

## **NOTITIE**

---

**datum** : 3 februari 2020

**aan** : Provincie Overijssel  
**t.a.v.** : De heer R. Jonkhans  
De heer A. Kamphuis  
De heer T. Nieuwenhuis

**uw ref.** :

**van** : Caroline Lagendijk en Paul Heijnsbroek, advocaten  
M: 06 - 24 46 50 69 | M: 06 - 43 55 01 16  
E: c.lagendijk@straatmankoster.nl | E: p.heijnsbroek@straatmankoster.nl

**onze ref.** : 02-1841

**betreft** : Aanbestedings-, staatssteun- en mededingingsrechtelijk advies i.v.m. realisatie en exploitatie zonne- en/of windpark

---

### **I - Inleiding en vraagstelling**

1. De Nederlandse regering heeft op 28 juni 2019 het Klimaatakkoord gepubliceerd. Hierin is de Nederlandse uitwerking van de in 2015 in Parijs gemaakte internationale klimaatafspraken opgenomen. In verband met het behalen van de doelen uit het Klimaatakkoord is Nederland opgedeeld in dertig regio's. Iedere regio dient een Regionale Energie Strategie ("**RES**") op te stellen.
2. Wegens het opstellen van de RES inventariseren de Regio Twente<sup>1</sup>, het waterschap Vechtstromen ("**Waterschap**") en de provincie Overijssel ("**Provincie**") thans de mogelijkheden om ieder voor zich tot de ontwikkeling<sup>2</sup>, realisatie<sup>3</sup> en exploitatie<sup>4</sup> van een zonne- en/of windpark op eigen grond te komen.<sup>5</sup> Met de exploitatie van het zonne- en/of windpark wordt beoogd hernieuwbare energie (elektriciteit) op te wekken en te verhandelen.

---

<sup>1</sup> De Regio Twente bestaat uit de gemeenten Almelo, Borne, Dinkelland, Enschede, Haaksbergen, Hellendoorn, Hengelo, Hof van Twente, Losser, Oldenzaal, Rijssen-Holten, Tubbergen, Twenterand en Wierden (hierna tezamen genoemd: "**Gemeenten**" én iedere gemeente afzonderlijk genoemd: "**Gemeente**"). De Gemeente(n), het Waterschap en de Provincie worden in het vervolg van deze notitie ieder afzonderlijk ook: "**Overheid**" en tezamen: "**Overheden**" genoemd.

<sup>2</sup> Onder de ontwikkeling van het zonne- en/of windpark verstaan wij in het kader van de onderhavige notitie het reken- en tekenwerk dat benodigd is voor de realisatie van het zonne- en/of windpark.

<sup>3</sup> Onder de realisatie van het zonne- en/of windpark verstaan wij in het kader van de onderhavige notitie de bouw van het zonne- en/of windpark en de aanleg van de daarbij behorende infrastructuur.

<sup>4</sup> Onder de exploitatie van het zonne- en/of windpark verstaan wij in het kader van de onderhavige notitie het uitbaten van het zonne- en/of windpark.

<sup>5</sup> Mochten de Overheden samen een zonne- en/of windpark wensen te ontwikkelen, realiseren en exploiteren dan vernemen wij dat graag.

# **Straatman Koster** advocaten

3. In het kader van de inventarisatie zijn de volgende drie scenario's onderscheiden:
1. de Overheid ontwikkelt, realiseert én exploiteert het zonne- en/of windpark zélf én schakelt waar nodig (een) derde(n) in;
  2. de Overheid geeft (een) derde(n), in de zin van één marktpartij óf een consortium van marktpartijen, de opdracht om het zonne- en/of windpark te ontwikkelen, realiseren én exploiteren; en
  3. de Overheid richt een entiteit op die het zonne- en/of windpark ontwikkelt, realiseert én exploiteert, waar nodig schakelt die entiteit (een) derde(n) in.
4. Met deze notitie wordt invulling gegeven aan de bij de Overheden bestaande behoefte om voor elk van de voornoemde scenario's op hoofdlijnen voorgelicht te worden over de aanbestedings-, mededingings- en staatssteunrechtelijke aspecten. Het verdient aanbeveling om, zodra voor een scenario is gekozen, aan de hand van de specifieke omstandigheden bij de desbetreffende Overheid de aanbestedings-, staatssteun- en mededingingsrechtelijke advisering nader te concretiseren.
5. Deze notitie is als volgt opgebouwd:

<b>I - Inleiding en vraagstelling:</b>	nr. 1 t/m 5, pag. 1- 2;
<b>II - Management samenvatting:</b>	nr. 6 - 7, pag. 3 - 4;
<b>III- Scenario's getoetst aan het juridisch kader:</b>	nr. 8 - 25, pag. 5 - 9; en
<b>IV - Bijlage: juridisch kader</b>	nr. 26 - 64, pag. 10 t/m 21.

