

MEMO

Aan: B. Kokx (KokxDeVoogd)
Van: Tony van Wijk en Mathijs Jonkers (advocaten aanbestedingsrecht Dirkzwager)
Inzake: Samenwerking waterschappen met RHDHV inzake Kaumera
Datum: 15 september 2023

Achtergrond en vraagstelling

- 1) Een zestal waterschappen werkt al enige tijd aan een methode om uit slib nieuwe grondstoffen te halen. Door Kaumera uit het gezuiverde slib te halen, hoeft beduidend minder slib afgevoerd en vernietigd te worden. Dit heeft een gunstig effect op het energieverbruik, op de CO2 uitstoot en op de kosten van slibverwerking.
- 2) Royal HaskoningDHV (hierna: “RHDHV”) is de samenwerkingspartner van de waterschappen omdat zij intellectuele eigendomsrechten heeft op de Nereda-technologie die nodig is om Kaumera uit het slib te halen. Zonder toestemming/ medewerking van RHDHV als rechthebbende is naar we hebben begrepen de verdere ontwikkeling en exploitatie van Kaumera nauwelijks mogelijk.
- 3) Voor de opschaling van Kaumera willen de waterschappen een coöperatie oprichten waar uitsluitend waterschappen lid van kunnen worden. De waterschappen dragen bij in de kosten van de coöperatie en zullen garant staan voor eventuele verliezen. Deze coöperatie richt vervolgens samen met RHDHV een startup-BV op die feitelijk zorg zal dragen voor de verdere ontwikkeling, marktbewerking en afzet van Kaumera. De startup-BV heeft geen winstoogmerk. De bedoeling is de marge tussen de inkoopprijs van Kaumera door de coöperatie bij de waterschappen en de leveringsprijs van de startup-BV aan derden zo te modelleren, dat de kosten van de startup op termijn uit deze marge worden gedekt. Voor eventuele verliezen van de startup-BV zullen de coöperatie en RHDHV ieder voor de helft garant staan.
- 4) De waterschappen en RHDHV wensen te vernemen of de aldus beoogde samenwerking op aanbestedingsrechtelijke problemen stuit. Daartoe zijn vier vragen gesteld. Deze vragen worden in dit memo beantwoord met daarbij in een kader geplaatst onze aanbevelingen. In de bijlage is een (uitgebreid) juridisch kader opgenomen ter toelichting. Hieronder volgt eerst een korte samenvatting van onze antwoorden en (dus) onze aanbestedingsrechtelijke conclusies met ook advies over het vervolg. Een en ander lichten we desgewenst graag toe.

Algemene conclusies en advies

- 5) De waterschappen en de op te richten coöperatie kunnen hoogstwaarschijnlijk met een beroep op de aanbestedingsvrijstelling horizontale samenwerking onderling opdrachten aan elkaar verstrekken. Belangrijk daarbij is dat met de samenwerking geen bevoordeling van RHDHV plaatsvindt alsmede dat de activiteiten van de coöperatie ten behoeve van de startup-B.V. (en daarmee verkregen omzet) ook kunnen worden beschouwd als de uitvoering van de door de waterschappen respectievelijk de coöperatie toebedeelde taken.
- 6) De inzet van RHDHV (via de startup-B.V.) kan waarschijnlijk ook aanbestedingsrechtelijk worden gerechtvaardigd met een beroep op de aanbestedingsvrijstelling van uitsluitende rechten (artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 3, AW 2012). Het maakt dan in principe niet uit of een waterschap dan wel de coöperatie de opdracht verstrekt.
- 7) Reeds vanwege het feit dat geen volledige zekerheid kan worden gegeven, verdient het de voorkeur een (of meerdere) aankondiging(en) op Tendered te doen ("vrijwillige publicatie vooraf") waarbij iedere mogelijke aanbestedingsplichtige inkoopopdracht wordt benoemd met motivering dat er geen sprake is van een aanbestedingsplicht.

Beantwoording concrete vragen

Vraag 1:

Kunnen de waterschappen voor hun samenwerking in de coöperatie met succes een beroep doen op de uitzonderingsgrond van de horizontale samenwerking? Wat zijn in dit kader aandachtspunten om bij de inrichting van de coöperatie UA rekening mee te houden?

- 8) Waarschijnlijk wel. Voor samenwerking tussen uitsluitend aanbestedende diensten met het oog op verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen bestaat een uitzondering op een Europese aanbestedingsplicht (artikel 2.24c Aanbestedingswet 2012). De opdrachten die in het kader van horizontale samenwerking worden verleend hoeven dan niet (Europees) te worden aanbesteed. Voor een volledig overzicht van het relevante juridisch kader verwijzen wij naar de onderstaande 'Bijlage 1: juridisch kader publiek-publieke samenwerking'. Wij gaan hierna in op een aantal voorwaarden waaraan moet worden voldaan voor een succesvol beroep op horizontale samenwerking. Omwille van de leesbaarheid hebben we in een kader geplaatst de aandachtspunten waarmee bij de inrichting van de coöperatie rekening gehouden moet worden.
- 9) Eén van de voorwaarden is dat het een samenwerking tussen uitsluitend aanbestedende

diensten betreft. De op te richten coöperatie moet dus een publiekrechtelijke instelling – en daarmee een aanbestedende dienst – zijn. Wij verwachten dat dat het geval is (coöperatie is een aanbestedende dienst) zodat aan deze belangrijke voorwaarde wordt voldaan.

- 10) De coöperatie is op basis van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 namelijk te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling (en daarmee een aanbestedende dienst) als zij:

1. ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard;

Wij verwachten dat de coöperatie voorziet in een behoefte van algemeen belang. Het verwerken en zuiveren van rest- en rioolwater is een kerntaak van een waterschap en betreft dus evident een behoefte van algemeen belang. Het is goed verdedigbaar dat het terugwinnen en exploitatie van de grondstof Kaumera een logisch verlengde is van deze kerntaak nu dit een gunstig effect heeft op het energieverbruik, de CO2 uitstoot en de kosten van slibverwerking.

