

Door een fout van de eindredactie is in Tender Nieuwsbrief 1 een onjuiste versie van onderstaand artikel geplaatst. Hieronder volgt de juiste versie.

Nieuwe beleidsregels combinatievorming : EZ gooit het roer om?

Het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten (Bvc) is vanaf 1 januari jl. niet langer van kracht.¹ Het Ministerie van Economische Zaken (EZ) streeft ernaar de daardoor ontstane rechtsonzekerheid te beperken met beleidsregels. In september 2008 heeft EZ een eerste versie hiervan ter becommentariëring voorgelegd aan de markt. Deze conceptbeleidsregels gaven echter blijk van een zodanige kritische benadering van combinatievorming, dat het de vraag is of de praktijk hiermee erg geholpen zou zijn. In december 2008 heeft EZ herziene beleidsregels gepubliceerd die aanmerkelijk genuanceerder zijn.² Hoe de definitieve beleidsregels ook zullen luiden, zeker is dat ondernemingen die een combinatie willen vormen voortaan vooral zelf zorgvuldig zullen moeten beoordelen of dit voornemen op mededingingsrechtelijke bezwaren kan stuiten.

Achtergrond

Sinds de parlementaire enquête naar de bouwfraude hebben EZ en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zich kritisch opgesteld tegenover combinatievorming.³ De overeenkomsten die hieraan ten grondslag liggen, zouden al snel onder het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) vallen. Tegen deze opstelling is al in een eerder stadium van verschillende kanten verzet gekomen. Zo blijkt uit de praktijk niet dat er sprake is van een probleem. Dit wordt geïllustreerd door het ontbreken van NMa-boetes of gerechtelijke procedures over (vermeend) onrechtmatige combinatievorming. Bovendien valt op de juridische analyse nog wel wat af te dingen. Verder hebben wij in Tender Nieuwsbrief uiteen gezet dat lang niet elke combinatievorming onder het kartelverbod valt, zoals (te) vaak lijkt te worden aangenomen.⁴ Het juiste uitgangspunt is wat ons betreft eerder dat combinatievorming mededingingsrechtelijk gezien niet op problemen hoeft te stuiten en dat dit alleen in uitzonderingsgevallen anders kan zijn, in plaats van andersom.

Nu per 1 januari jl. niet langer een beroep kan worden gedaan op het Bvc, moeten EZ en NMa opnieuw hun standpunt bepalen. EZ onderkent dat de praktijk behoefte heeft aan duidelijkheid. De conceptbeleidsregels die eind 2008 ter consultatie zijn voorgelegd, zijn bedoeld om in deze

behoefte te voorzien. Aanvankelijk was het de bedoeling dat de nieuwe, definitieve beleidsregels per 1 januari 2009 in werking zouden treden. Dit streven is niet gehaald: op de in december 2008 gepubliceerde beleidsregels kan nog tot april 2009 commentaar worden geleverd, waarna deze definitief zullen worden vastgesteld en bekendgemaakt. De verwachting is dat dit in de loop van 2009 zal gebeuren. Aangenomen mag worden dat de definitieve beleidsregels niet wezenlijk zullen afwijken van de onlangs gepubliceerde versie.

Hoopgevend is in elk geval de andere, minder negatieve benadering die spreekt uit de meest recente versie. Dat geldt zeker wanneer deze wordt vergeleken met het concept van slechts enkele maanden eerder. De conceptbeleidsregels van september 2008 gingen namelijk (opnieuw) uit van een zeer kritische benadering. Zo werd nauwelijks aandacht besteed aan de legitieme redenen voor en de mogelijke voordelen van combinatievorming (risicospreiding, benutten restcapaciteit, vergemakkelijken betreding nieuwe markten, etc.). Bovendien was, zowel qua vorm als qua inhoud, in wezen sprake van pseudowetgeving. Het algemene uitgangspunt van elke mededingingsrechtelijke beoordeling – namelijk dat een overeenkomst in zijn feitelijke, juridische en economische context moet worden beoordeeld – kwam daardoor in het

gedrang. Hierdoor ligt onnodige en onwenselijk verstarring op de loer. Deze eerdere conceptbeleidsregels zijn dan ook buitengewoon kritisch ontvangen.⁵

