

## De publiekrechtelijke instelling

Kees van de Water<sup>1</sup>, oktober 2007

*De aanbestedingsrechtelijke status van de Nederlandse instellingen in de zorg, de SW-bedrijven en de corporaties, en met name de vraag of zij aanbestedende diensten zijn, leidt er toe dat de publiekrechtelijke instelling meer in de belangstelling staat dan ooit.*

Hieronder volgt een overzicht van de terzake relevante - vooral Europese - jurisprudentie, alsmede enige aanknopingspunten en handvatten voor een beoordeling van een entiteit in de praktijk.

### 1. Inleiding

De personele werkingssfeer van de (algemene) Europese Richtlijn 2004/18/EG<sup>2</sup> heeft betrekking op aanbestedende diensten. Ingevolge artikel 1 lid 9 van die Richtlijn worden als aanbestedende diensten aangemerkt: *“De staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.”*

Het begrip publiekrechtelijke instelling is bekend sinds Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening<sup>3</sup>. Kort: De Richtlijn Diensten (oud).

Ingevolge artikel 1 sub b van de Richtlijn Diensten (oud) gold: *“worden als aanbestedende diensten beschouwd: de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.*

*Onder publiekrechtelijke instelling wordt verstaan, iedere 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 of wel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen*

---

<sup>1</sup> mr. J.C. van de Water is juridisch adviseur en eigenaar van KW Legal.

<sup>2</sup> Richtlijn 2004/18/EG van het Europese Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. In Nederland geïmplementeerd door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) van 16 juli 2005, Stb. 2005, 408, zoals gewijzigd bij besluit van 7 december 2005, Stb. 650.

<sup>3</sup> Waarin uiteindelijk ook opgenomen, Richtlijn 97/52/EG van 28 november 1997.

*aan toezicht door deze laatste, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.”*

De publiekrechtelijke instelling is nadien ook opgenomen in de Richtlijn Werken (oud) en de Richtlijn Leveringen (oud).<sup>4</sup>

Voor die tijd was in artikel 1 sub b van de ‘*Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (71/305/EEG)*’ opgenomen:

*“worden onder aanbestedende diensten verstaan: de Staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in bijlage I zijn opgesomd.”*

Terzake stonden in bijlage I voornoemd, voor Nederland opgenomen:

- de Waterschappen,
- de Rijksuniversiteiten, de Academische Ziekenhuizen, de Gemeentelijke Universiteit van Amsterdam, de Rooms-Katholieke Universiteit van Nijmegen, de Vrije Universiteit van Amsterdam, de Technische Hogescholen,
- de Nederlandse Centrale Organisatie voor toegepast natuurwetenschappelijk Onderzoek (T.N.O.) en de daaronder ressorterende organisaties.

En in artikel 1 sub b van de ‘*Richtlijn van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (77/62/EEG)*’ werd een aantal jaren later opgenomen:

*“wordt onder aanbestedende diensten verstaan: de Staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen, of, in de Lid-Staten die dit begrip niet kennen, de overeenkomstige eenheden, welke in bijlage I zijn opgesomd.”*

Het enige verschil met voornoemde bijlage I is, dat nu ‘*de instellingen van wetenschappelijk onderwijs vermeld in artikel 15 van de Wet op het Wetenschappelijk Onderwijs (1960)*’ worden genoemd.

In een ‘evolutie-gedachte’ ziet men dus een overgang van ‘*publiekrechtelijke rechtspersonen*’ naar ‘*overeenkomstige eenheden*’, naar uiteindelijk de ‘*publiekrechtelijke instelling*’. Ik schets

---

<sup>4</sup> Respectievelijk Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Beide gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG.

deze overgang ondermeer omdat bepaalde - hierna te behandelen - jurisprudentie ziet op de (heel) oude Richtlijnen.

Thans geldt ingevolge artikel 1 lid 9 van Richtlijn 2004/18/EG: “*Onder publiekrechtelijke instelling wordt iedere instelling verstaan:*

- a) *die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,*
- b) *die rechtspersoonlijkheid bezit, en*
- c) *waarvan*
  - *ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd,*
  - *ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste,*
  - *ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.”*

Men ziet dat voornoemde definitie nagenoeg gelijk is aan de definities zoals opgenomen in de Richtlijnen Werken (oud), Leveringen (oud) en Diensten (oud). Jurisprudentie onder deze oude Richtlijnen is derhalve zondermeer bruikbaar onder het huidige recht.

In r.o. 41 en 42 van HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) is het volgende opgenomen:

*“In dit verband zij eraan herinnerd, dat volgens herhaalde uitspraken van het Hof de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op communautair vlak zijn gecoördineerd om belemmeringen van het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden.*

*Bovendien vloeit eveneens uit de vaste rechtspraak voort dat de communautaire richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten ertoe strekken, zowel het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, als de mogelijkheid dat een door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.”*

Teneinde een ‘open (EG/EU) markt’ te creëren, heeft men aldus gemeend om entiteiten die sterk afhankelijk zijn van een aanbestedende dienst aan de aanbestedingsregels te onderwerpen. Ik veronderstel, omdat men er van uit gaat dat de reële kans bestaat, dat zulke entiteiten zich in het voorkomend geval door andere dan zuiver economische overwegingen (kunnen) laten leiden. Bijvoorbeeld doordat zij zich laten leiden door een algemeen belang dat door hen gediend moet worden, of zich (moeten) laten leiden door een aanbestedende dienst waarvan zij afhankelijk

zijn.<sup>5</sup> De creatie van een open (EG/EU) markt is in beginsel slechts mogelijk wanneer de spelers zich (slechts) laten leiden door zuiver economische motieven en overwegingen.

## **2. De drie cumulatieve voorwaarden**

Een entiteit is slechts publiekrechtelijke instelling en daarmee aanbestedende dienst, wanneer hij voldoet aan de definitie zoals is neergelegd in artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG.

Teneinde als publiekrechtelijk instelling te kunnen worden aangemerkt, gelden aldus drie voorwaarden. Deze drie voorwaarden zijn cumulatief.<sup>6</sup>

De drie criteria onder voorwaarde 3 - in de definitie van de publiekrechtelijke instelling in artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG onder 'ofwel' genoemd - cumuleren niet. Indien aan één van de drie criteria is voldaan, is aan voorwaarde 3 voldaan.<sup>7</sup> De drie niet-cumulatieve criteria worden ook wel 'afhankelijkheidscriteria' of 'alternatieve voorwaarden'<sup>8</sup> genoemd.