Bij beantwoording van de vraag of sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is, zijn belangrijke gezichtspunten of daadwerkelijk mededinging op de markt ontbreekt, de entiteit (hoofdzakelijk) een materieel winstoogmerk heeft, de instelling zelfstandig ondernemingsrisico draagt en of sprake is van overheidsfinanciering. Niet uit te sluiten valt dat sprake is van een commerciële aard omdat gesteld kan worden dat de coöperatie wordt opgericht met de intentie samen te werken met een private partij (RHDHV) in een private B.V. (de startup-B.V.) zodat wellicht logischerwijs het commerciële aspect zou prevaleren. Ons inziens zijn er meer/ betere argumenten die erop wijzen dat er géén commerciële aard is. Zo is er nog geen markt laat staan mededinging met betrekking tot Kaumera, de coöperatie heeft (net als de startup-bv) geen winstoogmerk en bij eventuele verliezen van de coöperatie zullen de waterschappen garant staan.

Om met meer zekerheid te kunnen stellen dat de coöperatie een aanbestedende dienst is, raden we aan in de statuten duidelijk te vermelden dat het doel van de coöperatie is te voorzien in een behoefte van algemeen belang. Verder zou duidelijk moeten zijn dat er geen winstoogmerk is en dat bij eventuele verliezen de waterschappen garant staan.

2. rechtspersoonlijkheid bezit; en

Een coöperatie bezit rechtspersoonlijkheid (artikel 2:3 BW).

3. afhankelijk is van een of meer andere overheden (aangebestede diensten) door:

- a. financiering in hoofdzaak van activiteiten, of
- b. dat het beheer is onderworpen aan het toezicht van een aanbestedende

dienst, of

- c. benoeming van leden van bestuur/leidinggevend of toezichhoudend orgaan voor meer dan de helft geschied op aanwijzing van AD.

Aan dit criterium wordt voldaan reeds vanwege het feit dat de benoeming van (meer dan de helft van) het bestuur door de waterschappen geschiedt (zie sub 3). Daarnaast worden de activiteiten waarschijnlijk ook “gefinancierd” (zie sub 1) door de waterschappen omdat de waterschappen de begrote kosten met elkaar opbrengen en zelfs afspreken te zullen bijdragen in de eventuele verliezen van de coöperatie.

- 11) Een andere relevante voorwaarde voor een beroep de aanbestedingsvrijstelling van horizontale samenwerking is dat met de samenwerking geen particuliere onderneming mag worden bevoordeeld. Gesteld kan worden dat dit het geval is omdat via de coöperatie uiteindelijk een startup-BV zal worden opgericht en beheerd samen met RHDHV. Aan de andere kant is goed verdedigbaar dat uitsluitend gekeken moet worden naar de samenwerking en dus eventuele opdrachten tussen de waterschappen en de coöperatie en dat daarin RHDHV geen rol heeft. Verder kan als mitigerende omstandigheid worden aangevoerd dat er wellicht geen (evident) voordeel voor RHDHV is omdat de startup-BV evenmin een winst oogmerk heeft en vermoedelijk (zeker de eerste jaren) verlieslatend zal zijn.

Om (de schijn van de) bevoordeling van een private partij te voorkomen, heeft het de voorkeur om bij de inrichting van de coöperatie (statuten, samenwerkingsovereenkomst/aansluitovereenkomsten) niet te benoemen dat er een beoogde samenwerkingspartner (RHDHV) is.

- 12) Verder moet sprake zijn van een echte samenwerking waarin alle aanbestedende diensten een bijdrage leveren (anders dan betaling voor geleverde diensten). Op het eerste gezicht zou gesteld kunnen worden dat hieraan niet wordt voldaan omdat de coöperatie alles uitvoert in opdracht van de waterschappen. Het is echter goed verdedigbaar dat de uitvoering van de samenwerking tussen de waterschappen om diverse redenen plaats vindt door een door de waterschappen op te richten uitvoeringsorganisatie (de coöperatie) waarbij nog steeds iedere waterschap (naast een geldelijke bijdrage) in natura een bijdrage levert.

We raden aan dat iedere waterschap ook feitelijk/ in natura een bijdrage levert. Te denken valt aan het ter beschikking stellen van materieel, personeel en/ of huisvesting.

- 13) De samenwerking moet betrekking hebben op het bereiken van doelstellingen die voor alle aanbestedende diensten gemeenschappelijk gelden (dan wel complementair zijn). Het betreft een samenwerking van uitsluitend waterschappen en dus lijkt de gemeenschappelijkheid een gegeven. De omstandigheid dat daarbij een uitvoeringsorganisatie (de coöperatie) wordt

opgericht doet daaraan ons inziens niet af.

- 14) Verder moet de samenwerking uitsluitend zien op overwegingen van algemeen belang. Hiervoor is al aangegeven dat de coöperatie hoogstwaarschijnlijk voorziet in een behoefte van algemeen belang. We begrepen echter dat de samenwerking (ook) wordt gebaseerd op vier leidende principes, namelijk het maatschappelijk belang, het bedrijfsbelang, het financiële belang en het toekomstbelang. Het is goed verdedigbaar dat dit afgeleide overwegingen/ principes zijn van het prevalerende algemene belang van een efficiënte slibverwerking ter verlaging van het energieverbruik, de CO2 uitstoot en de kosten van slibverwerking. Daarom schatten wij het risico in als beperkt dat de samenwerking niet uitsluitend op overwegingen van algemeen belang plaatsvindt.

We raden aan om in de statuten van de coöperatie, de aansluitovereenkomsten en/ of samenwerkingsovereenkomst te bepalen dat de samenwerking uitsluitend ziet op overwegingen van algemeen belang.

