

# Wanneer moet een publiekrechtelijke instelling aanbesteden?

Ook publiekrechtelijke instellingen moeten zich aan de nieuwe Aanbestedingswet houden. Maar wanneer is een organisatie een publiekrechtelijke instelling? Daar bestaat flinke onduidelijkheid over. Niels Uenk, Elisabetta Manunza en Jan Telgen zorgen voor wat licht in de duisternis.



Niels Uenk  
Functie: onderzoeker  
Organisatie: STIPPT  
Ook: verbonden aan het Public Procurement Research Centre



Elisabetta Manunza  
Functie: hoogleraar aanbestedingsrecht  
Instelling: Universiteit Utrecht  
Ook: verbonden aan Public Procurement Research Centre



Jan Telgen  
Functie: hoogleraar inkoopmanagement publiek  
Instelling: Universiteit Twente  
Ook: directeur STIPPT, verbonden aan Public Procurement Research Centre

De Aanbestedingswet 2012 definieert een publiekrechtelijke instelling in artikel 1.1 als een instelling die:

1. specifiek als doel heeft om te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard,
2. die rechtspersoonlijkheid bezit en
3. waarvan:
  - 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.

Als aan onderdeel 1, 2 én ten minste één van de subcriteria van 3 wordt voldaan, dan is sprake van een publiekrechtelijke instelling. Volgens het Hof van Justitie van de EU (hierna Hof EU) moet het begrip publiekrechtelijke instelling functioneel worden uitgelegd. Deze rechter oordeelt niet naar de letter, maar naar de 'geest van de wet'. Dit moet ontduiking van de EU-richtlijnen voor overheidsopdrachten voorkomen. Het eerste criterium staat het meest ter discussie – getuige de jurisprudentie op dit gebied. We behandelen de drie criteria afzonderlijk.

## 1. EEN INSTELLING HEEFT SPECIFIEK TEN DOEL TE VOORZIEN IN BEHOEFTE VAN ALGEMEEN BELANG, ANDERS DAN VAN INDUSTRIËLE OF COMMERCIEËLE AARD

Dit criterium draait om het specifieke doel van een organisatie zoals beschreven in de statuten of in een wettelijke taakstelling. De rechter kan het doel van een organisatie rechtens én feitelijk toetsen, en dus zowel de statutaire doelstellingen als de huidige (eventueel afwijkende) activiteiten meewegen in de beoordeling. De kern van dit criterium betreft het voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard. Er moeten drie vormen van behoeften

worden onderscheiden, te weten:

- behoeften van industriële of commerciële aard;
- behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard;
- behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard.

Een organisatie voldoet enkel aan het eerste criterium van het begrip publiekrechtelijke instelling als sprake is van het voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Het is dan niet nodig dat alle doelen en activiteiten dit karakter hebben, noch dat deze de overhand hebben in de totale activiteiten die uitgeoefend worden.

## Algemeen belang

Wat de interpretatie van dit criterium zo lastig maakt, is dat er geen juridische definitie bestaat van het begrip algemeen belang. Dit is sterk cultureel bepaald en steeds in ontwikkeling. De Europese rechter heeft wel aanwijzingen gegeven om te kunnen bepalen wanneer er sprake kan zijn van behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard:

- De organisatie ontleent zijn taak en samenstelling aan de wet.
- De organisatie houdt zich bezig met activiteiten waarin de Staat om redenen van algemeen belang zelf besluit te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende rol wil behouden.

Het ophalen van huishoudelijke afval bijvoorbeeld, is volgens de wet een taak van de gemeente en die als een taak van algemeen belang van niet zijnde industriële of commerciële aard wordt gezien. Dit in tegenstelling tot de verwerking van huishoudelijk afval of het ophalen van bedrijfsafval. Als een organisatie in behoeften



(van algemeen belang) van industriële of commerciële aard voorziet, is zij géén publiekrechtelijke instelling. De rechter geeft hiervoor de volgende aanwijzingen:

- De organisatie opereert in een klimaat van sterke concurrentie.
- De organisatie wordt bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit.