# Straatman Koster advocaten

## II - Management samenvatting

6. De in het vervolg van deze notitie toegelichte en onderbouwde bevindingen kunnen als volgt in een matrix worden uitgedrukt:

Scenario	Aanbestedingsrecht	Staatssteunrecht	Wet Markt en Overheid
<b>Scenario 1 - Zélf ontwikkelen, realiseren én exploiteren mét inschakeling van (een) derde(n) waar nodig</b>	Naar alle waarschijnlijkheid opdrachten aan (een) derde(n) niet Europees aanbestedingsplichtig.  Wél op objectieve gronden motiveren op welke wijze opdrachten worden verleend en wie daarvoor in aanmerking komen.	Marktconforme vergoeding afspreken voor de aan (een) derde(n) te vergeven opdrachten.  Het Europees aanbesteden van opdrachten leidt doorgaans tot een marktconforme vergoeding.	Verkoop elektriciteit ten minste tegen integrale kosten.  Geen functievermenging met publiekrechtelijke bevoegdheden.
<b>Scenario 2 - (Een) consortium van derde(n) wordt opgedragen om het zonne- en/of windpark te ontwikkelen, realiseren én exploiteren</b>	Opdracht ontwikkelen, realiseren én exploiteren Europees aanbestedingsplichtig vanaf EUR 5.548.000,- ex BTW, per 2020 vanaf EUR 5.350.000,- ex BTW.	Het Europees aanbesteden van een opdracht leidt doorgaans tot een marktconforme vergoeding.	De Wet Markt en Overheid speelt geen rol.
<b>Scenario 3 - Er wordt een entiteit opgericht die - al dan niet in opdracht van de Overheid - het zonne- en/of windpark ontwikkelt, realiseert én exploiteert, waar nodig schakelt die entiteit (een) derde(n) in</b>	Opdrachten van Overheid aan entiteit naar alle waarschijnlijkheid niet Europees aanbestedingsplichtig vanwege beroep op <i>quasi</i> -inbesteding.  Geen opdrachten van Overheid aan entiteit, dan risico op transparantieverplichting voor kale gronduitgifte.  Opdrachten van entiteit aan (een) derde(n) naar alle waarschijnlijkheid niet Europees aanbestedingsplichtig.  Entiteit wél op objectieve gronden motiveren op welke wijze opdrachten worden verleend en wie daarvoor in aanmerking komen.  Verkleinen kans op bezwaren bij deze constructie door Europese aanbesteding opdrachten van entiteit.	Marktconforme vergoeding afspreken voor de aan de entiteit te vergeven opdrachten en gronduitgifte.	Overheid brengt entiteit ten minste integrale kosten in rekening, bijvoorbeeld in verband met het ter beschikking stellen van ambtenaren van de Overheid ten behoeve van de entiteit.  Marktconforme vergoeding tussen Overheid en entiteit wegens verbod bevoordeling entiteit door Overheid.  Geen functievermenging met publiekrechtelijke bevoegdheden.

7. Bij geen van de scenario's doen zich onoverkomelijke aanbestedings-, staatssteun- en mededingingsrechtelijke bezwaren voor. Afhankelijk van de specifieke wensen van én

# **Straatman Koster** advocaten

situatie bij de Overheden past het ene scenario beter dan het andere scenario, mits vormgegeven binnen de juridische randvoorwaarden uit deze notitie.

## **III - Scenario's getoetst aan het juridisch kader**

### *Scenario 1*

8. In het eerste scenario ontwikkelt, realiseert én exploiteert de Overheid het zonne- en/of windpark zélf. Het ligt niet in de rede dat de Overheid de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van het zonne- en/of windpark volledig *inhouse* en zonder opdrachtverlening aan (een) derde(n) tot stand kan brengen. De Overheid die er voor kiest om zélf te ontwikkelen, realiseren en exploiteren zal, naar alle waarschijnlijkheid, (een) derde(n) moeten inschakelen om daadwerkelijk tot de ontwikkeling, realisatie en/of exploitatie van het zonne- en/of windpark te kunnen komen. Op die situatie heeft scenario 1 betrekking.
9. Met de *exploitatie* van het te ontwikkelen en te realiseren zonne- en/of windpark wordt beoogd hernieuwbare energie (elektriciteit) op te wekken en te verhandelen. Die activiteit moet ons inziens worden aangemerkt als activiteit op het gebied van “groothandel, kleinhandel, opwekking óf productie van elektriciteit”, oftewel als “relevante activiteit” in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (“**Aw 2012**”).<sup>6</sup> Óók de opdrachten betreffende en verband houdende met de *ontwikkeling* en *realisatie* van het zonne- en/of windpark hebben ons inziens betrekking op die relevante activiteit.<sup>7</sup> Aangezien elk van de Overheden kwalificeren als “aanbestedende dienst”<sup>8</sup> én er sprake is van het uitoefenen van een activiteit die kwalificeert als een “relevante activiteit”, kan de Overheid die het zonne- en/of windpark zélf ontwikkelt, realiseert en exploiteert en ten behoeve daarvan opdrachten verstrekt, ons inziens in beginsel worden aangemerkt als “speciale sectorbedrijf”.
10. Naar wij aannemen zal de hernieuwbare energie rechtstreeks worden verkocht op de groothandelsmarkt. Volgens de Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”) is de “groothandel in elektriciteit” door de Europese Commissie (“**EC**”) gedefinieerd als: “*de elektriciteitsproductie door elektriciteitscentrales en de import van elektriciteit via interconnectoren bestemd voor het doorverkopen aan leveringsbedrijven, of in mindere mate, direct aan grote industriële eindgebruikers*”.<sup>9</sup> De productie en groothandel wordt door de EC onderscheiden van de productenmarkten voor: i) transmissie; ii) distributie; en iii) kleinhandel.<sup>10</sup> De kleinhandel heeft betrekking op de verkoop van elektriciteit aan de eindgebruiker.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Artikel 3.2 juncto artikel 3.3a Aw 2012.