Beleidsregels december 2008

De herziene beleidsregels van december 2008 overziend, kan alleen de conclusie zijn dat EZ zich deze kritiek ter harte heeft genomen. Vorm en inhoud van de meest recente beleidsregels laten ruimte voor een aanzienlijk genuanceerdere benadering. Wat de vorm betreft is niet langer sprake van artikelgewijze bepalingen, maar passeren de voor- en nadelen de revue in een algemenere beschouwing. Daarmee wordt beter aangesloten bij de gebruikelijke aanpak van de Europese Commissie ("Commissie"). Ook inhoudelijk worden de relevante Richtsnoeren van de Commissie, anders dan bij het eerdere concept, nu wel in aanmerking genomen.⁶ Terecht wordt vooropgesteld dat combinatieovereenkomsten in veel situaties niet onder het kartelverbod zullen vallen, waardoor de vraag naar eventuele rechtvaardigingen en vrijstellingen niet relevant is.⁷ Vervolgens worden drie situaties besproken: (1) combinatieovereenkomsten die in principe niet onder het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw vallen; (2) overeenkomsten die hier in de regel wel onder vallen en (3) combinatieovereenkomsten die onder dit verbod kunnen vallen.⁸

Wat deze eerste categorie (niet verboden overeenkomsten) betreft, is het niet verbazingwekkend dat hieronder o.m. overeenkomsten tussen niet-concurrenten, overeenkomsten die de mededinging niet merkbaar beperken en intracorporaire overeenkomsten worden begrepen. Zeker tegen de achtergrond van de eerdere conceptbeleidsregels van september 2008⁹, is echter opmerkelijk dat EZ hier ook verwijst naar overeenkomsten tussen ondernemingen die de aanbestede opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren, in de zin dat combinatievorming de enige commercieel gerechtvaardigde mogelijkheid is om bijvoorbeeld een specifiek project uit te voeren of ervaring op te doen. Naar onze mening heeft EZ hier terecht haar eerdere lijn bijgesteld: niet de selectiecriteria van de aanbesteder of de theoretische maximale capaciteit van de betrokken ondernemingen is de relevante maatstaf, maar de economische, financiële en technische capaciteit van deze partijen, bezien in het licht van de specifieke marktomstandigheden.¹⁰ Begrijpelijk is dat EZ onder de tweede categorie (in beginsel verboden overeenkomsten), kort gezegd, situaties verstaat waarbij de combinatieovereenkomst dient als dekman voor concurrentierechtelijk verboden afspraken. Dit kan aan de orde zijn wanneer prijs- en marktverdelingsafspraken worden gemaakt die niet inherent zijn aan de combinatievorming met het oog op de aanbestede opdracht. Een ander voorbeeld is de situatie waarin alle in aanmerking komende ondernemingen samen één combinatie vormen, of waarbij een onderneming slechts pro forma aan de combinatie deelneemt.

Bij de derde categorie (mogelijk verboden combinatieovereenkomsten) wordt op de eerste plaats opgemerkt dat de vraag naar het effect van de overeenkomsten op de markt, gelet op de context, doorslaggevend is. Overwegingen zoals het bundelen van deels complementaire specialismen, risicospreiding, benutting van restcapaciteit en het spreiden van capaciteit met het oog op de continuïteit worden daarbij expliciet genoemd als in beginsel legitieme redenen voor combinatievorming. In vergelijking tot de eerdere opstelling van EZ is dit eveneens een significante – en naar ons oordeel positieve – koerswijziging.¹¹ Dat hieraan wordt toegevoegd dat bij misbruik dergelijke vormen van combinatievorming toch onrechtmatig kunnen zijn, doet hier niet aan af.

'Self assessment'

Zeker in vergelijking tot eerdere versies, bieden de EZ-beleidsregels ondernemingen aldus een

tamelijk bruikbaar kader. Dat geldt te meer omdat hierin ook (zij het beknopt) wordt ingegaan op de mogelijkheden om te voldoen aan de uitzonderingsbepaling van artikel 6 lid 3 Mw in situaties waarin vaststaat dat de combinatieovereenkomst als zodanig valt onder het kartelverbod van lid 1. Ongeacht de precieze tekst van de definitieve beleidsregels, zullen ondernemingen voortaan echter op de eerste plaats zelf moeten beoordelen of het vormen van een combinatie mededingingsrechtelijk gezien door de beugel kan. Dit is niet anders bij andere mededingingsrechtelijke vragen; ook daar is self assessment het uitgangspunt.