- 15) Een andere voorwaarde is dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening mogen nemen. Of aan deze voorwaarde wordt voldaan, is niet eenvoudig te zeggen. Het is namelijk onduidelijk hoe deze voorwaarde precies moet worden uitgelegd (zie het juridisch kader in bijlage 1). Het is onzeker of het maximum van 20% ziet op het marktaandeel (de eerste benadering) dan wel de omzet die buiten de samenwerking/ bij derden wordt behaald (de tweede benadering).
- Als van de eerste benadering wordt uitgegaan, is van belang om de markt in kaart te brengen ten aanzien van de ontwikkeling die de waterschappen beogen. Wordt onder de relevante markt verstaan de markt voor de afzet van slib, dan neemt de coöperatie naar alle waarschijnlijk een marktdeel in dat veel kleiner is dan 20%, omdat zij slechts een zestal waterschappen bedient. Is de relevante markt de markt voor de afzet van Kaumera (hetgeen aannemelijk lijkt), dan is gelet op de gepretendeerde unieke positie van de startup-BV (vanwege het gebruik van de IE-rechten van RHDHV) waarschijnlijk dat er een veel groter marktaandeel dan 20% wordt ingenomen. Dit zou betekenen dat niet met succes een beroep op de aanbestedingsvrijstelling van horizontale samenwerking kan worden gedaan.
 - Wordt uitgegaan van de tweede (ons inziens meer valide) benadering, dan is van belang dat de berekening van het percentage moet worden gebaseerd op de gemiddelde totale omzet van de coöperatie (artikel 2.24c lid 2 jo. artikel 2.24a lid 4 Aanbestedingswet 2012). Onze inschatting is dat de startup-BV als 'derde' moet worden beschouwd nu de coöperatie niet het merendeel van het aandelenkapitaal heeft en de jaarrekeningen (dus)

evenmin worden geconsolideerd. De omzet van de coöperatie behaald met de verkoop van Kaamera aan de startup-BV zal naar wij aannemen de volledige dan wel in ieder geval meer dan 20% van de totale omzet van de coöperatie betreffen. Alsdan wordt niet aan deze voorwaarde (van maximaal 20% bij derden) voldaan, tenzij gesteld kan worden dat ook de verkoop van Kaamera aan de startup-BV aangemerkt kan worden als omzet behaald bij de uitvoering van taken die de waterschappen aan de coöperatie hebben toebedeeld. Dat dat het geval is, achten wij goed verdedigbaar. Zekerheid kan echter niet worden gegeven, reeds vanwege het feit dat het Gerechtshof Den Haag hierover bij arrest van 13 juni 2013 prejudiciële vragen heeft gesteld en hierover dus over enige tijd waarschijnlijk meer uitsluitsel gegeven kan worden.¹

- 16) De conclusie is dat naar de huidige stand van rechtspraak goed verdedigbaar is dat de waterschappen en de coöperatie onderling opdrachten kunnen verstrekken met een beroep op de aanbestedingsvrijstelling van horizontale samenwerking.
- 17) Ten overvloede merken we nog het volgende op. Indien de omzet behaald bij de startup-BV kan worden beschouwd als omzet ter uitvoering van de aan de coöperatie toebedachte taken, en dus dat wordt voldaan aan het vereiste dat maximaal 20% van de omzet op de open markt wordt behaald, dan is hoogstwaarschijnlijk tussen de waterschappen en de coöperatie ook sprake van een zogenaamde quasi-inbestedingsrelatie. Alsdan kunnen de waterschappen ook op deze grondslag vrijelijk opdrachten aan de coöperatie verstrekken. Voorwaarde van de aanbestedingsvrijstelling van quasi-inbesteding (zie voor het juridisch kader bijlage 3) is dat de waterschappen voldoende toezicht moeten uitoefenen.

Om ook met succes een beroep te kunnen doen op de aanbestedingsuitzondering van quasi-inbesteding raden we aan in de statuten en de aansluitovereenkomsten duidelijk te verankeren dat de waterschappen gezamenlijk doorslaggevend toezicht uitoefenen (zoals op de eigen diensten) en dat de besluitvormingsorganen van de coöperatie zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende waterschappen.

- 18) De coöperatie zal personeel en wellicht ook materieel inhuren van de waterschappen. Als dat geschiedt tegen betaling, dan is in principe sprake van een inkoopopdracht zijdens de coöperatie. Vermoedelijk zijn de waarden van de inkoopopdrachten bij de waterschappen onderdrempelig (en zonder een duidelijk grensoverschrijdend belang) zodat dit niet op aanbestedingsrechtelijke problemen hoeft te stuiten. Ingeval van een succesvol beroep op de aanbestedingsvrijstelling horizontale samenwerking zal het echter ook toegestaan zijn dat de coöperatie (onverhoopt) bovendrempelige opdrachten onderhands verstrekt aan de waterschappen.

¹ Zaaknummer 200.290.736/01 (niet gepubliceerd)

Het aanbestedingsrisico wordt uiteraard nog meer beperkt als de waarde van een eventuele inkoopopdracht tussen het waterschap en de coöperatie niet hoger is dan het Europese drempelbedrag (thans € 215.000,- voor leveringen en diensten).

- 19) Ander punt is dat de verkoop van de grondstof Kaumera door de waterschappen aan de coöperatie wellicht alsnog ‘aanbesteed’ moet worden gelet op het Didam-arrest ingeval gesteld kan worden dat er meerdere gegadigden zouden zijn voor die grondstof.² Dat risico is ons inziens beperkt. Allereerst is goed verdedigbaar dat wanneer sprake is van een quasi-inbestedingsrelatie, en er dus vrijelijk aan de dochter opdrachten kan worden verstrekt, het bovendien zal zijn toegestaan om aan de dochter goederen te verkopen. Stel dat niet wordt voldaan aan het maximum van 20% omzet bij derden waardoor er geen aanbestedingsvrijstelling is, dan is ons inziens nog steeds goed verdedigbaar dat de grondstof Kaumera (gewoon) verkocht kan worden aan de eigen dochter (de coöperatie) en dat dit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel respectievelijk het Didam-arrest. Tot slot is aannemelijk dat vanwege de uitsluitende rechten van RHDHV er geen andere gegadigden zijn, waardoor op grond van het Didam-arrest evenmin een selectieprocedure gehouden hoeft te worden. Wel zal alsdan een (uniciteits)publicatie vooraf moeten plaatsvinden. Het is echter nog niet uitgekristalliseerd wat de gevolgen zijn ingeval zonder deze publicatie tot onderhandse verkoop wordt overgaan. Ervan uitgaande dat er geen gegadigden voor deze grondstof zijn, anders dan als koper van de startup-BV, is dit risico beperkt. Tot slot is nog verdedigbaar dat het Didam-arrest zich richt op overheidslichamen en mogelijk kwalificeert de coöperatie niet als zodanig en hoogstwaarschijnlijk zeker niet de startup-BV.

Vraag 2:

Kan de coöperatie zonder aanbesteding de samenwerking met Royal HaskoningDHV aangaan als 50-50 aandeelhouders in de startup BV? Wat zijn in dit kader aandachtspunten om bij de inrichting van de samenwerking rekening mee te houden?