Vaste regel is, dat het begrip aanbestedende dienst steeds een functionele uitlegging moet krijgen.<sup>9</sup> Voorts moet het begrip publiekrechtelijke instelling in ruime zin worden opgevat.<sup>10</sup>

Richtlijn 2004/18/EG kent in Bijlage III de '*niet-limitatieve lijsten van de publiekrechtelijke instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen*'. Is een entiteit op die lijsten<sup>11</sup> opgenomen, dan kwalificeert hij sowieso als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst. Voor Nederland zijn bijvoorbeeld ondermeer opgenomen:

- De openbare of uit de openbare kast bekostigde bijzondere scholen voor basisonderwijs in de zin van de Wet op het primair onderwijs;

---

<sup>5</sup> Het aspect van de 'zuiver economische overwegingen' ziet volgens de jurisprudentie op beide kanten van het aanbestedingsproces. Enerzijds op de inschrijvende kant. Zie HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) r.o. 51. En anderzijds, op de aanbestedende kant. Zie HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)) r.o. 92.

<sup>6</sup> Zie HvJ EG 15 januari 1998, C-44/96 (Mannesmann Anlagebau Austria AG e.a.), r.o. 21, 39 en 41.

<sup>7</sup> Zie Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht, mr. E.H. Pijnacker Hordijk, mr. G.W. van der Bend en mr. J.F. van Nouhuys, derde druk, 2004, SDU Uitgevers, pag. 50.

<sup>8</sup> Zie HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge), r.o. 20.

<sup>9</sup> Zie r.o. 43 van HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk) en HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale Bau AG), r.o. 53.

<sup>10</sup> Zie HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley), r.o. 43.

<sup>11</sup> Vergelijk ook, de door het Ministerie van EZ (op haar website) gepubliceerde *Lijst van publiekrechtelijke instellingen*.

- De bekostigde universiteiten en hogescholen, de Open universiteit en de academische ziekenhuizen;
- Diverse Ontwikkelingsmaatschappijen.

Overigens is Bijlage III van Richtlijn 2004/18/EG niet ‘up to date’. Vermeld worden immers bijvoorbeeld nog de Ziekenfondsen, de Arbeidsvoorzieningsorganisatie en de Regionale Indicatieorganen<sup>12</sup>. Zij bestaan thans niet meer.

Niet-limitatief zegt het al. Er bestaan nog meer publiekrechtelijke instellingen dan die op de lijsten worden genoemd. Komt een bepaalde entiteit niet voor op de lijsten, dan moet in de praktijk van geval tot geval - in objectieve zin<sup>13</sup> - de situatie feitelijk en rechtens worden onderzocht om uit te maken of de betreffende entiteit een publiekrechtelijke instelling is.<sup>14</sup> Terzake moet worden uitgegaan van een uniforme uitlegging van een communautair begrip. Zie HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) r.o. 35:

*“Het is vaste rechtspraak dat met het oog op de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht en het beginsel van gelijke behandeling, als algemene regel dient te gelden, dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling.”*

Uiteindelijk heeft evenwel het Hof van Justitie het laatste woord. Thans is door het Hof (nog) niet uitgemaakt, wat bijvoorbeeld de status is van de Nederlandse corporaties<sup>15</sup> en de (diverse) instellingen in de zorg, waaronder de algemene ziekenhuizen<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Overigens wordt hun opvolger, het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ), wel genoemd op de lijst van EZ van 9 januari 2006. Zie over het CIZ ondermeer M.C. Pinto en J.M. Hoek, Alleenrecht en voorafgaande publicatieplicht, TA juni 2007, pag. 213-222 en T.H.G. Robbe, Wel of geen transparantie betrachten bij het vestigen van een uitsluitend recht bij het CIZ voor het uitvoeren van indicatiestellingen WMO? Artikel 17 BAO nader bezien, TA februari 2007, pag. 32-36.

<sup>13</sup> Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 63.

<sup>14</sup> Zie HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley), r.o. 44 en HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 77.

<sup>15</sup> Zie hierover bijv. de discussie tussen de mrs. M.R. de Boer, F.A. van den Assem en R.D. Luteijn in Bouwrecht nr. 8 augustus 2006, pag. 722-729, Bouwrecht nr. 10 oktober 2006, pag. 906-908 en Bouwrecht nr. 11 november 2006, pag. 1003-1008.

<sup>16</sup> Zie hierover bijv. mr. A.E. Broesterhuizen, Zorg om aanbesteden, TA januari 2005, pag. 5-18 en A. Chao, Enkele kanttekeningen bij de aanbestedingsplicht van algemene ziekenhuizen naar aanleiding van het Amphia-arrest aan de hand van een rechtsvergelijking, TA oktober 2007, pag. 343-355. En Vزر. Rb. Breda 30 november 2004, KG ZA 04-486 (Amphia Ziekenhuis), het betreffende ingestelde hoger beroep (Hof Den Bosch van 18 oktober 2005) en HR 1 juni 2007, C06/022HR (Amphia).

### **3. De drie cumulatieve voorwaarden nader bezien**

Het is aangewezen om de drie cumulatieve voorwaarden - inclusief de drie niet-cumulatieve afhankelijkheidscriteria - nader uit te werken. Een en ander biedt zo wellicht een handig en bruikbaar handvat voor een beoordeling van een entiteit in de praktijk.

#### **3.1 Oppericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn**

Bij deze voorwaarde is een aantal begrippen van belang. Het gaat om ‘oppericht’, ‘behoefte van algemeen belang’, ‘te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn’, en om ‘te voorzien in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn’.

##### **3.1.1 Oppericht**

Aan het begrip ‘oppericht’ behoeft in de praktijk geen al te grote betekenis te worden toegekend. De doelstelling ‘te voorzien in behoeften van algemeen belang’ hoeft immers niet uit de oprichtingshandeling van de betreffende entiteit te blijken. Een dergelijke beperking mag niet worden afgeleid uit de jurisprudentie<sup>17</sup>. Zie r.o. 56 en 57 van HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 (Universale Bau AG):

*“Om na te gaan of een entiteit aan de voorwaarde van artikel 1, sub b, tweede alinea, eerste streepje, van richtlijn 93/37 voldoet, moet derhalve worden uitgegaan van de activiteiten die zij daadwerkelijk uitoefent.*

*In dit verband zij erop gewezen dat de nuttige werking van richtlijn 93/37 niet volkomen zou zijn verzekerd indien de toepassing van het stelsel van de richtlijn op een entiteit die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, sub b, tweede alinea, van die richtlijn, zou kunnen worden uitgesloten louter omdat zij niet reeds bij haar oprichting was belast met de taken van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard die zij in de praktijk verricht.”*

##### **3.1.2 Behoeften van algemeen belang**

De communautaire wetgever heeft onderscheid gemaakt tussen enerzijds behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en anderzijds behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn<sup>18</sup>.