Daarbij moet worden bedacht dat het uiteindelijk de rechter is die vaststelt of het kartelverbod is overtreden. Het primaire toetsingskader is daarbij de wet en niet de beleidsregels van EZ, al is goed voorstelbaar dat de rechter zich hierdoor in de praktijk toch in aanmerkelijke mate zal laten leiden. In de specifieke aanbestedingscontext speelt daarbij echter ook nog dat inschrijvers op een aanbesteding vaak schriftelijk moeten verklaren dat hun aanbieding niet tot stand is gekomen in strijd met het mededingingsrecht (zgn. model K-verklaring). Dat betekent dat een inschrijver die – naar achteraf blijkt – ten onrechte een dergelijke verklaring heeft afgelegd, niet alleen het 'gebruikelijke' risico op een NMa-boete loopt,¹² maar ook op uitsluiting.¹³

De gevolgen van een te lichtzinnige benadering door een onderneming kunnen dus aanzienlijk zijn. Dit onderstreept de noodzaak om, ondanks de positievere insteek van EZ, in voorkomend geval weloverwogen te werk te gaan bij (een voornemen tot) combinatievorming.

Conclusie

Op de valreep van 2008 lijkt EZ een opmerkelijke koerswijziging te hebben doorgevoerd in haar benadering van combinatieovereenkomsten. Waar de toon de afgelopen jaren – en in het bijzonder in de conceptbeleidsregels van september 2008 – nog negatief was, spreekt uit de beleidsregels van december 2008 een aanmerkelijk genuanceerdere en positievere benadering. Hoewel ook bij deze meest recente versie hier en daar wel kanttekeningen te plaatsen zijn, is dit wat ons betreft zonder meer een ontwikkeling die moet worden toegejuicht. Niettemin dienen ondernemingen die overwegen als combinatie in te schrijven op een aanbesteding, gelet op de mededingingsrechtelijke én aanbestedingsrechtelijke risico's, nog steeds per geval goed te beoordelen in hoeverre de kans bestaat

dat de samenwerking op mededingingsrechtelijke bezwaren stuit.

Gerard van der Wal en Folkert Wilman
Houthoff Buruma te Brussel

Noten

- 1 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, *Staatsblad* 1997/592. Dit besluit is verlengd tot 1 januari 2009, *Staatsblad* 2007/417.
- 2 Beschikbaar via www.ez.nl.
- 3 Bijvoorbeeld: NMa, consultatiedocument combinatievorming, 2006.
- 4 'Combinatievorming bij aanbestedingen. Mag het ietsje meer zijn?', *Tender Nieuwsbrief* juni 2007, p.4. In deze eerdere bijdrage wordt ook verwezen naar de andere kritiek op de benadering van overheidswege.
- 5 Zie bijvoorbeeld M.A.B. Chao-Duvis, 'Concept-beleidsregels combinatievrijstellingen: reactie van het Instituut voor Bouwrecht', *TBR* 2008/208. Ondergetekenden hebben deelgenomen aan het overleg georganiseerd door het Instituut voor Bouwrecht, waar dit artikel in *TBR* een uitvloeisel van is. Zie ook N. Neij en D.C. Orobio de Castro, 'Concept-beleidsregels combinatievrijstellingen', *TBR* 2008/209.
- 6 Met name de Richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 81 lid 3 EG, 2004 (Pb.EU C 101/97) en de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten, 2001 (Pb.EU C 3/2).
- 7 Randnr. 11.
- 8 Randnr. 32-45.
- 9 In dit concept werd – naar onze mening ten onrechte – bepaald dat een onderneming in staat zou zijn zelfstandig op een opdracht in te schrijven en deze uit te voeren, indien de onderneming zelfstandig voldoet aan de selectiecriteria die de aanbesteder voor de desbetreffende opdracht heeft vastgesteld.
- 10 Vgl. OECD Policy Brief October 2008, 'Fighting cartels in public procurement'.
- 11 In de toelichting op de eerdere conceptbeleidsregels werd nog bepaald dat dergelijke overwegingen geen legitieme redenen zouden zijn voor combinatievorming tussen ondernemingen die de betrokken opdracht, althans theoretisch bezien, wel zelfstandig zouden kunnen uitvoeren.
- 12 Zoals hiervoor al genoemd lijkt dit risico, afgaand op de ervaringen tot op heden, tamelijk beperkt wanneer het enkel gaat om combinatievorming.
- 13 Vgl. art. 45 lid 1 en lid 3 Bao.