### Winstoogmerk

In tegenstelling tot wat vaak wordt aangenomen, is het hebben van een winstoogmerk geen vereiste om van behoeften van industriële of commerciële aard te kunnen spreken. Overigens meldt de considerans van de in januari aangenomen nieuwe EU-richtlijn dat *'een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft, en de verliezen draagt die voortvloeiën uit haar activiteiten, niet als een publiekrechtelijke instelling mag worden beschouwd'*. Deze nieuwe richtlijn en bijbehorende considerans worden pas over twee jaar geldend recht. Het gaat hier om aanwijzingen, geen stelregels die altijd gelden. Een publiekrechtelijke instelling mag bijvoorbeeld – zij het in beperkte mate volgens de Wet Markt en Overheid – in concurrentie op de markt treden.

### 2. EEN INSTELLING BEZIT RECHTSPERSOONLIJKHEID

Aan dit criterium wordt in de praktijk snel voldaan. Hieronder vallen rechtsvormen als bv, nv, stichting, coöperatie en vereniging. In het Nederlands recht hebben bepaalde organisatievormen, zoals de vof, geen rechtspersoonlijkheid. Het Hof EU geeft echter een functionele uitleg aan het begrip 'staat', en heeft in zaken waar een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid aan de overige criteria voldeed beoordeeld dat wel degelijk sprake was van aanbestedingsplicht.

### 3. FINANCIERING, TOEZICHT OP BEHEER EN/OF BESTUURSVORMING IS VAN OVERHEIDSWEGE

In elk van de drie onderdelen van dit derde criterium wordt getoetst of een aanbestedende dienst een overwegende invloed heeft op de organisatie. De organisatiestatuten geven duidelijkheid over financiering, beheersstructuur en de vorming van bestuur of toezichthouders.

- Onder financiering verstaat het Hof EU financiële steun zonder een specifieke tegenprestatie. Leningen en aandelen vallen normaliter niet onder financiering, tenzij sprake is van een geldinjectie bij financiële nood. Aandelenbezit kan wel een rol spelen in toezicht op het beheer en de bestuursvorming.
- Het Hof EU legt het criterium toezicht op beheer functioneel uit. De overheid of andere aanbestedende dienst moet – statutair bepaald - een overwegende invloed kunnen hebben op het besluitvormingsproces van de organisatie. Voorbeelden zijn goedkeuring van belangrijke besluiten, situaties waar de overheid prijzen en technische kenmerken van producten bepaalt en toezicht op het bestuur.
- Het benoemen van meer dan de helft van de leden van bestuur en/of toezichthouders is wederom statutair bepaald en leidt in de praktijk niet tot onduidelijkheid.

De drie onderdelen van het derde criterium zijn niet cumulatief: als één van de onderdelen van toepassing is, dan is aan dit derde criterium voldaan. Wanneer een organisatie maar deels aan de drie onderdelen voldoet – bijvoorbeeld 45 procent overheidsfinanciering en een niet-overwegende invloed op beheer en benoeming van bestuur – dan kan een rechter door de optelsom van overheidsinvloed in verschillende onderdelen toch beoordelen dat het derde criterium van toepassing is.

### Conclusie

Door de functionele interpretatie van het begrip publiekrechtelijke instelling, moet per criterium een holistisch beeld van de organisatie (doelen, rechtsvorm en overheidsinvloed op beheer en bestuur) worden beoordeeld. Dit om te voorkomen dat (overheids)organisaties zó worden opgericht, dat ze in letterlijke zin geen publiekrechtelijke instelling zijn en onder de Aanbestedingswet uit kunnen komen. ○

Op grond van de wet is het ophalen van huisvuil een zorg van de gemeente en moet dit worden gezien als een taak van algemeen belang van niet zijnde industriële of commerciële aard. Dit in tegenstelling tot de verwerking van huishoudelijk afval of het ophalen van bedrijfsafval.