Het is dus aangewezen om (eerst) vast te stellen wanneer sprake is van ‘behoefte van algemeen belang’.<sup>19</sup> Dat is immers de gemeenschappelijke noemer. Het Hof is terzake geneigd in het

---

<sup>17</sup> Aldus ook Aanbestedingsrecht a.w. pag. 47.

<sup>18</sup> Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 36.

<sup>19</sup> Zie (ook) HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen), r.o. 40.

concrete geval, na te gaan of een bepaalde activiteit van een entiteit “*beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang.*”<sup>20</sup>

Tot een eenduidige definitie van het begrip ‘behoefte van algemeen belang’ is het tot nu toe evenwel niet gekomen. Zie ook de conclusie van de AG bij HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) onder punt 64:

*“Vorzover ik weet, heeft ook het Hof tot nu toe nog geen algemeen geldige definitie geformuleerd van het begrip behoeften van algemeen belang in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. In de rechtspraak zijn echter inmiddels wel een aantal taken als behoeften van algemeen belang erkend: het drukken van officiële documenten als paspoorten, rijbewijzen en identiteitskaarten, het ophalen en de verwerking van huishoudelijk afval, het beheer van de nationale bossen en de opbouw van een bosbouwnijverheid, de exploitatie van een universiteit, de exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken en het verschaffen van openbare telecommunicatiediensten, de activiteit van de offices publics d'aménagement et de construction en van een société anonyme d'habitations à loyer modéré, die zich bezighouden met sociale woningbouw, en ten slotte de organisatie van jaarbeurzen en tentoonstellingen.”*

De AG lijkt aan te nemen dat sprake is van behoeften van algemeen belang, wanneer de activiteiten van een entiteit *in beginsel ten goede komen aan de gehele bevolking.*<sup>21</sup>

Terzake is ook relevant HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) r.o. 43 t/m 45:

*“Dienaangaande dient er met name aan te worden herinnerd dat het Hof op de vraag of een instelling die als doel had, activiteiten voor de organisatie van beurzen, tentoonstellingen en congressen te verrichten en te bevorderen, kon worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50, heeft geantwoord dat activiteiten voor de organisatie van dergelijke evenementen voorzien in behoeften van algemeen belang, voorzover de organisator van die evenementen, welke fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, niet alleen handelt in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie verschaft, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel kan inderdaad worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft.*

*Mutatis mutandis gelden dezelfde overwegingen voor de activiteit die in het hoofdgeding aan de orde is, aangezien niet valt te ontkennen dat verweerster in het hoofdgeding, door de verwerving van diensten van ontwerp en bouw in het kader van een vastgoedproject voor kantoren niet alleen handelt in het bijzonder belang van de rechtstreeks bij het project betrokken ondernemingen, maar ook in het belang van de stad Varkaus.*

*Activiteiten als die van Taitotalo in de onderhavige zaak kunnen immers worden beschouwd als activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang, voorzover zij de handel en de economische en sociale ontwikkeling van het betrokken territoriale lichaam een impuls kunnen geven, aangezien de vestiging van ondernemingen op het grondgebied van een gemeente dikwijls gunstige effecten heeft voor die gemeente, zoals het scheppen van werkgelegenheid, toeneming van de belastinginkomsten en verbetering van vraag en aanbod van goederen en diensten.”*

---

<sup>20</sup> Zie HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley), r.o. 46.

<sup>21</sup> Zie de conclusie van de AG bij HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) onder punt 65.

Uit het vorenstaande leid ik af dat een entiteit kan voorzien in een behoefte van algemeen belang, wanneer hij bij zijn activiteiten niet slechts zijn eigen individuele belang voorop stelt c.q. voorop moet stellen, doch ook het belang van anderen (derden). En voorts, wanneer het resultaat van zijn activiteiten bijdraagt aan het belang van anderen (derden). Concrete aanknopingspunten voor een beoordeling van een en ander in de praktijk zullen zijn, de statutaire doelstelling van de betrokken entiteit, alsmede de daadwerkelijke en feitelijke activiteiten zoals die worden uitgevoerd door de entiteit.

Tevens dient naar mijn mening te worden aangenomen, dat wanneer de activiteiten van een entiteit in het verlengde liggen van c.q. onlosmakelijk verbonden zijn met typische overheidsaangelegenheden of met zaken die de overheid zich typisch aantrekt - denk bijvoorbeeld aan: gezondheidszorg, onderwijs, arbeidsreïntegratie, huishoudelijke afvalinzameling, openbare orde en veiligheid - al snel sprake kan zijn van een voorzien in een behoefte van algemeen belang. Extra aandacht behoeven dan ook, entiteiten die activiteiten uitvoeren op basis van c.q. in het kader van wettelijke regelingen<sup>22</sup>. Men denkt bijvoorbeeld aan de SW-bedrijven die als uitvoerende rechtspersonen zijn aangewezen in de zin van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) of aan corporaties die hun activiteiten uitvoeren in het kader van de Woningwet en het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH).

Een in het voorkomend geval extra aandachtspunt betreft voorts artikel 160 leden 2 en 3 van de Gemeentewet. Ingevolge lid 2 besluit het college slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, indien dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het betreffende besluit heeft ingevolge lid 3 de goedkeuring van GS. De goedkeuring kan worden onthouden wegens strijd met het recht of het openbaar belang. Ik neem zodoende aan dat de gemeentelijke stichting of BV (al) snel voorziet in behoeften van algemeen belang.

### **3.1.3 Te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn**

Zoals reeds aangehaald wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn en anderzijds behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn.

Ter beantwoording van de vraag of een entiteit een publiekrechtelijke instelling is, maakt het in beginsel niet uit dat de entiteit zowel voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, als voorziet in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn. Zie HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) r.o. 57 en 58:

---

<sup>22</sup> Van wetten mag immers worden verwacht dat zij in het algemeen belang zijn vastgesteld.