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne bv, Utrecht

mr. R.D. Luteijn
Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

prof. mr. W.G.Ph.E. Wedekind
Emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht
(Universiteit van Amsterdam)

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Renée Swart-van Herwaarden,
email: rswart0@xs4all.nl

Uitgever: Bart Voorhuis,
tel. 020 - 515 9178

Abonnementen/adreswijzigingen:

Abonnementen: € 144,94 j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 15
Reed Business Information bv
Postbus 808, 7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358 358
fax (0314) 358 161
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Aanbesteden van Reed Business bv.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uitgeverijverband
Groep uitgeverij voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv,
Amsterdam
© 2009
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Coditel-arrest: Gezamenlijk toezicht bij inbesteden volstaat

De (Europese) aanbestedingsregels en de EG-Verdragsbeginselen zijn in beginsel van toepassing indien een aanbestedende dienst een overheidsopdracht aan een rechtens van haar te onderscheiden (rechts-)persoon verstrekt. Overeenkomsten tussen bijvoorbeeld twee gemeenten moeten dus met toepassing van deze regels en beginselen tot stand komen. Het aanbestedingsrecht is echter niet van toepassing indien een aanbestedende dienst een opdracht wenst te verstrekken aan een (rechtens) van haar te onderscheiden (rechts-)persoon die binnen haar gezagsstructuur valt, het zogenaamde (quasi-)inbesteden van opdrachten.¹

Volgens het Hof van Justitie is sprake van een gezagsstructuur als de aanbestedende dienst op de betrokken opdrachtnemer toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten ("het toezichtscriterium") en de opdrachtnemer tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de opdrachtverlenende dienst die hem controleert ("het werkzaamheden criterium"), ook wel de zogenaamde "Teckal-criteria" genoemd.²

In het Coditel-arrest³ staat de vraag centraal of meerdere gemeenten gezamenlijk het benodigde toezicht kunnen uitoefenen of dat het toezicht door iedere gemeente individueel moet worden uitgeoefend.

Feiten

De onderneming Coditel heeft jarenlang voor de Belgische gemeente Ukkel ('de Gemeente') het kabeltelevisienet geëxploiteerd. In plaats van een nieuwe opdracht inzake deze exploitatie in concurrentie te vergeven, is de Gemeente toegetreden tot de zogenaamde intercommunale⁴ Brutélé, een coöperatieve vennootschap waarvan de vennoten uitsluitend gemeenten zijn en waartoe geen particuliere vennoten kunnen toetreden. Vertegenwoordigers uit de gemeenten vormen de raad van bestuur en de algemene vergadering. Aan Brutélé heeft de Gemeente vervolgens een concessieovereenkomst gegund voor de exploitatie van het kabeltelevisienet.

Op deze (diensten-)concessie zijn niet de Europese aanbestedingsrichtlijnen, maar wel de algemene Verdragsbeginselen (o.m. het non-discriminatie- en transparantiebeginsel) van toepassing, hetgeen in het bijzonder een passende mate van bekendmaking inhoudt. Coditel stelt

zich op het standpunt dat de Gemeente door de (onderhandse) gunning aan Brutélé inbreuk heeft gemaakt op deze beginselen en spant een rechtszaak aan tegen de Gemeente, waarin door de Belgische rechter de volgende drie prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zijn voorgelegd.

Prejudiciële vragen

1. Kan een gemeente, zonder een aanbesteding uit te schrijven, toetreden tot een coöperatieve vennootschap (Brutélé) die uitsluitend bestaat uit andere (verenigingen) van gemeenten, om hieraan het beheer van haar kabeltelevisienet over te dragen? Hierbij is van belang dat Brutélé het merendeel van haar werkzaamheden enkel ten behoeve van haar vennoten verricht en de beslissingen over die werkzaamheden worden genomen door de statutaire organen van Brutélé die enkel bestaan uit vertegenwoordigers van gemeenten en die bij meerderheid beslissen.
2. Kan de controle over de beslissingen van Brutélé, die via haar statutaire organen wordt uitgeoefend door alle aangesloten gemeenten, worden geacht hun in staat te stellen op die vennootschap toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten?
3. Moeten die controle en dat toezicht door elke deelnemende gemeente individueel worden uitgeoefend, of volstaat het dat zij door de meerderheid van de deelnemende gemeenten worden uitgeoefend?

