van regels en voorzienbaar) moet de financiering structureel plaatsvinden tenzij het specifieke projecten betreft.

Indirecte financieringsbron

Van indirecte overheidsfinanciering is volgens het IOEA sprake wanneer bedrijven of particulieren op basis van een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag een heffing, retributie, premie of een andere geldelijke som betalen ter directe of indirecte financiering van de werkzaamheden van een instelling zonder dat daar een contractuele tegenprestatie van die instelling tegenover staat. Te denken valt hierbij aan de heffingen, die product- en bedrijfsschappen en de Kamers van Koophandel aan bedrijven mogen opleggen maar ook aan collegegeld. Het betreft hier niet alleen de financiering van de algemene werkzaamheden van de instelling maar ook de financiële vergoedingen voor werkzaamheden die tot de wettelijke taken van de instelling behoren zoals het betalen van een financiële

vergoeding voor een concrete tegenprestatie (zoals verstrekken van een uittreksel uit het Handelsregister).

Geen financieringsbronnen

Aandelen en leningen zijn in beginsel géén bron van financiering. Alleen indien er in geval van aandelen sprake is van een financiële injectie van een aanbestedende dienst in een andere instelling in ruil voor aandelen – bijvoorbeeld bij financiële moeilijkheden – is het financieringselement zeker aanwezig. Het gewone bezit van aandelen bijvoorbeeld met het oog op beschermingsconstructies (om invloed op een onderneming te kunnen uitoefenen) of bijvoorbeeld voor het verkrijgen van landingsrechten, is in het algemeen geen financiering door de aanbestedende dienst. Als die invloed of betrokkenheid niet meer nodig is, kan de eigenaar de aandelen immers zonder meer vervreemden. Wel kunnen op grond van het aandelenbezit de criteria toezicht of bestuur een rol spelen.

Bij leningen is er in principe ook geen sprake van financiering tenzij de lening steun in de zin van het Verdrag is. Het element van financiering /steun is dan slechts beperkt namelijk dat deel van de overheidsfinanciering dat de instelling goedkoper uit is dan op de markt en vanwege het feit dat de lening terugbetaald moet worden. Wel kunnen ook in dit geval de voorwaarden waaronder de aanbestedende dienst de leningen geeft van belang zijn op de invloed, die deze op de instelling heeft (toezicht).

b. Toezicht op beheer

In het woningcorporaties-arrest⁸ geeft het Hof nadere invulling aan het begrip toezicht. Het Hof betoogt in deze zaak dat de uitleg van de definitie ‘toezicht op het beheer’ functioneel moet plaatsvinden. Dat wil zeggen dat het doel van de richtlijn centraal moet staan. Vanuit dat gezichtspunt moet het gaan om een sterke afhankelijkheid van de instelling van de aanbestedende dienst. De toezichtbepalingen moeten een sterke afhankelijkheid inhouden. Meer specifiek ‘...moet het toezicht... een afhankelijkheid jegens de overheid/ aanbestedende dienst scheppen die gelijkwaardig is aan die welke bestaat wanneer aan een van de twee andere alternatieve criteria is voldaan.’ (in hoofdzaak financiering of aanwijzing

van meer dan de helft van de leden van de bestuursorganen). De instelling moet op basis van een beoordeling van de specifieke feiten en omstandigheden nagaan of het toezicht waaronder een onderneming of instelling staat, tot gevolg heeft dat die onderneming of instelling afhankelijk is van de overheid/ aanbestedende dienst, zodat deze hun beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.

Voorbeelden van toezicht uit het Franse woningcorporaties-arrest zijn:

- de technische kenmerken en de kostprijs zijn bij administratief besluit vastgesteld,

- de statuten bevatten clausules, die overeenstemmen met gedetailleerde wettelijk vastgelegde standaardclausules,

- de werkzaamheden staan onder toezicht zonder een nadere afgrenzing ervan,

- de bevoegdheid om tot ontbinding over te gaan en om bestuursorganen te schorsen (bij ernstige onregelmatigheden, grove fouten bij het beheer of nalatigheid) en om een beheerprofiel op te leggen.

Dergelijke bevoegdheden impliceren volgens het Hof een permanent toezicht op de instelling.

Het toezicht moet zodanig zijn dat het de aanbestedende dienst in staat stelt invloed uit te oefenen op beslissingen van de instelling op het gebied van aanbestedingen. Dit is met name van belang omdat denkbaar is dat een instelling of onderneming nauw verbonden is met of zelfs afhankelijk is van die aanbestedende dienst, zonder dat dit tot gevolg heeft dat deze de beslissingen op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden. Volgens het Hof in het Forestry Board-arrest⁹ is ook toezicht, waardoor een aanbestedende dienst indirect invloed kan uitoefenen op het plaatsen van overheidsopdrachten door een (particuliere) instelling, als toezicht aan te merken.

c. Benoeming leden voor meer dan de helft in bestuursorganen

De interpretatie van dit onderdeel heeft in de praktijk tot nu toe weinig tot geen problemen opgeleverd.

Conclusie

De in deze nieuwsbrief vermelde arresten geven op een aantal punten meer duidelijkheid over het begrip publiekrechtelijke instelling.

Relevante aandachtspunten bij de vaststelling of een instelling een publiekrechtelijke instelling is, zijn de volgende:

- algemeen belang
 - indien dit vastligt in bestuursrechtelijke of wettelijke bepaling (bijv. in statuten)
 - indien er objectief en functioneel sprake is van algemeen belang
 - indien meer commerciële taken dan algemeen belang taken: niet van belang
 - indien meer commercieel geworden:
 - niet van belang tenzij statutenwijziging
 - indien er concurrentie is en aansturing op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit dan wellicht geen algemeen belang taak
- rechtspersoonlijkheid
 - indien geen eigen rechtspersoonlijkheid: functionele benadering d.w.z. letten op kenmerken en functie van instelling en sterke overheidsinvloed
- overheidsfinanciering
 - indien bedrijven of particulieren op basis van een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag een heffing, retributie, premie of een andere geldelijke som betalen ter directe of indirecte financiering zonder dat er een contractuele tegenprestatie tegenover staat
 - in hoofdzaak: meer dan 50% (van totale financiering)
 - ook indirecte financiering (zoals beurzen, toelagen en premies) valt hieronder
- toezicht
 - functionele benadering vanuit doel van de richtlijn
 - sterke afhankelijkheid door beoordeling van specifieke feiten of omstandigheden
- bestuur
 - geen nadere verduidelijking

N.B. Aan deze interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Het EU Hof van Justitie zal – mocht het ooit tot een uitspraak komen – uiteindelijk bepalen of de hier vermelde interpretatie van de richtlijnen juist is.

¹ Hier onder volgt niet de exacte tekst van de richtlijn.

² HvJ EG 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG, zie ook IOEA nieuwsbrief 13.

³ HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96 ARA/ BFI zie IOEA nieuwsbrief 15

⁴ HvJ EG 10 mei 2001 Agorà Srl/Ente, zaak C-223/99 en C-260/99

⁵ HvJ EG 20 september 1988 Gebroeders Beentjes tegen de Staat der Nederlanden Zaak 31/87

⁶ HvJ EG 17 december 1998 Connemara Machine Turf Co Ltd., zaak C-306/97

⁷ HvJ EG The Queen H.M. Treasury tegen Cambridge University zaak C 380/98 van 3 oktober 2000

⁸ HvJ EG 1 februari 2001, Commissie /Franse republiek zaak C-237/99,

⁹ HvJ EG 17 december 1998 Commissie tegen Ierland Zaak C-353/96