*“Wat de opmerking van de Commissie betreft, dat niet kan worden uitgesloten dat de betrokken activiteit slechts een te verwaarlozen deel van de activiteiten van Taitotalo is, moet eraan worden herinnerd dat die omstandigheid, zo zij al zou vaststaan, voor de beslechting van het geschil niet van belang is zolang die vennootschap blijft voorzien in behoeften van algemeen belang.*

*Volgens vaste rechtspraak hangt de hoedanigheid van publiekrechtelijke instelling immers niet af van de mate waarin de betrokken instelling voorziet in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard.”*

Zolang de entiteit zich blijft kwijten van de activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, kan hij als een publiekrechtelijke instelling - en daarmee als een aanbestedende dienst - worden aangemerkt.<sup>23</sup>

Voorts geldt dat het begrip ‘te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn’, niet die behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt of kan worden voorzien. Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 44:

*“Aangezien het moeilijk denkbaar is, dat activiteiten in geen geval door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht, zou bovendien de voorwaarde dat er geen particuliere ondernemingen zijn die kunnen voorzien in de behoeften waarvoor de betrokken instelling is opgericht, het begrip publiekrechtelijke instelling kunnen uithollen.”*

Een entiteit kan daarnaast (in enig begrotingsjaar) niet tegelijkertijd wel en niet een publiekrechtelijke instelling zijn. Een en ander komt bijvoorbeeld de rechtszekerheid niet ten goede. Zie HvJ 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 41:

*“In die omstandigheden verlangen de eisen van rechtszekerheid en doorzichtigheid, dat zowel de betrokken universiteit als belanghebbende derden vanaf het begin van het begrotingsjaar weten, of de in de loop van dat jaar voorgenomen opdrachten onder het toepassingsgebied van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 vallen.”*

Volgens de jurisprudentie<sup>24</sup> is er in de regel sprake van ‘te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn’, wanneer het gaat om “*behoefte waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat bovendien om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden*”.

Hoe deze enigszins vage overweging door het Hof praktisch wordt toegepast c.q. concreet wordt ingevuld, volgt in onderhavig verband zeer representatief uit r.o. 84 t/m 92 van HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)).

---

<sup>23</sup> Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 55 en 58.

<sup>24</sup> Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 51, HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley), r.o. 50, HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen), r.o. 47 en HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 80.

Volgens het Hof was entiteit SIEPSA specifiek opgericht om bij uitsluiting de uitvoering van de in het plan voor afschrijving en oprichting van strafinrichtingen voorziene programma's en acties uit te voeren teneinde het penitentiaire beleid van de Spaanse Staat uit te voeren. De activiteiten van SIEPSA zijn intrinsiek verbonden met de openbare orde, hetgeen tot uiting komt in de doorslaggevende invloed van de staat op het vervullen van de aan SIEPSA toegewezen opdrachten.

Er bestaat verder volgens het Hof geen markt voor de door SIEPSA aangeboden goederen en diensten inzake planning en oprichting van strafinrichtingen, aangezien het opleggen van straffen een prerogatief van de staat is. De voornaamste activiteiten en doelen van SIEPSA zijn niet onderworpen aan de mededinging op de markt. SIEPSA kan (dus) niet worden aangemerkt als een instelling die op de vrije markt goederen en diensten aanbiedt in mededinging met andere marktdeelnemers. Zelfs al zouden de activiteiten van SIEPSA winst opleveren, niet kan - op grond van de statuten - worden aangenomen dat het nastreven van die winst op zich het voornaamste doel van deze vennootschap is.

Ongeacht of er een officieel compensatiemechanisme voor eventuele verliezen van SIEPSA bestaat, is het voorts weinig waarschijnlijk dat zij zelf de aan haar activiteit verbonden economische risico's moet dragen. Gelet op het feit dat de vervulling van de opdracht van deze vennootschap een fundamenteel element van het penitentiaire beleid van de Spaanse Staat is, lijkt het immers waarschijnlijk dat die staat, in zijn hoedanigheid van enige aandeelhouder, de nodige maatregelen neemt om een faillissement van SIEPSA te vermijden.

Volgens het Hof heeft SIEPSA (aldus) de mogelijkheid om zich in een procedure voor plaatsing van een overheidsopdracht door andere dan zuiver economische overwegingen te laten leiden.

Gelet op alle juridische en feitelijke aspecten wordt uiteindelijk door het Hof geconcludeerd dat de behoeften van algemeen belang ter voorziening waarin SIEPSA specifiek is opgericht, van andere dan industriële of commerciële aard zijn. Daaruit volgt dat SIEPSA als een publiekrechtelijke instelling moet worden aangemerkt.<sup>25</sup>

### **3.1.3.1 Onderzoekspunten en handvatten voor een beoordeling in de praktijk**

Uit het SIEPSA-arrest volgen naar mijn mening dan ook de navolgende onderzoekspunten en handvatten voor een beoordeling van een entiteit in de praktijk.

Men dient te onderzoeken<sup>26</sup>:

- Waaronder en waarom de entiteit specifiek is opgericht;

---

<sup>25</sup> Zie HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 93 en 94.

<sup>26</sup> Zie HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 84 t/m 86.

- Onder welke omstandigheden en voorwaarden de entiteit feitelijk werkzaam is;
- In welke individuele òf algemene behoeften de entiteit voorziet;
- Of (een) aanbestedende dienst (en) doorslaggevende invloed (kunnen) uitoefenen op de uitvoering van de activiteiten van de entiteit.

Alsdan krijgt men immers een beeld of (wellicht) sprake is *behoefden waarin de aanbestedende diens om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden.*

Tevens dienen bij een beoordeling van een entiteit in de praktijk, de navolgende vragen te worden beantwoord<sup>27</sup>:

- Is de entiteit bij al zijn activiteiten actief op een markt waar mededinging heerst?
- Is de entiteit in al zijn facetten / activiteiten, een onderneming?
- Heeft de entiteit winst oogmerk als voornaamste doel?
- Draagt de entiteit zelf de aan haar activiteiten verbonden economische risico's?

Alsdan krijgt men immers een beeld of (wellicht) sprake is van *behoefden waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt.*

Een ontkennend antwoord op voornoemde vragen, is dan een concrete aanwijzing dat sprake is een 'voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële of industriële aard zijn'.

Overigens volgt uit HvJ EG 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99 (Agora en Excelsior) r.o. 30 nog, dat een entiteit die geen winst oogmerk heeft, maar bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, een entiteit kan zijn die voorziet in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn. Een en ander betreft dan ook steeds een nader onderzoekspunt.

Voorts dient als gevolg van HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) r.o. 59 tevens te worden onderzocht of de entiteit mogelijk met openbare middelen wordt gefinancierd. Met openbare middelen wordt in kwestie waarschijnlijk<sup>28</sup> een soort van 'subsidiëring' of 'staatssteun' bedoeld. Het feit dat subsidie of staatssteun is of wordt verleend kan een aanwijzing zijn dat sprake is van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.

---

<sup>27</sup> Zie HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 87 t/m 91.

<sup>28</sup> Zie HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 21 en 35 en verderop in dit stuk, paragraaf 3.3.1.2.

Bij een en ander houdt men uitdrukkelijk in het oog, dat in beginsel geen enkel hiervoor genoemd aspect (onderzoekspunt) op zichzelf doorslaggevend is. Het gaat uiteindelijk om het geheel van alle rechtens relevante feiten en omstandigheden.

