



TWENTSE GEMEENTEN MOGEN AFVALVERWERKING (QUASI-) INBESTEDEN



DE ZAAK

Diverse (Twentse) gemeenten werken samen op het gebied van afvalverwerking. De gemeenten hebben gezamenlijk een onderneming opgericht (Twence Holding), die op haar beurt alle aandelen houdt in Twence, Twence Bioconversie en Avi Twente. De gemeenten sluiten een overeenkomst met de laatste twee vennootschappen (Twence Bioconversie en Avi Twente) voor het bewerken en verwerken van huishoudelijk afval van de gemeenten. Deze overeenkomst wordt gesloten zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure, is ingegaan per 1 juli 2022 en geldt voor onbepaalde tijd. Daarnaast sluiten de gemeenten een overeenkomst met de (Duitse) Stadt Münster. De afspraak is dat de gemeenten (door AVI Twente) 45.000 ton voorgesorteerd afval per jaar van Stadt Münster verwerken en dat Stadt Münster 5.000 ton GFT-afval per jaar verwerkt van de gemeenten. AVR, een onderneming op het gebied van afvalverwerking voor private en publieke partijen, is het niet eens met deze gang van zaken. AVR meent dat de overeenkomsten moeten worden aanbesteed en start een kort geding.

[De voorzieningenrechter](#) toetst de constructie aan de drie wettelijke voorwaarden voor quasi-inbesteding uit de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012), het toezichtcriterium, het activiteiten criterium en de afwezigheid van participatie van privékapitaal. Op grond van ingerichte toezichtswaarborgen is de conclusie dat de aandeelhoudende gemeenten in ieder geval op papier gezamenlijk toezicht kunnen houden als op hun eigen diensten. Zij zijn gezamenlijk in staat beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en

belangrijke beslissingen van Twence Holding en (via haar) op AVI Twente en Twence Bioconversie. De voorbeelden die AVR heeft genoemd, waaruit zou blijken dat het toezicht in de praktijk niet effectief is, overtuigen de rechter niet.

Om te voldoen aan het activiteiten criterium is vereist dat meer dan 80% van de activiteiten van Twence Bioconversie en AVI Twente bestaat uit taken die zijn 'toegewezen' door de gemeenten. Het staat de gemeenten vrij zelf een methode te kiezen om het percentage van 80% te bepalen. Dat kan op basis van de gemiddelde totale omzet per jaar, maar ook aan de hand van een "alternatieve op activiteit gegronde maatstaf". De gemeenten kiezen voor een berekening op basis van tonnages, en dat is toegestaan, aldus de voorzieningenrechter.

Vervolgens rijst de vraag of de 45.000 ton afval per jaar die AVI Twente verwerkt voor Stadt Münster, ook mag worden meegenomen in (de berekening van) de 80%. Dat is het geval, aldus de voorzieningenrechter, want de verwerking van deze 45.000 ton afval is "toegewezen" door de gemeenten aan AVI Twente ter nakoming van de overeenkomst met Stadt Münster (horizontale samenwerking). Vervolgens toets de voorzieningenrechter het gemiddelde totale werkelijk verwerkte tonnage over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht, en de voorzieningenrechter concludeert dat – net als aan het toezichtcriterium en de afwezigheid van privékapitaal – voldaan is aan het activiteiten criterium. De afvalverwerkingsovereenkomsten hoeven niet aanbesteed te worden en vorderingen van AVR worden afgewezen.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst moet overheidsopdrachten met een geraamde waarde van minimaal de toepasselijke drempelwaarde in beginsel aanbesteden. Quasi-inbesteding is een uitzondering op dit uitgangspunt: een aanbestedende dienst mag ervoor kiezen een opdracht binnen de grenzen van art. 2.24a en 2.24b Aw 2012 onderhands te gunnen aan een door hem gecontroleerde rechtspersoon.
- Op grond van artikel 2.24b Aw 2012 hoeft er niet te worden aanbesteed, indien aan drie voorwaarden wordt voldaan:
 1. De aanbestedende dienst oefent samen met andere

aanbestedende diensten toezicht op die rechtspersoon uit zoals op hun eigen diensten (het toezichtcriterium). Aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten indien:

- a) 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;

b) deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en

c) de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten (artikel 2.24b, tweede lid Aw 2012).

2. Meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon dient te bestaan uit taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten

gecontroleerde rechtspersonen (het activiteitscriterium);

- Het aandeel van 80% in de activiteiten wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst met betrekking tot diensten, leveringen en werken zijn gemaakt, of (zoals in deze zaak) een berekening op basis van daadwerkelijk verwerkte tonnages, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.