- 20) Ja ervan uitgaande dat een beroep kan worden gedaan op de aanbestedingsvrijstelling in verband met de intellectuele eigendomsrechten van RHDHV).
- 21) Er bestaat geen (directe) wettelijke plicht om de samenwerking met een private partij aan te besteden (het is immers geen inkoop). Echter, de mededinging mag niet worden verstoord doordat een private partij (in casu RHDHV) door de samenwerking met een aanbestedende

² Uit het Didam-arrest (HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778) vloeit voort dat waterschappen op basis van het gelijkheidsbeginsel bij het sluiten van privaatrechtelijke overeenkomsten in beginsel gehouden zijn een openbare selectieprocedure te organiseren. Die procedure kan in beginsel alleen achterwege blijven als er slechts één serieuze gegadigde is; dan is er sprake van uniciteit. Zelfs al zou het bestaan van een aanbestedingsvrijstelling, de quasi-inbestedingsrelatie, geen argument zijn voor het niet organiseren van een openbare selectieprocedure, dan is verdedigbaar dat de coöperatie de enige serieuze gegadigde is vanwege onder meer de bijzondere band met de waterschappen en de directe invloed die de waterschappen kunnen uitoefenen op het beleid van de coöperatie.

dienst (in casu de coöperatie) in een bevoorrechte positie wordt gebracht, zo volgt uit het Werkdocument van de Europese Commissie³. Het is ook vaste Europese rechtspraak dat voorkomen moet worden dat door de oprichting door een aanbestedende dienst (de coöperatie althans de waterschappen) en een private onderneming (RHDHV) van een gezamenlijke onderneming in feite een overheidsopdracht wordt gegund aan een private partner.⁴

- 22) In het onderhavige geval is de kans groot dat in de oprichtingsstatuten dan wel tussen de coöperatie en RHDHV te sluiten samenwerkings- en/ of aandeelhoudersovereenkomst in feite ook de plicht aan RHDHV wordt opgelegd om op geld waardeerbare prestaties in te brengen (IE-rechten, adviezen, etc.). De enkele oprichting (met inbegrip van deze afspraken tussen de oprichters) behelst dus wellicht al een inkoopopdracht.
- 23) Om te voorkomen dat de oprichting van de startup-B.V. aanbestedingsplichtig is, moet er dus geen afdwingbare prestatieplicht worden opgenomen in de statuten en aandeelhoudersovereenkomst (de startup-B.V. en/of RHDHV moeten dus niet worden verplicht bepaalde diensten te verrichten). We kunnen ons voorstellen dat dit problematisch is, omdat van RHDHV en de startup-BV bepaalde prestaties worden verwacht die bij voorkeur reeds bij de oprichting van de startup-BV duidelijk moeten worden vastgelegd. Daarnaast is de kans reëel dat de concrete verkoop van Kaumera door de coöperatie aan de startup-B.V. ook als inkoopdracht van de coöperatie moet worden beschouwd indien in feite de startup-B.V. ook verplicht is deze grondstof verder te ontwikkelen en exploiteren. Kortom, het zou de voorkeur verdienen dat ook als de oprichting van de startup-BV dan wel de feitelijke uitvoering door de verkoop van Kaumera aan de startup-BV en de verdere ontwikkeling daarvan aanbestedingsplichtig zou zijn, dat hiervoor (ook) een aanbestedingsvrijstelling zou gelden.
- 24) Een beroep op de aanbestedingsuitzondering quasi-inbesteden slaagt niet, alleen al omdat er een private aandeelhouder is. De aanbestedingsuitzondering horizontale samenwerking slaagt hoogstwaarschijnlijk evenmin omdat we verwachten dat de startup-B.V. niet kwalificeert als aanbestedende dienst. Gelet op het voorgaande zou nog betoogd kunnen worden dat de startup-B.V. voorziet in een behoefte van algemeen belang niet zijnde van commerciële aard. Er wordt echter niet voldaan aan de (derde) voorwaarde dat de startup-BV afhankelijk is van een andere aanbestedende dienst. We gaan er namelijk vanuit dat de inkomsten niet voor meer dan 50% afkomstig zijn van de coöperatie, de coöperatie geen toezicht op het beheer heeft (want geen invloed op het inkoopbeleid van de startup-BV) en evenmin meer dan de helft van het bestuur van de startup-BV benoemt.

³ Europese Commissie, *Werkdocument van de Diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking')*, SEC (2011) 1169, definitief van 4 oktober 2011, punt 61-62.

⁴ HvJ EU 1 augustus 2022, C-332/20 (Roma Multiservizi en Rekeep) en HvJ EU 22 december 2010, C-215-09 (Mehiläinen and Terveystalo Healthcare), punten 33 en 34.

- 25) Wat wél een goede kans van slagen heeft, is de aanbestedingsvrijstelling die ziet op de situatie dat een opdracht slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat sprake is van uitsluitende rechten die moeten worden beschermd en er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat (artikel 2.32 lid 1 onder b onderdeel 3 Aanbestedingswet 2012). RHDHV is bereid haar IE-rechten ter beschikking te stellen aan de startup-BV. Naar wij begrepen zijn deze rechten onmisbaar bij de verdere ontwikkeling en exploitatie van de grondstof Kaumera uit slib. Ook zou er voor de waterschappen (en daarmee voor de coöperatie) geen redelijk alternatief zijn. Bij die stand van zaken kan door de coöperatie de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging worden toegepast. Dat betekent concreet dat de coöperatie één-op-één een overeenkomst met de startup-BV kan aangaan, zonder voorafgaande Europese aanbestedingsprocedure. Logischerwijs zou dezelfde vrijstelling gelden voor eventuele inkoopopdrachten die feitelijk al zouden worden verstrekt bij de oprichting van de start-up B.V.

We raden aan bij de oprichting van de B.V. zo veel als mogelijk te voorkomen dat in de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst in feite ook een inkoopopdracht wordt genomen (in die zin dat de startup-B.V. dan wel RHDHV worden verplicht bepaalde diensten te verrichten).