In de praktijk zal het (aldus) voor kunnen komen dat de hiervoor genoemde onderzoekspunten niet eenduidig of gelijkloidend beantwoord kunnen worden. Of dat er twijfels (blijven) bestaan.

Het is wellicht dan ook raadzaam om als een soort van ‘sluitstuk’ op de - aan de hand van de onderzoekspunten gemaakte - beoordeling van een entiteit in de praktijk, steeds afrondend de vraag te stellen: *“Laat de entiteit zich in kwestie te allen tijde leiden door zuiver economische overwegingen?”*<sup>29</sup>

Een ontkennend antwoord op die vraag is alsdan een sterke aanwijzing dat de entiteit (inderdaad) voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Het is immers aannemelijk dat een publiekrechtelijke instelling zich nimmer door slechts zuiver economische overwegingen kan laten leiden. Bijvoorbeeld doordat de entiteit zich moet laten leiden door een algemeen - per definitie niet zuiver economisch - belang dat door hem gediend dient te worden. Of doordat de entiteit zich moet laten leiden door overwegingen die betrekking hebben op (de belangen van) een aanbestedende dienst waarvan hij afhankelijk.

Laten bijvoorbeeld de corporatie of een SW-bedrijf zich te allen tijde leiden door zuiver economische overwegingen? Ik veronderstel van niet. Een corporatie zal zich immers altijd (moeten) laten leiden door het belang van de volkshuisvesting. Men denkt terzake bijvoorbeeld aan de ‘onrendabele top’ op de bouw van sociale huurwoningen die door de corporatie ‘genomen’ dient te worden. De SW-bedrijven hebben als (hoofd-) doelstelling, de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening (Wsw) voor aanbestedende diensten (gemeenten en werkvoorzieningsschap). Daar zullen zij terzake dan ook door geleid worden.

Dat corporaties en SW-bedrijven voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële of industriële aard zijn, acht ik dan ook aannemelijk. De onderzoekspunten zullen dit in het concrete geval (waarschijnlijk) ook uitwijzen. Terzake van hun (overige) commerciële activiteiten zij er aan herinnerd, dat het in beginsel niet uit maakt dat een entiteit zowel voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, als voorziet in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn.<sup>30</sup> Zolang een entiteit zich blijft kwijten van de activiteiten die voorzien in behoeften van algemeen belang die

---

<sup>29</sup> Aldus in het verlengde van ondermeer HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 92.

<sup>30</sup> Zie HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) r.o. 57 en 58.

niet van industriële of commerciële aard zijn, kan hij in beginsel als een publiekrechtelijke instelling - en daarmee als een aanbestedende dienst - worden aangemerkt.<sup>31</sup>

Voor alle instellingen in de zorg zal per afzonderlijk geval aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden bekeken moeten worden, of zij voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële of industriële aard zijn<sup>32</sup>. Waarbij ik me overigens vooralsnog moeilijk kan of - beter gezegd - *wil* voorstellen dat zo'n instelling zich te allen tijde laat leiden door zuiver economische overwegingen.

### **3.1.4 Te voorzien in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn**

De onderzoekspunten die in paragraaf 3.1.3.1 zijn genoemd, zijn uiteraard ook de onderzoekspunten en aanknopingspunten voor de beoordeling of een entiteit voorziet in behoeften van algemeen belang die wel van industriële of commerciële aard zijn.

Mogelijk biedt r.o. 49 uit HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen) daarnaast nog een nader onderzoekspunt (voorzover zulks niet reeds wordt ondervangen door de vraag of de entiteit bij al zijn activiteiten actief is op een markt waar mededinging heerst):

*“Dienaangaande is het met name van belang, na te gaan of de betrokken organisatie haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie, aangezien concurrentie, zoals het Hof eerder heeft geoordeeld, een indicatie kan zijn van het feit dat een behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard is.”*

Overweging 51 uit HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01 (Riitta Korhonen)<sup>33</sup>: *“Indien de organisatie onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, is het immers niet waarschijnlijk dat de behoeften waarin zij wil voorzien, van andere dan industriële of commerciële aard zijn.”*, heeft in dit verband overigens nog een nadere nuancering.

*‘Niet waarschijnlijk’* betekent dat het in beginsel wel mogelijk *kan* zijn, dat een entiteit die onder normale marktvoorwaarden actief is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, in het voorkomend geval toch voorziet in behoeften die niet van industriële of commerciële aard zijn. Bijvoorbeeld omdat terzake steeds gekeken dient te worden naar *alle* activiteiten van een entiteit.

Een relevant sluitstuk op de - aan de hand van de in de jurisprudentie gevormde onderzoekspunten - gemaakte beoordeling van een entiteit in de praktijk, lijkt mij ook hier de

---

<sup>31</sup> Zie HvJ EG 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding BV), r.o. 55 en 58.

<sup>32</sup> Zie bijv. HR 1 juni 2007, C06/022HR (Amphia) r.o. 3.5.1-3.5.3.

<sup>33</sup> Zie ook HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie-Spanje (SIEPSA)), r.o. 82.

vraag: *“Laat de entiteit zich in kwestie te allen tijde leiden door zuiver economische overwegingen?”* Wil een entiteit niet kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling, dan zal de entiteit immers rechtens en feitelijk moeten aantonen c.q. aannemelijk moeten maken, dat hij zich te allen tijde door zuiver economische overwegingen laat leiden.

### **3.2 Rechtspersoonlijkheid**

De voorwaarde van rechtspersoonlijkheid lijkt me duidelijk. Relevant is artikel 2: 3 BW: *“Verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid.”*

De als uitvoerende rechtspersonen aangewezen SW-bedrijven hebben rechtspersoonlijkheid. De stichting is bijvoorbeeld een veel gebruikte rechtsvorm in de zorg. En de corporaties hebben de rechtsvorm stichting of vereniging.

### **3.3 De afhankelijkheidscriteria**

De drie alternatieve - niet cumulerende - voorwaarden *weerspiegelen elk de sterke afhankelijkheid van een instelling van de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen.*<sup>34</sup> Vandaar aldus de benaming ‘afhankelijkheidscriteria’.

#### **3.3.1 Waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd**

##### **3.3.1.1 In hoofdzaak**

Uit HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 33 volgt dat het begrip ‘in hoofdzaak’ in dier voege moet worden uitgelegd, dat het meer *‘dan de helft’* betekent.

Een entiteit moet in onderhavig verband dan ook voor meer dan de helft gefinancierd worden door andere aanbestedende diensten.

