epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

De 80% regel bij quasi-inbesteding

nr. 2

De zaak

Afvalsturing Friesland N.V. ('AF') is in 1995 opgericht door Friese gemeenten als gezamenlijke publieke afvalverwerker. AF staat aan het hoofd van een groep van dochtervennootschappen, waarvan een deel ook activiteiten verricht op de vrije markt. AF stelt geconsolideerde jaarrekeningen op overeenkomstig de Jaarrekeningrichtlijn (Richtlijn 2013/34/EU). NV Irado ('Irado') is een publieke afvalverwerker, opgericht door drie Zuid-Hollandse gemeenten. In 2017 is Irado aandeelhouder geworden van AF en sindsdien laat zij het huishoudelijk restafval dat zij inzamelt door AF verwerken. De gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk (de 'BAR-gemeenten') hebben in 2015 NV BAR-Afvalbeheer ('BAR') opgericht. In 2019 besluiten de BAR-gemeenten BAR te laten deelnemen in Irado en Irado te belasten met de inzameling en verwerking van hun huishoudelijk restafval.

Op 13 december 2019 sluiten Irado en AF een overeenkomst voor de verwerking van het huishoudelijk restafval van de BAR-gemeenten. Op 20 december 2019 sluiten BAR en Irado een dienstverleningsovereenkomst. Beide opdrachten worden zonder aanbestedingsprocedure gegund onder de uitzondering voor quasi-inbesteding.

AVR-Afvalverwerking BV ('AVR'), een commerciële afvalverwerker die voorheen bij de afvalverwerking voor de BAR-gemeenten betrokken was, verliest hierdoor opdrachten. AVR stelt dat de rechtstreekse gunning in strijd is met het aanbestedingsrecht. Volgens AVR wordt niet voldaan aan de voorwaarden van de inhouse-uitzondering (art. 12 Richtlijn 2014/24/EU), omdat AF – als moedermaatschappij van een concern – via haar dochtervennootschappen ook substantiële marktactiviteiten verricht. De kern van het geschil is of bij de toets of meer dan 80% van de activiteiten van AF de uitvoering behelst van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten uitsluitend de eigen (afzonderlijke) omzet van AF relevant is, of dat ook de omzet van de groepsvennootschappen moet worden meegenomen.

De rechtbank Den Haag wijst de vorderingen van AVR af. AVR gaat in hoger beroep bij het gerechtshof Den Haag. Het gerechtshof stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU ('HvJEU') over de uitleg van artikel 12, lid 3 en lid 5 van Richtlijn 2014/24/EU.
Het HvJEU oordeelt dat als de gecontroleerde rechtspersoon de moedermaatschappij is van een groep, bij de toepassing van het 80%-activiteitencriterium ook rekening moet worden gehouden met de omzet van de andere groepsentiteiten. Deze beoordeling mag plaatsvinden op basis van de geconsolideerde omzet zoals opgesteld op grond van Richtlijn 2013/34/EU. Het doel van de inhouse-uitzondering – het voorkomen van mededingingsvervalsing – zou volgens het HvJEU worden ondergraven als de gecontroleerde rechtspersoon het 80%-activiteitencriterium eenvoudig zou kunnen omzeilen door zijn activiteiten kunstmatig op te splitsen en sommige daarvan toe te wijzen aan dochtervennootschappen. Het verzoek van AF de werking van het arrest in tijd te beperken (met andere woorden: om het arrest geen terugwerkende kracht te geven), wijst het HvJEU af.

Juridisch kader

- Artikel 12, lid 3, van Richtlijn 2014/24/EU staat rechtstreekse gunning toe aan een entiteit die door meerdere aanbestedende diensten wordt gecontroleerd indien (i) door de controlerende aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht wordt uitgeoefend op de entiteit, (ii) meer dan 80% van de activiteiten van de entiteit de uitvoering behelst van taken die haar zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten, en (iii) er geen (relevante) private kapitaalparticipatie aanwezig is. In Nederland is deze bepaling geïmplementeerd met artikel 2.24b van de Aanbestedingswet 2012 ('Aw').

- Artikel 12, lid 5, van Richtlijn 2014/24/EU (artikel 2.24b, lid 1, onder b, juncto artikel 2.24a, lid 4 en 5 van de Aw) bepaalt dat het activiteitenpercentage wordt vastgesteld aan de hand van de gemiddelde omzet over de laatste drie jaar of een gelijkwaardige maatstaf.

- Artikelen 22 en 24 van Richtlijn 2013/34/EU verplichten moedermaatschappijen onder voorwaarden tot het opstellen van geconsolideerde financiële overzichten, waarin de activiteiten van de groep als één economische eenheid worden gepresenteerd.

Rechters aan het woord

- In eerste instantie overwoog de Rechtbank Den Haag in dit geschil dat zij geen grond ziet om bij de toepassing van artikel 2.24b, lid 1, onder b, juncto artikel 2.24a, lid 4 en 5 van de Aw de omzet van andere rechtspersonen dan de gecontroleerde rechtspersoon - in dit geval AF - te betrekken. De rechtbank nam daarbij de tekst van de wet als uitgangspunt bij de beoordeling. Gelet op het besproken arrest van het HvJEU houdt het oordeel van de rechtbank Den Haag op dit punt geen stand. Overigens leek de rechtbank Den Haag wel al te beseffen dat de uitzondering niet geldt voor schijnconstructies, zoals het door AVR genoemde geval dat bepaalde werkzaamheden bij een dochteronderneming worden ondergebracht met als enig doel het voldoen aan het activiteitencriterium.

- Het leerstuk van (quasi-)inbesteding gaat terug tot het arrest van het HvJEU van 18 november 1999 in de zaak Teckal. Daarin werd met betrekking tot de Aanbestedingsrichtlijn Diensten 92/50/EEG geoordeeld dat deze niet van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst een opdracht verleent aan een entiteit die weliswaar rechtens onderscheiden is van de aanbestedende dienst, maar: (i) waarover de aanbestedende dienst toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten; en (ii) die het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die haar beheersen.

- In het arrest van 11 mei 2006 van het HvJEU (Carbotermo en Consorzio Alisei) werd geoordeeld dat het activiteitencriterium moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante kwantitatieve en kwalitatieve omstandigheden van de zaak.

Tips voor de praktijk

- Verleen je als aanbestedende dienst opdrachten op grond van quasi-inbesteding? Herbeoordeel dan of de bestaande constructie nog voldoet aan de (recente interpretatie van de) regelgeving.

- Kijk bij toepassing van de inhouse-uitzondering verder dan de juridische entiteit waaraan wordt gegund. Is de entiteit een moedermaatschappij van een groep? Neem dan ook de activiteiten van haar dochterondernemingen mee.

- De uitspraak van het HvJEU heeft specifiek betrekking op opdrachten aan moedermaatschappijen. Onzeker is nog wat het oordeel van het HvJEU betekent voor quasi-inbesteding aan dochtermaatschappijen.

MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze website.

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met Van Doorne Advies Advocaten, notarissen & fiscalisten en EPSA Procurement.

epsa PROCUREMENT

Van Doorne