Oordeel Hof van Justitie

Met betrekking tot de eerste twee vragen oordeelt het Hof dat de vraag of een concessieverle-

nende overheidsinstantie op de concessiehouder toezicht uitoefent, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de betrokken concessiehouder onder een zodanig toezicht staat dat de concessieverlenende overheidsinstantie zijn beslissingen kan beïnvloeden. Het moet hierbij gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van dit lichaam. Voor het Hof zijn daarbij in het bijzonder een drietal omstandigheden doorslaggevend, te weten (1) het houderschap van het kapitaal van de concessiehouder; (2) de samenstelling van zijn beslissingsorganen en (3) de omvang van de bevoegdheden van zijn raad van bestuur. Het Hof oordeelt in dit verband dat sprake is van een doorslaggevende invloed in voornoemde zin. Daarbij neemt het Hof onder meer in aanmerking dat in het kapitaal van Brutélé geen private partij deelneemt en er geen particuliere vennoten tot Brutélé kunnen toetreden. Ook acht het Hof het van belang dat de beslissingsorganen van Brutélé enkel uit vertegenwoordigers van de bij haar aangesloten gemeenten bestaan. Met betrekking tot de omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur van Brutélé geldt dat de raad van bestuur uitgebreide bevoegdheden heeft, waaronder het vaststellen van de tarieven. Het Hof oordeelt echter dat Brutélé daardoor geen marktgerichte onderneming is geworden en niet over een mate van zelfstandigheid beschikt die het toezicht van de bij haar aangesloten gemeenten onzeker maakt. Het Hof acht het in dit verband onder meer van belang dat Brutélé niet is opgericht in de vorm van een aandelenvennootschap of naamloze vennootschap die onafhankelijk van haar aandeelhouders doelstellingen kan nastreven, maar in de vorm van een intercommunale coöperatieve vennootschap die krachtens Belgische wetgeving geen handelskarakter heeft en geen ander belang nastreeft dan dat van de bij haar aangesloten gemeenten.

Met betrekking tot de derde prejudiciële vraag oordeelt het Hof dat aan het toezichtscriterium kan worden voldaan door een gezamenlijk toezicht. Het toezicht op de opdrachtnemer moet effectief zijn doch dit betekent niet dat het toezicht individueel hoeft te zijn. Het Hof wijst er in dit verband op dat wanneer meerdere overheidsinstanties ervoor kiezen om hun openbare dienstverplichtingen via een gemeenschappelijke concessiehouder uit te voeren, het normaal gesproken uitgesloten is dat één van deze overheidsinstanties alleen een beslissend toezicht

uitoefent op de beslissingen van de concessiehouder. Indien zou worden geëist dat het toezicht van een overheidsinstantie in een dergelijk geval individueel is, zou dit tot gevolg hebben dat in de meeste gevallen waarin een overheidsinstantie zou willen toetreden tot een groepering die uit andere overheidsinstanties bestaat, een oproep tot mededinging moet worden gedaan. Om haar openbare dienstenverplichtingen te vervullen heeft een overheidsinstantie de mogelijkheid om een beroep te doen op haar eigen administratieve, technische en andere middelen. Het Hof oordeelt dat een overheidsinstantie dit beroep op eigen middelen ook in samenwerking met andere overheidsinstanties kan doen.

Commentaar

Er kan pas tot inbesteding worden overgegaan indien zowel aan het werkzaamheidencriterium als aan het toezichtscriterium wordt voldaan. In een reeks van arresten zijn deze twee "Teckal-criteria" door het Hof van Justitie verduidelijkt. In hoofdlijnen geldt met betrekking tot deze criteria het navolgende.