Ervan uitgaande dat dit niet volledig kan worden voorkomen dan wel ter meerdere zekerheid raden we aan in de aandeelhoudersovereenkomst tussen de coöperatie en RHDHV expliciet te benoemen de reden dat met RHDHV de gezamenlijke onderneming wordt opgericht (ook) is gelegen in het feit dat vanwege de uitsluitende rechten van RHDHV op een andere manier Kaumera niet tot verdere ontwikkeling en exploitatie kan worden gebracht (eventueel onder verwijzing naar artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 3, AW 2012).

- 26) Wij merken op dat een aanbestedingsuitzondering restrictief moet worden uitgelegd. Als een marktpartij bezwaar maakt, zal de coöperatie moeten kunnen aantonen dat de uitzondering van toepassing is. De coöperatie moet dus in een eventuele procedure kunnen aantonen dat de dienst slechts door de startup-BV (althans RHDHV gelet op diens IE-rechten) kan worden verricht en bovendien dat aan de startup-BV niet meer bovendrempelige opdrachten worden verstrekt dan noodzakelijk gelet op de IE-rechten van RHDHV.⁵ Als een marktpartij (in rechte) bezwaar maakt en stelt dat hij een soortgelijke oplossing voor de ontwikkeling van de grondstof Kaumera kan leveren, dan kan naar alle waarschijnlijkheid niet worden volgehouden dat de startup-BV daadwerkelijk de enige partij is die de wens van de coöperatie kan uitvoeren.
- 27) Als op de aanbestedingsuitzondering een beroep wordt gedaan, moet (na contractering) een aankondiging op TenderNed worden gedaan. Een gepasseerde marktpartij kan dan proberen de gesloten overeenkomst te laten vernietigen. Goed denkbaar is dat het voor de coöperatie

⁵ Vgl. HvJEG 3 mei 1994, Commissie/Spanje, zaak C-328/92, Jur. 1994, blz. I-015669, punt 17.

wenselijker is om al voor het sluiten van de overeenkomst duidelijk te krijgen of marktpartijen bezwaar maken tegen de voorgenomen contractering, zodat er geen rechtsonzekerheid is als de overeenkomst is gesloten. Die duidelijkheid en rechtszekerheid kunnen worden verkregen met het doen van een aankondiging 'vrijwillige transparantie vooraf' op TenderNed, waarbij een bezwaartermijn van minimaal 20 kalenderdagen wordt gehanteerd. Na het verstrijken van die termijn kan de coöperatie een overeenkomst met de startup-BV sluiten (en is de overeenkomst niet meer vernietigbaar).

- 28) Het enige risico dat na een dergelijke aankondiging nog resteert, is een vordering van een schadevergoeding van een marktpartij die meent te zijn benadeeld. Een dergelijke vordering verjaart na vijf jaar. In de praktijk worden dergelijke procedures zelden gestart, zodat het risico dat de coöperatie schade moet vergoeden klein is. Dat komt onder meer omdat een gepasseerde marktpartij die gederfde winst vergoed wil krijgen, moet aantonen dat hij de opdracht zou hebben verkregen indien wel zou zijn aanbesteed. Een gepasseerde marktpartij kan zijn vordering ook baseren op het feit dat hij een kans heeft gemist om naar de opdracht mee te dingen, maar dergelijke vorderingen worden ook zelden ingesteld.

We raden aan een aankondiging op TenderNed te doen ('vrijwillige publicatie vooraf') waarin de voorgenomen oprichting van de startup-B.V. wordt aangekondigd alsmede de voorgenomen verkoop van Kaamera met de argumentatie dat dit naar het oordeel van de coöperatie niet aanbestedingsplichtig is omdat er geen sprake is van een overheidsopdracht (maar slechts de oprichting van een gezamenlijke onderneming en de verkoop van een product zonder afdwingbare prestatieplicht), en ook indien er wel een bovendrempelige inkoopopdracht zou worden verstrekt, dat hiervoor de uitzondering van uitsluitende rechten zich voordoet gelet op de rechten van RHDHV en de noodzaak om met RHDHV (via de startup-B.V.) samen te werken om Kaamera verder te ontwikkelen en exploiteren (met verwijzing naar artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 3, AW 2012). Duidelijk moet zijn dat deze publicatie ziet op zowel de oprichting van de startup-B.V. alsmede alle toekomstige transacties tussen de coöperatie en de startup-B.V.

Vraag 3:

Kan door het opdrachtgevend waterschap of door de coöperatie gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid dat de opdracht voor de technologie leverantie van nieuwe Kaamera Extractie Installaties rechtstreeks wordt gegund aan Royal HaskoningDHV op basis van intellectuele eigendomsrechten (artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 3, AW 2012)? Zijn er in dit kader aandachtspunten waarmee bij de inrichting van de samenwerking rekening gehouden moet worden? Is er daarbij nog verschil aanbestedingstechnisch, of het opdrachtgevend waterschap danwel de coöperatie de aanbestedende partij is? Is het bovendien raadzaam of geboden om

voorafgaand aan deze rechtstreekse gunning een ex ante-bekendmaking te doen?

- 29) Ja, we verwachten dat een beroep op deze aanbestedingsuitzondering mogelijk is. Bedenk wel dat alleen datgene in opdracht aan RHDHV kan wat gegeven wat een ander niet op vergelijkbare wijze kan doen vanwege de intellectuele eigendomsrechten van RHDHV.
- 30) Zoals hiervoor aangegeven, raden we aan bij iedere opdracht daartoe dan wel raamovereenkomst op grond waarvan opdrachten aan RHDHV worden verstrekt een aankondiging op Tendered te doen ("vrijwillige publicatie vooraf"). Belangrijke reden is dat voor een beroep op de aanbestedingsuitzondering altijd een aankondiging op Tendered (achteraf) moet plaatsvinden, zodat het ter beperking van risico's de voorkeur heeft om vóór opdrachtverlening al een aankondiging te plaatsen (maar dan als zijnde een "vrijwillige publicatie vooraf").
- 31) Het maakt daarbij niet uit of een waterschap of de coöperatie de opdracht aan RHDHV verleent met een beroep op deze aanbestedingsuitzondering van uitsluitende (intellectuele eigendoms)rechten. Zowel een waterschap als de coöperatie zijn aanbestedende diensten en dus aanbestedingsplichtig en beiden kunnen dus een beroep op deze aanbestedingsuitzondering doen. We zien ook niet zo snel dat een beroep op deze aanbestedingsuitzondering sterker is/ in rechte eerder stand houdt als een waterschap dan wel de coöperatie er een beroep op doet.

