

Centraal Afvalverwijderingsbedrijf Westfriesland
T.a.v. Buiten Organisatieadvies

Zijpendaalseweg 47
6814 CC ARNHEM

mr. S.P. Dalmolen
advocaat

Datum: 15 november 2018
Onze ref: SD/181119
Uw ref: 20181001/caw
Betreft: CAW / HVC

Geachte

Hierbij ontvangt u mijn advies ten aanzien van de vraag of de CAW-gemeenten de opdracht voor het inzamelen en verwerken van huishoudelijke afvalstoffen zonder aanbesteding kunnen gunnen aan HVC.

De conclusie is dat gelet op de huidige stand van de rechtspraak de opdracht via een alleenrecht en dus zonder aanbesteding aan HVC kan worden verstrekt.

Ook zal de quasi-inbestedingsuitzondering waarschijnlijk van toepassing zijn, al dient daarbij wel een kanttekening te worden geplaatst. Die kanttekening houdt verband met de andere activiteiten waarmee HVC zich bezighoudt (levering van energie). Daardoor is het mogelijk dat niet is voldaan aan de eis voor quasi-inbesteding dat tenminste 80% van de omzet moet zijn behaald in de vorm van taken die aan HVC zijn toegewezen door de aanbestedende dienst.

Ik licht deze conclusies graag toe.

Toepasselijkheid alleenrecht

Op grond van artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) is het mogelijk om een opdracht op basis van een uitsluitend recht (ook wel alleenrecht genoemd) te gunnen aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten, mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Een uitsluitend recht wordt in artikel 1 Aw gedefinieerd als een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen;

De relevante aspecten die uit deze bepalingen volgen, zijn dus:

- a. de verlening moet plaatsvinden bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan;
- b. de dienst moet worden verricht binnen een bepaald geografisch gebied;
- c. de gunning moet plaatsvinden aan een andere aanbestedende dienst;
- d. het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Europese recht.

Sub a – Wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan

Het alleenrecht dat aan HVC wordt verleend vindt zijn grondslag in de Gemeenschappelijke Regeling Centraal Afvalverwijderingsorgaan Westfriesland. In de CAW Afvalstoffenverordening 2016 staat bovendien vermeld dat het dagelijks bestuur van het CAW een uitsluitend recht kan verlenen aan een aanbestedende dienst (artikel 2). Daarnaast is in de huidige uitvoeringsovereenkomst tussen de CAW-gemeenten en HVC opgenomen dat elk van de aangesloten gemeenten een besluit tot verlening van het alleenrecht aan HVC nemen. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in de concept-dienstverleningsovereenkomst. Een dergelijk besluit volstaat om te voldoen aan de uit artikel 1 Aw voortvloeiende eis dat een uitsluitend recht moet zijn verleend bij besluit van een bestuursorgaan.

Sub b – geografisch gebied

Ook aan deze eis is voldaan. Het uitsluitend recht ziet alleen op de verwerking van huishoudelijk afval dat binnen de grenzen van de CAW-gemeenten wordt ingezameld. Het doet niet ter zake dat de feitelijke verwerking daarvan buiten de gemeentegrenzen plaatsvindt¹.

Sub c – gunning aan een andere aanbestedende dienst

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2011² geoordeeld dat HVC inderdaad een aanbestedende dienst is, omdat zij is aan te merken als publiekrechtelijke instelling in de zin van (thans) artikel 1.1 Aw. Er was in die zaak met name discussie over de vraag of is voldaan aan het criterium dat wordt voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële of industriële aard zijn. Daarover is dus geoordeeld dat dit inderdaad het geval is. Er is geen reden om aan te nemen dat dit oordeel nu anders zou zijn. Ik zal daarop hier dus niet verder ingaan.