##### **3.3.1.2 Worden gefinancierd**

Wat onder *‘worden gefinancierd’* moet worden verstaan, volgt uit r.o. 21 en 23 van voornoemd arrest:

*“Niet alle betalingen door een aanbestedende dienst hebben tot gevolg, dat een bepaalde ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt verdiept. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als openbare financiering.*

*Aangezien hier geen enkele contractuele tegenprestatie tegenover staat, moeten deze beurzen worden beschouwd als een vorm van financiering door een aanbestedende dienst in het kader van haar onderwijsactiviteiten.”*

---

<sup>34</sup> Aldus r.o. 20 van HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge).

Bij dit afhankelijkheids criterium is derhalve in ieder geval relevant of een aanbestedende dienst een handeling in financiële zin verricht jegens een entiteit, zonder dat daar een concrete contractuele tegenprestatie (voor geleverde goederen of diensten) door die entiteit tegenover staat.

Slechts een aandeelhoudersrelatie tussen een aanbestedende dienst en een entiteit is dus bijvoorbeeld onvoldoende, om in onderhavig verband over ‘worden gefinancierd’ te spreken.

Het Hof noemt in het Cambridge-arrest (aldus) het begrip ‘openbare financiering’<sup>35</sup>. Ik zou daar echter geen belangrijke conclusies of consequenties aan (willen) verbinden. Onderhavig afhankelijkheids criterium spreekt immers niet over ‘openbare financiering’, doch over ‘worden gefinancierd’. En ik veronderstel<sup>36</sup> dat de term in kwestie slechts gebruikt wordt om het verschil aan te geven met financiële vergoedingen / handelingen die zien op geleverde (tegen-) prestaties. Zie bijvoorbeeld r.o. 26 van HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge):

*“Daarentegen vormen geen openbare financiering in de zin van de hierboven vermelde richtlijnen, vergoedingen die door een of meer aanbestedende diensten worden betaald in het kader van een overeenkomst betreffende dienstverlening die onderzoekswerk omvat of als tegenprestatie voor de verlening van andere diensten, zoals adviesverlening of de organisatie van conferenties.”*

Gelet op een en ander zie ik in onderhavig arrest in het voorkomend geval - niet iedere aanbestedende dienst is een bestuursorgaan - een verband tussen ‘openbare financiering’ en subsidiëring. Ingevolge artikel 4: 21 lid 1 Awb wordt immers onder een subsidie verstaan: *“De aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen en diensten.”*

Dan wel in het voorkomend geval, een verband met (te verlenen) ‘steun’. Zie r.o. 25 van het Cambridge-arrest:

*“Stellig kan een dergelijke contractuele verhouding ook een afhankelijkheid van de betrokken instelling van de aanbestedende dienst tot gevolg hebben; zoals de advocaat-generaal echter in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is deze afhankelijkheid van een andere aard dan die welke voortvloeit uit het louter verstrekken van steun. Zij is immers veeleer vergelijkbaar met een afhankelijkheid zoals die zich in normale commerciële betrekkingen manifesteert, welke betrekkingen zich ontwikkelen in het kader van wederkerige overeenkomsten waarover vrijelijk tussen de contractpartijen is onderhandeld. Mitsdien vallen de prestaties als bedoeld in de eerste vraag van de verwijzingsbeschikking, sub b en c, niet onder het begrip openbare financiering.”*

---

<sup>35</sup> Overigens ook in r.o. 35 het begrip ‘openbare middelen’.

<sup>36</sup> Ook als ik kijk naar de Engelse tekst van het arrest, waar gesproken wordt over ‘public financing’ en ‘public sources’.

Bij 'steun' denk ik in Europees verband met name aan steunmaatregelen in de zin van artikel 87 e.v. EG Verdrag. Meer concreet aan staatssteun. Als men een verband tussen de 'openbare financiering' in onderhavig arrest en staatssteun legt<sup>37</sup>, dan gaat het in kwestie feitelijk om (de besteding van) 'staatsmiddelen'. Daarvan is volgens vaste jurisprudentie sprake, wanneer de middelen van de steunmaatregel betaald worden uit de begroting van een overheid. Het begrip staatsmiddelen heeft in dat verband betrekking op alle geldelijke middelen die een overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen al dan niet permanent deel uitmaken van het vermogen van die betreffende overheid<sup>38</sup>.

Hoe dan ook, ik zie op grond van het Cambridge-arrest niet goed in, waarom bij dit afhankelijkheids criterium de herkomst van de overheidsmiddelen c.q. overheidsmiddelen - denk aan: afkomstig uit de 'openbare kas' en/of van een 'verplichte collectieve verzekering' - van belang zou (moeten) zijn, of waar dat dan concreet uit zou moeten volgen?<sup>39</sup>

De relevante criteria in deze zijn naar mijn mening slechts of er (wel of geen) handelingen in financiële zin (zoals bijvoorbeeld betalingen) worden verricht door een aanbestedende dienst zonder dat daar een concrete tegenprestatie (voor geleverde goederen of diensten) door de entiteit tegen over staat en of bedoelde handelingen plaatsvinden op basis van wederkerige overeenkomsten waarover vrijelijk tussen de contractpartijen is onderhandeld.<sup>40</sup>

In het voorkomende geval zal de Rijksbijdrage die de SW-bedrijven als tegenprestatie voor het uitvoeren van de Wsw (middels doorbetaling) ontvangen van gemeenten of het werkvoorzieningsschap, dan ook géén financiering in de zin van onderhavig afhankelijkheids criterium betreffen, mits aannemelijk wordt gemaakt dat de (door-) betaling plaatsvindt op basis van wederkerige overeenkomsten (bijvoorbeeld de in de praktijk te doen gebruikelijke Uitvoeringsovereenkomsten) waarover vrijelijk tussen de contractpartijen is onderhandeld.

---

<sup>37</sup> Hoewel van een 'verknoctheid' tussen staatssteun en aanbestedingsrecht geen sprake is, volgens AG D. Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-337/06, punten 35-37.

<sup>38</sup> Zie r.o. 16 in HvJ EG 22 november 2001 (Ferring SA/ACOSS) en r.o. 22 t/m 24 en 37 van HvJ EG 16 mei 2002 C-482/99 (Frankrijk/Commissie).

<sup>39</sup> Anders: mr. Chantal Bartels, Zijn zorgverzekeraars onder de nieuwe zorgverzekeringswet nog aanbestedingsplichtig?, TA juli 1005, pag. 139-140 en 141-143 en mr. A.E. Broesterhuizen a.w. pag. 13-14 en 17, alsmede bijv. ook Vzr. Rb. Breda 30 november 2004, KG ZA 04-486 (Amphia ziekenhuis), r.o. 3.10.

<sup>40</sup> Zie HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 25 en deels HR 1 juni 2007, C06/022HR (Amphia) r.o. 3.7.2. Deels, omdat de Hoge Raad het aspect van de wederkerige overeenkomsten en de contractsonderhandelingen uit het Cambridge-arrest niet aanhaalt.