Als op voorhand al duidelijk is dat een waterschap en/ of de coöperatie concrete inkoopopdrachten aan RHDHV wil verstrekken met een beroep op de aanbestedingsuitzondering van uitsluitende rechten (artikel 2.32, lid 1, aanhef en sub b, onder 3, AW 2012), dan zou dit gelijk bij de inrichting/ oprichting van de startup-B.V. kunnen worden meegenomen in de vrijwillige publicatie inzake de oprichting van de startup-B.V.

Vraag 4:

Zijn er vanuit het aanbestedingsperspectief nog andere aspecten waarmee rekening gehouden moet worden bij het inrichten van de samenwerking in de coöperatie met de waterschappen als lid en/of de startup BV met de coöperatie en Royal HaskoningDHV als eigenaren?

- 32) Hiervoor is reeds een redelijk uitgebreid beeld gegeven van de aanbestedingsrechtelijke aspecten. Ons advies is om bij de nadere uitwerking van de samenwerking en bij de keuze voor bepaalde rechtspersonen ook fiscaal advies in te winnen.

BIJLAGE 1: JURIDISCH KADER PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING

Juridisch kader: horizontale samenwerking

1. Voor specifieke vormen van samenwerking tussen uitsluitend aanbestedende diensten met het oog op de verwezenlijking van gemeenschappelijke doelstellingen bestaat een uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht die ‘horizontale’ of niet-geïstitutionaliseerde publiek-publieke samenwerking wordt genoemd (artikel 2.24c Aw). De opdrachten die in het kader van horizontale samenwerking worden verleend hoeven dan niet Europees te worden aanbesteed.
2. Art. 2.24c Aw luidt als volgt:

“1 In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund, indien:

a. de overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,

b. de invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c. de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

2 Op het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel c, is artikel 2.24a, vierde en vijfde lid, van overeenkomstige toepassing.” (onderstr., Adv.)

3. In Richtlijn 2014/24/EU staat met betrekking tot horizontale samenwerking nog de volgende relevante overweging (33) in de considerans:

“Aanbestedende diensten moeten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking zou betrekking kunnen hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor, krachtens publiek recht, specifieke instanties bevoegd zijn. De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn. Opdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten

dienen niet onderworpen te zijn aan de voorschriften van onderhavige richtlijn, mits zij uitsluitend tussen aanbestedende diensten zijn gegund en deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten. Om aan deze voorwaarden te voldoen, moet de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Bij deze samenwerking is niet vereist is dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie. Bovendien moet de samenwerking, met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden." (onderstr., Adv.)

4. De cumulatieve voorwaarden die hieruit kunnen worden afgeleid zijn:
 1. de samenwerking mag zien op alle soorten activiteiten, zolang ze verband houden met te verrichten publieke ta(a)k(en);
 2. het is niet vereist dat identieke publieke taken door de deelnemers worden verricht; ze mogen ook complementair zijn;
 3. de samenwerking mag uitsluitend bestaan uit aanbestedende diensten;
 4. geen particuliere onderneming mag worden bevoordeeld;
 5. er moet sprake zijn van een 'echte' samenwerking (alle deelnemers moeten op hun manier bijdragen aan het verrichten van de publieke taak);
 6. de samenwerking moet uitsluitend op overwegingen van algemeen belang plaatsvinden.
 7. de samenwerking mag niet meer dan 20% op de open markt innemen.
5. In de praktijk leidt de toepassing van deze cumulatieve voorwaarden tot hoofdbrekens. Het Werkdocument van de Europese Commissie⁶ en de Handreiking publiek-publieke samenwerking van VNG⁷ bieden hiertoe handvatten.
6. Het Europese Hof van Justitie heeft een tweetal arresten gewezen waarin meer duidelijkheid wordt verschaft over de toepassing van de onder 1) vermelde voorwaarde. In *ISE/Stadt Köln*⁸ oordeelde het Hof dat de onderlinge terbeschikkingstelling en doorontwikkeling van software voor de coördinatie van werkzaamheden van brandweerkorpsen een type activiteit was waarop horizontaal mocht worden samengewerkt. Een samenwerking mag namelijk zien op 'alle

⁶ Europese Commissie, *Werkdocument van de Diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking')*, SEC (2011) 1169, definitief van 4 oktober 2011.

⁷ VNG, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, VNG: Den Haag 2015.

⁸ HvJ EU 28 mei 2020, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE/Stadt Köln*).

soorten activiteiten', dus ook op nevenactiviteiten, *mits* de nevenactiviteit daadwerkelijk bijdraagt aan de vervulling van de publieke taak.⁹

7. In *Remondis*¹⁰ geeft het Hof verdere invulling aan het onder 5) genoemde element (echte samenwerking). Het Hof overweegt dat geen sprake is van een daadwerkelijke samenwerking wanneer een samenwerkingspartner uitsluitend een bijdrage levert in de vorm van een financiële vergoeding voor de ontvangst van de diensten:

“29. Hieruit volgt dat het van wezenlijk belang is dat alle partijen bij de samenwerkingsovereenkomst gezamenlijk daaraan deelnemen teneinde ervoor te zorgen dat de openbare diensten die zij moeten verlenen daadwerkelijk worden uitgevoerd, en dat deze voorwaarde niet kan worden geacht te zijn vervuld wanneer de enige bijdrage van bepaalde partijen bij de overeenkomst beperkt is tot het simpelweg vergoeden van de kosten zoals die waaraan § 5 van de overeenkomst in het hoofdgeding refereert.” (onderstr., Adv.)

Wanneer de bijdrage uitsluitend bestaat uit een vergoeding van de kosten, is in feite sprake van inkoop (en niet van samenwerking).

8. In lijn met het voorgaande moet de samenwerking volgens het Hof in *Remondis* het gevolg zijn van een *gezamenlijke samenwerking*, in plaats van eenzijdige inkoop:

“32. Het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst tussen entiteiten in de overheidssector moet bovendien het resultaat zijn van een door de overeenkomst sluitende partijen samen genomen initiatief tot samenwerking (zie in die zin arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, C-480/06, EU:C:2009:357, punt 38). De uitwerking van samenwerking tussen entiteiten in de overheidssector heeft immers een dimensie die wijst op een intrinsieke behoefte aan samenwerking welke ontbreekt bij de plaatsing van een overheidsopdracht die onder richtlijn 2012/24 valt.” (onderstr., Adv.)