¹ V.zr. Rb. Den Haag 25 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ5981, rechtsoverweging 5.10

² HR 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900, rechtsoverweging 3.3

Sub d – verenigbaar met het Europese recht

Het is vervolgens de vraag of het alleenrecht verenigbaar is met het VWEU. Daaronder vallen ook op dat verdrag gebaseerde richtlijnen³. In de aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 2011 is geoordeeld dat het gunnen aan HVC op basis van een alleenrecht niet in strijd is met het Europese recht. De uitspraak van de Hoge Raad volgde op een eerdere uitspraak van het Gerechtshof Den Haag⁴. Het Hof was van oordeel dat aan het Europese recht is voldaan:

(Het) is aannemelijk dat is voldaan aan alle Europeesrechtelijke eisen voor een uitzondering op de aanbestedingsverplichting. Voorshands is het hof van oordeel dat deze zaak onder de Teckal-doctrine valt waarbij niet (verder) aan het EG-verdrag hoeft te worden getoetst. Indien dit niet zo zou zijn, dan is er voorshands vanuit te gaan dat aan alle voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 17 Bao is voldaan. In de stellingen en stukken kan het hof geen voldoende aanknopingspunten vinden om in deze procedure in kort geding te kunnen oordelen dat het in geding zijnde alleenrecht niet verenigbaar is met het EG-verdrag.

Voorshands is het Hof dus van mening dat de zaak valt onder de Teckal-doctrine. Daarmee wordt de quasi-inbestedingsuitzondering bedoeld. Hierop zal ik hieronder nader ingaan. Maar ook als deze uitzondering niet van toepassing zou zijn, dan is er naar het oordeel van het Hof alsnog voldaan aan alle voorwaarden voor de toepasselijkheid van een alleenrecht, dat ten tijde van de uitspraak in art. 17 van het Bao was vastgelegd.

Alhoewel de uitspraken uit 2011 in kort geding zijn geweest en daarmee een voorlopig karakter hebben, bieden deze toch voldoende houvast om ook nu in 2018 te oordelen dat er ook zonder toepassing van de quasi-inbestedingsuitzondering is voldaan aan de vereisten voor het verlenen van een alleenrecht. Daarbij is van belang dat naar alle waarschijnlijkheid geen sprake zal zijn van een grensoverschrijdend belang. De Rechtbank Amsterdam heeft in een zaak uit 2015⁵ vastgesteld dat het niet waarschijnlijk is dat er buitenlandse belangstelling bestaat voor een opdracht tot afvalverwerking in de regio Amsterdam. Datzelfde geldt dan in ieder geval ook voor afvalverwerking in de regio Westfriesland.

Kortom, gelet op de aangehaalde rechtspraak kan met voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld dat een alleenrecht mogelijk is, ook indien de quasi-inbestedingsuitzondering niet van toepassing zou zijn. Dit recht kan dus worden verleend aan HVC.

2. Quasi-inbesteding

Van inbesteden is sprake als een aanbestedende dienst een opdracht in de eigen organisatie kan uitvoeren. Het verstrekken van een opdracht aan een eigen organisatieonderdeel is niet aanbestedingsplichtig. In de zaak *Teckal* van het Hof van Justitie⁶ is daarnaast de mogelijkheid

³ HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06, *Correos*

⁴ Hof Den Haag 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928, rechtsoverweging 5.2

⁵ Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6459

⁶ HvJEG 18 november 1999, C-107/98 (*Teckal*).

geaccepteerd dat een opdracht zonder aanbesteding aan een juridisch afgescheiden entiteit wordt verstrekt als deze nauw verbonden is met de opdrachtgever. Er is dan sprake van *quasi*-inbesteding.

De vereisten voor quasi-inbesteding zijn tegenwoordig vastgelegd in art. 2.24a lid 1 Aw. Hieruit volgt dat:

- a. sprake moet zijn van toezicht op de rechtspersoon aan wie de opdracht wordt verstrekt als ware het een eigen dienst (het toezichtcriterium),
- b. tenminste 80% van de activiteiten van de rechtspersoon worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de aanbestedende dienst (het merendeelcriterium), en
- c. geen sprake mag zijn van participatie van privékapitaal.

Sub a – Toezichtcriterium

Aan het toezichtcriterium is in deze kwestie zonder meer voldaan. De deelnemende gemeenten oefenen immers gezamenlijk het toezicht op HVC uit, zowel via het aandeelhouderschap als via de benoeming van de Raad van Commissarissen, die door de algemene vergadering van aandeelhouders geschiedt.

Sub b – Merendeelcriterium

Op grond van artikel 2.24a lid 4 Aw wordt de vraag of voldaan is aan het vereiste van 80% bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.