De vergoedingen die de instellingen in de zorg ontvangen dienen naar mijn mening (slechts) in het zelfde verband te worden beoordeeld. In het Amphia-arrest heeft de Hoge Raad (reeds) voor de algemene ziekenhuizen geoordeeld<sup>41</sup>: *“Tegenover de door instellingen als Amphia via de Algemene Kas als bedoeld in art. 1q Ziekenfondswet en de ziekenfondsen uit de ziekenfondspremies ontvangen gelden stond immers wel een specifieke tegenprestatie, te weten de zorg die zij krachtens de ingevolge art. 44 Ziekenfondswet met de ziekenfondsen gesloten overeenkomsten dienden te verlenen.”*

Of corporaties vergoedingen als bedoeld bij dit afhankelijkheids criterium ontvangen, is mij onbekend. De ontvangst van staatssteun in de vorm van garanties en borgstellingen (ten aanzien van door een corporatie aangegane leningen) lijkt in het voorkomend geval niet ondenkbaar. Terzake dient alsdan wel rekening te worden met het ‘in hoofdzaak’ criterium.

### **3.3.1.3 Percentage financiering in een begrotingsjaar**

Teneinde in onderhavig verband het percentage van de financiering van een bepaalde entiteit correct te kunnen beoordelen, moet rekening worden gehouden met alle inkomsten van die entiteit, met inbegrip van de inkomsten voortvloeiend uit commerciële activiteiten.<sup>42</sup>

Waarbij ook geldt<sup>43</sup> dat de kwalificatie van een entiteit als aanbestedende dienst moet geschieden op jaarbasis. Het begrotingsjaar waarin een aanbestedingsprocedure wordt geopend, is de meest geschikte periode om de wijze van financiering van die instelling te berekenen, welke berekening moet plaatsvinden op basis van de aan het begin van het begrotingsjaar beschikbare, zij het ook slechts geraamde cijfers.

### **3.3.2 Waarvan het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste**

Men zou bij dit afhankelijkheids criterium wellicht kunnen denken aan het - aan toezicht onderworpen - bestuur van de betrokken entiteit<sup>44</sup> die al dan niet als publiekrechtelijke instelling kwalificeert.

#### **3.3.2.1 Toezicht op de bedrijfsvoering**

In het aanbestedingsrecht gaat het bij het toezicht op het beheer echter om het toezicht op de bedrijfsvoering van de betrokken entiteit<sup>45</sup>. Een en ander omvat uitdrukkelijk meer dan slechts een toezicht op het bestuur van de entiteit.

---

<sup>41</sup> HR 1 juni 2007, C06/022HR (Amphia), r.o. 3.7.2.

<sup>42</sup> Zie HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 36.

<sup>43</sup> Zie HvJ EG 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge) r.o. 44.

<sup>44</sup> Zie ook de Engelse richtlijn tekst: *“subject to management supervision”*.

<sup>45</sup> Zie bijv. ook Aanbestedingsrecht a.w. pag. 51.

Terzake zijn van belang, de door een aanbestedende dienst vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering die ondermeer betrekking kunnen hebben op de *activiteiten* en de *werkzaamheden* van de entiteit, alsmede op de (statutaire) *inrichting* en het (voort-) *bestaan* van de entiteit. Zie de overwegingen 50, 52, 53 en 54 uit HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk), het ‘*Franse woningbouwcorporatie-arrest*’.

Terzake stelde het Hof (immers) vast dat de betreffende entiteiten (*‘HLM-vennootschappen’*) weliswaar commerciële vennootschappen zijn, doch dat hun activiteit zeer strikt is omljnd. De activiteiten zijn wettelijk in algemene bewoordingen bepaald en de technische kenmerken en de kostprijs worden bij administratief besluit vastgesteld. Volgens de wet moeten de statuten van de vennootschappen clausules bevatten die overeenstemmen met de in de bijlage bij de wet opgenomen standaardclausules, die zeer gedetailleerd zijn, met name op het punt van het maatschappelijk doel van de vennootschappen.

Met betrekking tot het toezicht op de werkzaamheden van de vennootschappen wordt door het Hof vastgesteld, dat de entiteiten volgens de wet aan het toezicht van de administratie, om preciezer te zijn aan dat van de minister bevoegd voor financiën en van de minister bevoegd voor bouw en huisvesting, zijn onderworpen. De wettelijke bepalingen preciseren niet, binnen welke grenzen een dergelijk toezicht wordt uitgeoefend, noch of dat toezicht beperkt blijft tot een eenvoudige controle van de boekhouding. De minister voor bouw en huisvesting is voorts op grond van de wet bevoegd om een HLM-vennootschap te ontbinden en een vereffenaar aan te wijzen, alsmede in het voorkomend geval bevoegd om de bestuursorganen te schorsen en een voorlopige bewindvoerder aan te wijzen.

In casu oordeelde het Hof, dat de HLM-vennootschappen aanbestedende diensten zijn<sup>46</sup>.

### **3.3.2.2 Permanent toezicht**

Voorts geldt bij dit afhankelijkheids criterium dat sprake moet zijn van een permanent toezicht op de bedrijfsvoering van een entiteit en niet van slechts (louter) een controle achteraf. Zie HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) r.o. 70:

*“Gelet op deze rechtspraak is het uitgesloten, dat aan het criterium van toezicht op het beheer is voldaan in het geval van een loutere controle achteraf, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van de instelling ter zake van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.”<sup>47</sup>*

---

<sup>46</sup> HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk) r.o. 60.

<sup>47</sup> Zie ook r.o. 56 uit HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk): *“dit niettemin een permanent toezicht impliceert”*.

Vastgestelde regels inzake het goedkeuren van de jaarrekening van een entiteit door een aanbestedende dienst zullen aldus naar mijn mening in beginsel niet zien op permanent toezicht.

Daarentegen is bijvoorbeeld van een permanent toezicht wel sprake, wanneer (statutaire) bepalingen gelden die zien op de voorafgaande goedkeuring van bestuursbesluiten. Denk bijvoorbeeld aan de voorafgaande goedkeuring van bestuursbesluiten inzake de door het bestuur aan te gane rechtshandelingen en investeringen. Alsmede aan de goedkeuring van jaarlijkse (investerings-) begrotingen.