Wanneer de bijdrage uitsluitend bestaat uit een vergoeding van de kosten, is in feite sprake van inkoop en daarmee van een aanbestedingsplichtige inkoopopdracht.¹¹

⁹ HvJ EU *ISE/Stadt Köln*, r.o. 60.

¹⁰ HvJ EU 4 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:436 (*Remondis*).

¹¹ Zie ook HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre & Biesme*).

9. Ook het Werkdocument van de Commissie gaat in op het vereiste van ‘echte’ samenwerking. Uit het Werkdocument van de Europese Commissie volgt dat de taken niet gelijk verdeeld te hoeven zijn, maar in elk geval een gemeenschappelijk doel moeten dienen:¹²

“Deze gezamenlijke uitvoering wordt gekenmerkt door deelname en wederzijdse verplichtingen van de contractpartners, hetgeen leidt tot wederzijdse synergieën. Dit betekent niet noodzakelijk dat elk van de samenwerkende partners op gelijke basis deelneemt aan de werkelijke vervulling van de taak – de samenwerking kan gebaseerd zijn op een verdeling van taken of op een of andere specialisatie. Toch moet het contract een gemeenschappelijk doel dienen, namelijk de gezamenlijke uitvoering van dezelfde taak.” (onderstr., Adv.)

Hierbij verdient opmerking dat uit het citaat lijkt te volgen dat de samenwerking noodzakelijkerwijs op dezelfde publieke taken moet zien. Dat is niet het geval, de samenwerking mag ook zien op *complementaire* taken (overweging 33 in de considerans van richtlijn 2014/24/EU).

10. Uit de jurisprudentie over horizontale samenwerking volgt dat er geen sprake mag zijn van een ‘particuliere inbreng’ en van bevoordeling van een particuliere dienstverlener:¹³

“37 In bedoeld geval zijn de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (arrest Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., punt 35).”
(onderstr., Adv.)

11. Wat er met de voorwaarde onder artikel 2.24c, lid 1 sub c Aw wordt bedoeld is niet helemaal duidelijk. Een aanknopingspunt wat daarmee bedoeld kan zijn is te vinden in een Handleiding van de Europese Commissie uit 2011 over publiek-publieke samenwerking, waarin zij het volgende zegt: “De samenwerkingsovereenkomst mag met andere woorden geen activiteiten inhouden die op de open markt worden aangeboden” en geeft dan vervolgens in een voetnoot het volgende voorbeeld over het inzetten van reservecapaciteit van een afvalverwerkingsinstallatie: “Waar een dergelijke volledige uitsluiting om praktische redenen

¹² Werkdocument Europese Commissie, p. 15.

¹³ HvJ EU 13 juni 2013, ECLI:EU:C:2013:385 (Piepenbrock).

zou indruisen tegen het algemeen openbaar belang dat de samenwerking beheerst (bv. economisch redelijk gebruik van hulpbronnen) zou een strikt bijkomstige en marginale activiteit met entiteiten die niet aan de samenwerking deelnemen, kunnen worden aanvaard (bv. redelijk gebruik van toevallige reservecapaciteit)."

12. Een ander aanknopingspunt volgt uit [het SDU Commentaar Aanbestedingsrecht](#) bij dit artikel: de voorwaarde heeft als doel te waarborgen dat de samenwerking met name publiek is en zich niet te veel op de commerciële markt begeeft. Daarom zijn opdrachten aan derden (niet bij de samenwerking betrokken entiteiten) slechts toegestaan tot 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten:

1.2 Eerste lid sub c

De derde en laatste voorwaarde is dat de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen. Opdrachten voor derden (entiteiten die niet aan de samenwerking deelnemen) zijn dus toegestaan, maar tot een maximum van 20%. Aangenomen lijkt te mogen worden dat dit percentage betrekking heeft op de activiteiten van het samenwerkingsverband als geheel en niet op activiteiten van de afzonderlijke aanbestedende diensten. Deze voorwaarde beoogt te regelen dat wordt gewaarborgd dat deze vorm van samenwerking ook vooral publiek is en het niet de bedoeling is dat dit samenwerkingsverband zich te veel op de commerciële markt begeeft.

13. [Tekst en Commentaar](#) verwijst voor een toelichting op artikel 2.24c, lid 1 sub c Aw naar de uitleg van het activiteiten criterium dat onderdeel is van artikel 2.24a lid 1 onderdeel b en 2.24b lid 1 onderdeel b Aw 2012 (de aanbestedingsuitzondering voor verticale samenwerkingen (quasi-inbesteding)). Bij quasi-inbestedingrelaties is het criterium dat de gecontroleerde rechtspersoon meer dan 80% van zijn activiteiten dient uit te oefenen in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst. Bij een beroep op aanbestedingsuitzonderingen zoals de horizontale samenwerking en de quasi-inbesteding is dus van belang dat de bijdrage van samenwerkende publieke entiteiten aan de open markt beperkt blijft.
14. Bij de berekening van het percentage is als uitgangspunt de gemiddelde totale omzet van de horizontale samenwerking van belang (artikel 2.24c lid 2 jo. lid 1 sub c jo. artikel 2.24a lid 4 en 5 Aw 2012).
15. Kortom, tot 20% van de gemiddelde totale omzet van het samenwerkingsverband mogen de activiteiten van het samenwerkingsverband te relateren zijn aan entiteiten die niet aan de horizontale samenwerking deelnemen. Vervolgens is wel de vraag hoe deze 20% moet worden berekend. Het Gerechtshof Den Haag heeft daarover bij arrest van 13 juni 2013 de volgende prejudiciële vragen gesteld¹⁴

¹⁴ Zaaknummer 200.290.736/01 (niet gepubliceerd)



“1. Moet het activiteitscriterium van artikel 12 lid 3 eerste alinea onder b) Richtlijn, gelezen in samenhang met artikel 12 lid 5 Richtlijn, aldus worden uitgelegd dat, wanneer het daarin bedoelde percentage van de activiteiten wordt bepaald op basis van omzet, alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen of die omzet, samen met die van de entiteiten die die rechtspersoon in haar winst- en verliesrekeningen consolideert?”