Uit de toelichting op de geconsolideerde winst- en verliesrekeningen van 2015, 2016 en 2017⁷ maak ik op dat HVC in over die jaren gemiddeld ca. 61% van haar omzet genereert uit afvalverwerking en -inzameling. Bijna 15% van de omzet haalt zij uit energielevering. Daarnaast maken de subsidies voor de elektriciteitsproductie bijna 8% uit van het totaal. Dan zijn er tenslotte nog overige opbrengsten, die onder meer zien op dienstverlening voor activiteiten ten aanzien van beheer openbare ruimten en opbrengsten uit handelsactiviteiten.

De vraag is of de omzet die is behaald bij de levering van energie – inclusief subsidies is dat meer dan 20% – voortvloeit uit taken die aan HVC zijn toegewezen door de aanbestedende dienst.

Energielevering is als zodanig niet een taak die is toegewezen door de CAW-gemeenten. Wel is van belang dat het niet noodzakelijk is dat de omzet is betaald door de aanbestedende dienst en telt de vergoeding door derden dus ook mee⁸, maar daarmee is nog niet gezegd dat de omzet daadwerkelijk is behaald uit taken die aan HVC zijn toegewezen.

Het Gerechtshof Den Haag heeft in de zaak over dit onderwerp geoordeeld dat er geen aanwijzingen zijn dat eventuele andere activiteiten van HVC veel meer dan marginaal zijn en dat dus is voldaan aan

⁷ 2015: https://www.hvcgroep.nl/sites/default/files/160412_hvc_jaarverslag_2015.pdf (p. 83)

2016: https://www.hvcgroep.nl/sites/default/files/170411_hvc_jv2016_ned.pdf (p. 89)

2017: https://www.hvcgroep.nl/sites/default/files/hvc_jv2017.pdf (p. 78)

⁸ HvJEU 11 mei 2006, C-340/04 (*Cabothermo*), rechtsoverwegingen 66 en 67

het merendeelcriterium. In cassatie wordt deze overweging in stand gelaten omdat zij feitelijk van aard is. In de conclusie van de Advocaat-Generaal bij het arrest van de Hoge Raad wordt deze overweging onderschreven. De AG concludeert:

Dat HVC ook aanzienlijke hoeveelheden bedrijfsafval verbrandt, impliceert op zichzelf niet dat het hierbij gaat om werkzaamheden die HVC niet krachtens de gunningsbesluiten van de Gemeente en de andere in HVC deelnemende gemeenten verricht.

Zowel het Hof als de AG lijken echter een slag om de arm te houden, door te oordelen dat ook als de quasi-inbestedingsuitzondering niet van toepassing zou zijn, er alsnog aan de vereisten van het alleenrecht is voldaan. Of deze uitspraak in kort geding dus voldoende houvast biedt om te oordelen dat ook de omzet uit de levering van energie mag worden gebruikt bij het bepalen van de 80%-norm is dus niet geheel duidelijk.

Sub c – Privékapitaal

Ook is er geen participatie van privékapitaal in HVC en is dat zelfs statutair onmogelijk gemaakt; uitsluitend publiekrechtelijke lichamen en de Staat kunnen aandelen houden in HVC.

Conclusie

De conclusie is dus dat gelet op de huidige stand van de rechtspraak de opdracht aan HVC kan worden gegund op basis van een alleenrecht, zoals dat ook in de gemeenschappelijke regeling en in de uitvoeringsovereenkomst is opgenomen. Alleen al op basis van deze vaststelling hoeft de opdracht dus niet Europees te worden aanbesteed.

Ook de quasi-inbestedingsuitzondering zal mogelijk van toepassing zijn, al maak ik daarbij de kanttekening dat het nog onvoldoende uitgekristalliseerd is of daadwerkelijk kan worden voldaan aan het merendeelcriterium, omdat niet volstrekt duidelijk is of de levering van energie aan derden valt onder de aan HVC opgedragen taken. Als dat niet het geval is, dan is niet voldaan aan de eis dat tenminste 80% van de omzet is behaald uit die taken.

Hoe dan ook, al met al zie ik geen reden om af te zien van het voornemen om de opdracht via een alleenrecht te verstrekken aan HVC en de opdracht dus niet Europees aan te besteden.

Met vriendelijke groet,

Stefan Dalmolen