Ik veronderstel overigens dat een permanent toezicht snel zal worden aangenomen door het Hof en dat het in beginsel minder van belang is of ook feitelijk en daadwerkelijk op toezicht gerichte acties van de toezichthoudende aanbestedende dienst plaats vinden. Zie bijvoorbeeld r.o. 56 uit HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk):

*“Daarbij komt dat, zelfs al zouden de bevoegdheden die genoemde bepalingen aan de bevoegde minister verlenen, inderdaad slechts uitzonderlijk worden uitgeoefend, zoals de Franse regering betoogt, dit niettemin een permanent toezicht impliceert, aangezien alleen op die manier zware fouten of nalatigheden van de bestuursorganen op het spoor kunnen worden gekomen.”*

Praktisch zal een permanent toezicht ook snel aanwezig zijn, aangezien de regels inzake de bedrijfsvoering doorgaans niet voor niks zijn vastgesteld. Zonder een toezicht op de naleving, zullen die regels (anders) al snel zinledig zijn.

### **3.3.2.3 Inhoud van de vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering**

Het toezicht op een entiteit is dus afhankelijk van de inhoud van de vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering van de betreffende entiteit.

Bedoelde regels kunnen in het voorkomend geval zijn vastgelegd in c.q. volgen uit (ondermeer): Wetten in formele zin, AMvB's, ministeriële regelingen, directiereglementen, samenwerkingsovereenkomsten, uitvoerings-convenanten en/of statutaire regelingen van de betreffende entiteit. Bij de beoordeling van dit afhankelijkheids criterium zal men dus steeds alle relevante bepalingen die van toepassing zijn op c.q. gelden voor een entiteit moeten onderzoeken.

### **3.3.2.4 Invloed en afhankelijkheid**

Reeds is opgemerkt dat de drie alternatieve - niet cumulerende - voorwaarden elk de sterke afhankelijkheid van een entiteit van de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen weerspiegelen. Terzake wordt aldus voor de betreffende entiteit een *sterke afhankelijkheid* van de (toezichthoudende) aanbestedende dienst verlangd.

En deze afhankelijkheid van de aanbestedende dienst moet ingevolge r.o. 48 van HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk) zodanig zijn dat de aanbestedende dienst de

beslissingen van de entiteit *op het gebied van overheidsopdrachten kan beïnvloeden*<sup>48</sup>. Danwel dat de afhankelijkheid, de toezicht houdende aanbestedende dienst *in staat stelt de beslissingen van de entiteit op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden*.<sup>49</sup>

Het gaat in kwestie dus om (een bepaalde mate van) invloed van een aanbestedende dienst op een entiteit.

Hoewel HvJ 17 december 1998, C-353/96 (Commissie-Ierland (Forrestry board)) gewezen is in het kader van de oude Richtlijn 77/62/EEG - en toen bestond de publiekrechtelijke instelling nog niet - dient wellicht in onderhavig verband ook gewezen te worden op r.o. 39 van dat arrest:

*“Ofschoon dus geen enkele bepaling er uitdrukkelijk in voorziet, dat de staatscontrole zich specifiek uitstrekt tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen aan de Forestry Board, kan de Staat een dergelijke controle ten minste indirect uitoefenen.”*

In die zin, dat mogelijk ook een indirecte invloed in onderhavig verband relevant kan zijn.

Hoe dan ook, de voor dit afhankelijkheids criterium vereiste invloed volgt in ieder geval uit de voor de entiteit vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering. Hoe gedetailleerder de regels, hoe groter de invloed. Zie r.o. 52 van HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk):

*“Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan, nu de regels voor het beheer zeer gedetailleerd zijn, het gewone toezicht op de naleving daarvan op zichzelf tot gevolg hebben, dat de overheid een grote invloed krijgt.”*

Van geval tot geval zal dus onderzocht moeten worden hoe gedetailleerd - en wellicht ook hoe omvangrijk - de door de toezichthoudende aanbestedende dienst vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering van de betrokken entiteit zijn.

Waarbij ik overigens niet uitsluit, dat in geval er sprake is van vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering, het Hof al snel geneigd zal zijn om aan te nemen dat de aanbestedende dienst in staat is of wordt gesteld om de beslissingen van de entiteit op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden. Normaal mag immers worden aangenomen dat een entiteit zich (continue) zal richten naar c.q. zich altijd zal gedragen conform de vastgestelde regels inzake de bedrijfsvoering. En daar dus ook bij zijn overheidsopdrachten steeds rekening mee zal houden.

---

<sup>48</sup> Vergelijk voor deze zinsnede ook HvJ EG 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley) r.o. 70.

<sup>49</sup> Zie r.o. 59 van HvJ EG 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie-Frankrijk).

Op grond van wettelijke bepalingen hebben bijvoorbeeld corporaties als doel, werkzaam te zijn op het gebied van de volkshuisvesting. Een corporatie zal zich dan ook steeds bij haar werkzaamheden in het belang van de volkshuisvesting (dienen te) gedragen. In dat verband dient een corporatie in haar bedrijfsvoering in beginsel terughoudend te zijn bij ondermeer de bouw van dure koop-villa's en zal zij bijvoorbeeld niet snel een pretpark (mogen) gaan ontwikkelen en bouwen.

Bij de SW-bedrijven zijn in het voorkomend geval mogelijk steeds relevante aandachtspunten, het betreffende 'Aanwijzingsbesluit', de 'Samenwerkingsovereenkomst', de 'Jaarovereenkomst' en mogelijk ook de statuten, voorzover daarin regels inzake de bedrijfsvoering zijn vastgelegd.

Bij de instellingen in de zorg zou de Kwaliteitswet zorginstellingen<sup>50</sup> wel eens van belang kunnen zijn. Een instelling in de zorg zal, naar ik aanneem, bij haar inkoop-opdrachten immers (ondermeer) rekening (moeten) houden met het bepaalde in bijvoorbeeld de artikelen 2, 3, 4 en 6 van die wet.

### **3.3.3 Waarvan de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen**

Dit afhankelijkheids criterium spreekt in beginsel voor zich. Het gaat om concrete benoemingsrechten van de aanbestedende dienst ten aanzien van bestuurders en of toezichthouders (commissarissen) van de betrokken entiteit.

In geval de aandelen in een gemeentelijke BV voor 50%-50% worden gehouden en de gemeente heeft op basis van bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst, terzake de uiteindelijke beslissende (benoemings-) macht, zal onderhavig criterium van toepassing kunnen zijn.

Dit criterium speelt geen rol bij de corporatie en doorgaans ook niet bij de instellingen in de zorg. Bij SW-bedrijven kan dit criterium wel van toepassing zijn<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Wet van 18 januari 1996, betreffende de kwaliteit van zorginstellingen.

<sup>51</sup> Waarbij de structuur-vennootschap overigens uitdrukkelijke aandacht verdient, omdat daar de bevoegdheden van de AvA minder vergaand zijn in vergelijking met de bevoegdheden van de AvA bij de gewone vennootschap.