3. Er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De toezichtcriteria vormen een uitwerking van onder meer het arrest [Econord](#) van het Hof van Justitie van de Europese Unie, waarin is geoordeeld dat een enkele formele deelneming aan een (gecontroleerde) rechtspersoon onvoldoende is en dat het uit te oefenen toezicht effectief moet zijn.
- Een aanbestedende dienst kan minder makkelijk toezicht houden als op eigen diensten wanneer de gecontroleerde rechtspersoon commerciële activiteiten gaat ontplooiën, bijvoorbeeld door zich op de reguliere markt te richten (zie de arresten [Coditel](#) en [Sea](#) van het Hof van Justitie van de Europese Unie).
- In het arrest [Stadt Halle](#) werd vastgesteld dat een aanbestedende dienst onder specifieke omstandigheden opdrachten mag (laten) uitvoeren door eigen diensten (en dus zonder een beroep te doen op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren). De verhouding tussen de aanbestedende dienst en zijn eigen diensten wordt gekenmerkt door het nastreven van doelstellingen van algemeen belang; dit in tegenstelling tot het houden van privékapitaal in een onderneming, waarmee andere doelstellingen worden nagestreefd (zie ook het arrest [Acoset](#)).
- In het [Omrin](#)-arrest uit 2013 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat bij de beoordeling van een quasi-inbestedingsconstructie alleen moet worden gekeken naar de positie van de rechtspersoon waaraan de opdracht wordt verleend en niet naar het gehele 'concern' waartoe die rechtspersoon behoort. In het verlengde hiervan oordeelde [de rechtbank Rotterdam](#) in 2020 dat een (gecontroleerde) rechtspersoon, die zelf ook een aanbestedende dienst is, ervoor mag kiezen een opdracht onderhands te gunnen aan een andere rechtspersoon, mits deze op zijn beurt door die aanbestedende dienst wordt gecontroleerd (dubbele quasi-inbesteding). Zie hiervoor ook een eerdere publicatie ([JA 1-2021](#)).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende diensten een opdracht (quasi-)inbesteden en een commerciële partij verzet zich daartegen, dan zal de rechter de constructie toetsen aan de criteria voor quasi-inbesteding. Deze uitspraak laat goed zien hoe rechters in dat geval te werk gaan. Lees de uitspraak een keer door als je hiermee te maken krijgt. Met name de toets ten aanzien van het activiteitscriterium is interessant. De gemeenten kozen voor een berekening op basis van de daadwerkelijk verwerkte aantal tonnen afval en de rechter toetst vervolgens feitelijk (onder meer op grond van rapporten, cijfers over de verwerkingscapaciteit en overzichten van het Landelijk Meldpunt Afval) of het 80%-criterium gehaald wordt.
- Ook is van belang dat aanbestedende diensten de tonnages afval die zij (laten) verwerken voor (in dit geval) een Duitse gemeente (in het kader van horizontale samenwerking), mogen meenemen in de berekening van de 80%.
- Let op: het in één keer verlenen van een opdracht aan een 'dochter van een dochter' is alleen toegestaan als de aanbestedende dienst die de opdracht verleent (de 'grootmoeder') zelf voldoende toezicht uitoefent op haar 'kleindochter'. Is dat niet het geval, verleen dan per stap een aparte opdracht: eerst van 'grootmoeder' aan 'moeder' en daarna van 'moeder' aan 'dochter'. In deze casus is dit juist toegepast door de ingerichte toezichtswaarborgen.

- Controleer voorafgaand aan het verlenen van een opdracht door middel van quasi-inbesteding goed of voldaan wordt aan de drie wettelijke voorwaarden voor quasi-inbesteding. Wanneer aan één van de drie voorwaarden (het toezichtcriterium, het merendeelcriterium dan wel de afwezigheid van participatie van privékapitaal) niet is voldaan, is quasi-inbesteding niet toelaatbaar en zal de opdracht aanbesteed moeten worden. Laat de constructie desgewenst van tevoren toetsen door een deskundig partij.
- De wet stelt geen beperkingen aan het aantal opeenvolgende quasi-inbestedingen. Een quasi-inbestedingsconstructie mag je als aanbestedende dienst(en) in beginsel dus ook tot tweemaal toe toepassen: een gecontroleerde rechtspersoon (die zelf ook aanbestedende dienst is) mag de opdracht op zijn beurt ook quasi-inbesteden aan een door hem gecontroleerde rechtspersoon.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE 

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com