Werkzaamheidencriterium

Met betrekking tot het werkzaamheidencriterium volgt uit het arrest Carbotermo (zaak C-340/04), dat ervan moet worden uitgegaan dat de beslissende omzet die is, welke de betrokken concessiehouder (opdrachtnemer) behaalt krachtens gunningsbesluiten van het toezichthoudende lichaam, met inbegrip van de omzet die bij de uitvoering van dergelijke besluiten voortvloeit uit het verrichten van werkzaamheden voor gebruikers. De in aanmerking te nemen werkzaamheden van een concessiehouder waaraan een opdracht is gegund, zijn immers alle werkzaamheden die hij verricht in het kader van een gunning door de aanbestedende dienst, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert, aldus het Hof van Justitie. Voorts is volgens het arrest Carbotermo irrelevant op welk grondgebied deze diensten worden verricht. In het arrest Asemfo (zaak C-295/05) was tenslotte sprake van een onderneming die 90 procent van haar werkzaamheden ten behoeve van de betrokken overheidsdiensten uitvoerde. Volgens het Hof van Justitie volgt hieruit dat de betreffende onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de lichamen of overheidsorganen die haar controleren.

Toezichtscriterium

Met betrekking tot het toezichtscriterium heeft het Hof van Justitie reeds in het arrest Parking

Brixen (zaak C-458/03) overwogen dat de vraag of de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Uit dit onderzoek moet blijken dat de vennootschap waaraan de opdracht wordt toegewezen, onder een zodanig toezicht staat, dat de aanbestedende dienst haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze vennootschap. De omstandigheid dat de opdrachtverlenende aanbestedende dienst alleen of tezamen met een ander lichaam het volledige kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund, in handen heeft, lijkt er volgens het Hof van Justitie in het arrest Carbotermo in beginsel op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent als op haar eigen diensten. Wanneer de vennootschap, waaraan de opdracht wordt toegewezen, daarentegen over een mate van zelfstandigheid beschikt die beantwoordt aan een reeks van kenmerken genoemd door het Hof van Justitie in onder meer zijn arrest Parking Brixen, dan is volgens het Hof uitgesloten dat de opdrachtverlenende overheidsinstantie op de opdrachtnemer toezicht uitoefent als op haar eigen diensten. Deze kenmerken zijn:

- de aard van het vennootschapstype;
- de verruiming van het maatschappelijke doel;
- de (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal;
- de territoriale uitbreiding van de activiteiten;
- de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de concessieverlenende aanbestedende dienst nauwelijks wordt gecontroleerd.

Het arrest Coditel is voor de Nederlandse praktijk in het bijzonder van belang voor uitvoerende diensten die door aanbestedende diensten zijn opgericht in het kader van gemeenschappelijke regelingen. Het Hof van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat aan het toezichtscriterium niet enkel wordt voldaan indien een aanbestedende dienst het toezicht over de uitvoerende dienst waaraan een opdracht is gegeven alleen uitoefent, maar ook indien zij het toezicht samen met andere aanbestedende diensten in de vorm van een gezamenlijk toezicht uitoefent.

Mr. L.J.W. Sueters

Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten te 's-Hertogenbosch

lees verder op pagina 8>

AUTEURSREGISTER 2008

Belhadj, mr. E.

- Verslag voorjaarsvergadering NVvA (nr. 5, p. 3)

Berns, mr. J.

- Social return bij Europese overheidsopdrachten (nr. 8, p. 1)

Chen, mr.drs. T.H.

- Maak van de beste inschrijver geen spekkoper (nr. 5, p. 4)

Corvers, mr. S.F.M.

- Pre-commercieel inkopen: 'beyond boundaries' (nr. 4, p. 4)

Dolmans-Budé, mr. I.A.H.

- Nieuwe bijlagen Bao en Bass (nr. 7, p. 4)

Eradius, mr. F.A.

- De Zaak - Presstext: wezenlijke wijzigingen en heraanbesteding (nr. 7, p. 6) (zie ook: Mul, de)

Fijneman, mr.drs. J.

- Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra katalysator bij bouw-aanbestedingen (nr. 6, p. 4)

Fischer-Braams, mr. A.

- Beperkte mogelijkheid tot fouterstel voor inschrijvers (nr. 7, p. 1)

Fokkema, drs. J.

- NEPROM: behoud Nederlandse PPS-praktijk (nr. 4, p. 5)

Heemskerk, mr. P.F.C.