“2. In het geval het antwoord op vraag 1 luidt dat alleen de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon zelf in aanmerking moet worden genomen (dus de niet-geconsolideerde omzet): moet het in vraag 1 bedoelde activiteitscriterium in die zin worden uitgelegd, dat de betalingen van derden voor het storten van bedrijfsafval op een stortplaats die de gecontroleerde rechtspersoon in opdracht van controlerende aanbestedende diensten exploiteert, mogen worden aangemerkt als omzet behaald bij de uitvoering van taken die aan die rechtspersoon zijn toegewezen door controlerende aanbestedende diensten, in aanmerking nemende dat de gecontroleerde rechtspersoon wat dat exploiteren betreft concurreert met private partijen?”

BIJLAGE 2: JURIDISCH KADER AANBESTEDENDE DIENST

1. Onder “aanbestedende dienst” in de zin van de Aanbestedingswet 2012 worden verstaan de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen (artikel 1.1 Aw 2012). Een publiekrechtelijke instelling is een instelling die
 1. specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële aard of commerciële aard, die
 2. rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan
 3. afhankelijk is van een of meer andere overheden omdat:
 - a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
 - b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
 - c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen;
2. De eerste voorwaarde leidt in de praktijk tot de meeste vragen. Bij de beoordeling of een entiteit specifiek ten doel heeft te voorzien in een (of meer) behoefte(n) van algemeen belang moet allereerst worden gekeken naar de (al dan niet gewijzigde) statuten van de entiteit. Gelet op de functionele aard van de toets zijn die op zichzelf echter niet doorslaggevend: het gaat om de doelen die RTM daadwerkelijk (in de praktijk) dient.
3. Daarnaast is van belang dat niet *alle* activiteiten hoeven te zijn gericht op het doel van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard. Als RTM *daarnaast* ook commerciële activiteiten ontplooit, betekent dit niet dat zij geen publiekrechtelijke instelling meer is (HvJ EU 15 januari 1998, C-44/96, *Mannesmann*, ECLI:EU:C:1998:4, r.o. 26). Als zij zich ongeacht de commerciële activiteiten tevens blijft kwijten van haar taken van algemeen belang, dan kan dus nog steeds sprake zijn van een publiekrechtelijke instelling (HvJ EG 12 december 2002, C-470/99 *Universele Bau*, ECLI:EU:C:2002:746, r.o. 56).
4. Doorgaans is sprake van een entiteit die voorziet in een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard wanneer het gaat om behoeften waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen of diensten op de markt, en waarin de staat voorts om redenen van algemeen belang besluit om zelf te voorzien of een beslissende invloed wil houden op de wijze waarin in de betreffende behoefte wordt voorzien (HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, *Truley*, ECLI:EU:C:2003:110, r.o. 50; HvJ EU 22 mei 2003, C-18/01, *Korhonen*, ECLI:EU:C:2003:300, r.o. 47; HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, *SIEPSA*, ECLI:EU:C:2003:544, r.o. 80).

5. Allereerst moet sprake zijn van een behoefte van algemeen belang, maar in de regel ligt (in de jurisprudentie en o.i. ook in deze zaak) het zwaartepunt bij de vraag of sprake is van een industrieel of commercieel karakter van de wijze waarop de entiteit voorziet in de behoefte van algemeen belang. Om te kunnen spreken van een algemene behoefte *anders dan van industriële en commerciële aard* zijn de volgende vier gezichtspunten van belang (Tweede Kamer 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 45):
 - geen normale marktomstandigheden;
 - het ontbreken van een hoofdzakelijk materieel winstoogmerk;
 - het ontbreken van een ondernemersrisico voor de entiteit; en
 - de aanwezigheid van overheidsfinanciering.
6. Voormelde gezichtspunten volgen uit het *SIEPSA*-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 16 oktober 2003, C-283/00, r.o. 81).
7. Kortom, ondernemingen die opereren onder normale marktomstandigheden, met een hoofdzakelijk materieel winstoogmerk, die bestuurd worden op een wijze waarop een onderneming wordt bestuurd (met het oog op rendement, doelmatigheid en rentabiliteit) en zelf het ondernemersrisico dragen zullen doorgaans *niet* worden beschouwd als publiekrechtelijke instellingen.

BIJLAGE 3: JURIDISCH KADER QUASI-INBESTEDING

1. Artikel 2.24b Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst bij de uitvoering van zijn taken kan samenwerken met andere aanbestedende diensten in een bestaande of op te richten privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon. De aanbestedende dienst kan op grond van dat artikel worden uitgezonderd van de aanbestedingsplicht als voldaan is aan:
 - a) het gezamenlijk toezicht-criterium (lid 1 onderdeel a);
 - b) het activiteiten-criterium (lid 1 onderdeel a); en
 - c) er geen sprake is van privékapitaal met uitzondering van bepaalde participatievormen (lid 1 onderdeel c).
2. Hierna worden de criteria toegelicht:

Sub a: het toezichtscriterium

 3. Allereerst moeten de betrokken aan aanbestedende diensten een “beslissende invloed” uitoefent zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon” (zie artikel 2.24b lid 2 Aw 2012). Die maatstaf is volgens vaste jurisprudentie *functioneel* van aard, zodat per geval moet worden bekeken in hoeverre de aanbestedende dienst daadwerkelijk over beslissende invloed beschikt.
 4. Verder moeten de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten.¹⁵ Ook mag de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreven die in strijd zijn met de belangen van de aanbestedende diensten.

Sub b: het merendeelcriterium

 5. Het merendeelcriterium verplicht ertoe dat minimaal 80% van de werkzaamheden voor de aanbestedende diensten wordt verricht die tezamen toezicht houden. Werkzaamheden in opdracht van derden moeten ook dan tot minder dan 20% van de omzet worden beperkt.

Sub c: geen participatie van privékapitaal

 6. Privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is uitsluitend toegestaan ingeval dat is vereist krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met de EU-verdragen (VEU en VWEU) en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon (artikel 2.24b Aw 2012).

¹⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (Sambre & Biesme).

7. De hoofdregel is dus participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon niet is toegestaan, tenzij:
- a. dit vereist is krachtens nationale regelgeving;
 - b. dit verenigbaar is met de EU-verdragen; en
 - c. door de participatie geen beslissende invloed in de gecontroleerde entiteit kan worden uitgeoefend.