- Rechtsverwerking in aanbestedingsprocedures (nr. 2, p. 5) (zie ook: Zwiers)

Vervolg van pagina 7>

Noten

- 1 Van 'zuivere' inbesteding is sprake als de uitvoerende entiteit deel uitmaakt van de rechtspersoon van de opdrachtverlenende entiteit.
- 2 Zie EG-Hof van Justitie, d.d. 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal).
- 3 EG-Hof van Justitie, d.d. 13 november 2008, zaak C-324/07 (Coditel Brabant NV/gemeente Ukkel e.a.), <http://curia.europa.eu>.
- 4 In Nederland te vergelijken met een zogenaamde 'gemeenschappelijke regeling'.

Helmond, mr. T. van

- De (on)rechtmatigheid van het rangordesysteem (nr. 3, p. 1)
- Wmo-contracten (nr. 7 p. 5) (zie ook Meent, van de)

ICT-Office

- ICT-branche werkt hard aan betere samenwerking met overheid (nr. 6, p. 5)

Jonker, mr.ir. D.

- 'Romeins aanbestedingsrecht' (nr. 6, p. 1)

Kühler, mr. A.-M.

- Bestaat de regeling van percelen of zijn er zo velen? (nr. 3, p. 4)

Lohman, T.

- Leidraad Aanbesteden Bouw in januari 2009 beschikbaar (nr. 8, p. 3)

Luteijn, mr. R.D.

- De Grondexploitatiewet, aanbestedingsrecht en zelfrealisatie (nr. 1, p. 1)
- De Zaak - Het begrip 'overheidsfinanciering' (nr. 2, p. 6)
- De brief van VROM inzake Roanne/Auroux (nr. 2, p. 8)
- De Zaak - Via Roanne naar Noordwijk (nr. 8, p. 6)

Maan, drs. K.

- Duurzaam inkopen door overheden (nr. 6, p. 3)

Maasdam, mr. Y.A.

- Markt en Overheid (nr. 4, p. 3)

Maris, mr. M.

- Aanbesteden kan MKB-vriendelijker (nr. 3, p. 3)

Meent, prof.mr. G.-W. van de

- Zoeken naar El Dorado (nr. 1, p. 1)
- Eerste Kamer verworpt Aanbestedingswet (nr. 5, p. 8) (zie ook: Stellingwerff Beintema)
- Wmo-contracten (nr. 7 p. 5) (zie ook: Helmond, van)

Meijer, mr. E.

- De Zaak - Het Varec-arrest: de afweging tussen vertrouwelijkheid en transparantie (nr. 4, p. 6)

Meijer, drs. R.

- Staat u open voor contacten met marktpartijen? (nr. 7, p. 3) (zie ook: Papenhuijzen)

Meulenbelt, mr. M.

- Aanscherping van de Handhavingsrichtlijnen (nr. 2, p. 1)

Mul, mr. W.M. de

- De Zaak - Presstext: wezenlijke wijzigingen en heraanbesteding (nr. 7, p. 6) (zie ook: Eradius)

Mutsaers, mr. M.

- De Zaak - Contradictoire verificatie (nr. 5, p. 6)

Papenhuijzen, ir. J.-P.

- Staat u open voor contacten met marktpartijen? (nr. 7, p. 3) (zie ook: Meijer, R.)

Stellingwerff Beintema, mr. A.

- Eerste Kamer verworpt Aanbestedingswet (nr. 5, p. 8) (zie ook: Meent, van de)

Straatman, mr. drs. M.

- Publicatieplicht (nr. 4, p. 1)

Sueters, mr. L.

- De Zaak - Transparantie bij B-diensten (nr. 3, p. 6)

Verberne, mr. G.

- De Zaak - An Post: nog steeds alles aanbesteden? (nr. 1, p. 6)
- Vrijwillig aanbesteden van subsidies? (nr. 5, p. 1)

Versteeg, mr. D.R.

- De Zaak - Aanbesteding afvalt: geen luchtige aangelegenheid (nr. 6, p. 6)

Wassenaer, mr. A. van

- 10+1 Hartenkreten voor goed aanbesteden (nr. 8, p. 3)

Wijngaarden, mr. A.W. van

- Hoe mag een procedureregeling door onderhandelingen eruit zien? (nr. 2, p. 3)

Zwiers, mr. E.L.

- Rechtsverwerking in aanbestedingsprocedures (nr. 2, p. 5) (zie ook: Heemskerk)