<sup>7</sup> Zie zaak C-939/06 (*Aigner*): “57. Gepreciseerd moet worden dat overeenkomstig de rechtspraak van het Hof onder richtlijn 2004/17 de opdrachten vallen die worden geplaatst op het gebied van een van de in de artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn uitdrukkelijk bedoelde activiteiten alsmede de opdrachten die, ook al zijn zij van andere aard en zouden zij als zodanig dus normaalgesproken binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 kunnen vallen, dienen voor de uitoefening van de in richtlijn 2004/17 omschreven activiteiten [...]”

<sup>8</sup> Zie de definitie van “aanbestedende dienst” in artikel 1.1 Aw 2012.

<sup>9</sup> Zie het besluit van (toentertijd) de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 21 mei 2007, randnummer 18, zaak 6015 Nuon - Essent.

<sup>10</sup> In randnummer 13 van het Uitzonderingsbesluit is opgenomen: “*Volgens de eerdere zaak van de Commissie M.4110 E.ON/Endesa van 25 april 2006 kunnen in de elektriciteitssector de volgende relevante productmarkten worden onderscheiden: i) productie en groothandel; ii) transmissie; iii) distributie; en iv) kleinhandel. Hoewel sommige van deze markten nog verder kunnen worden opgedeeld, is het tot dusverre een gevestigde praktijk van de Commissie geweest om het onderscheid te verwerpen tussen een elektriciteitsproductiemarkt en een groothandelsleveringsmarkt aangezien*

# Straatman Koster advocaten

11. Op grond van het voorgaande menen wij dat zowel de *exploitatie* van het zonne- en/of windpark, als de opdrachten betreffende en verband houdende met de *ontwikkeling* en *realisatie* van het zonne- en/of windpark vallen onder het Uitvoeringsbesluit (EU) 2018/71 van de EC van 12 december 2017 tot vrijstelling van de productie en groothandelslevering van elektriciteit in Nederland van de toepassing van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (“**Uitzonderingsbesluit**”). De opwekking en groothandelslevering van elektriciteit uit *hernieuwbare* bronnen, zoals in het onderhavige geval aan de orde, valt expliciet onder het Uitzonderingsbesluit.<sup>12</sup>
12. Naar alle waarschijnlijkheid kwalificeren de Overheden ieder voor zich in voorkomend geval niet als “speciale sectorbedrijf” voor de opdrachten die worden verleend in verband met de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van het zonne- en/of windpark. Voor die opdrachten geldt in dát geval, uit hoofde van de Aw 2012, geen Europese aanbestedingsplicht.<sup>13</sup> Dit laat echter onverlet dat elk van de Overheden, vanwege hun kwalificatie als “aanbestedende dienst” ons inziens wél, conform artikel 1.4 Aw 2012, op objectieve gronden moet motiveren op welke wijze zij opdrachten verleent en wie daarvoor in aanmerking komen. Voor de motivering van de wijze van opdrachtverlening kan vermoedelijk worden volstaan met een verwijzing naar de toepasselijkheid van het Uitzonderingsbesluit. Voor de keuze voor een bepaalde opdrachtnemer is dan echter nog wel een aanvullende onderbouwing vereist.
- NB. 1:** Voor eventuele opdrachtverlening door de Overheid met het oog op *andere* (relevante) activiteiten, geldt wél een (Europese) aanbestedingsplicht.
13. Ook het staatssteunrecht speelt een rol wanneer de Overheid (een) derde(n) (een) opdracht(en) verleent/verlenen om daadwerkelijk tot de ontwikkeling, realisatie en/of exploitatie van het zonne- en/of windpark te kunnen komen. Die opdrachtverlening dient te geschieden tegen marktconforme voorwaarden. Immers, bij opdrachtverlening tegen niet-marktconforme voorwaarden verkrijg(t)(en) een derde(n) een voordeel in de zin van de staatssteunregels en kan sprake zijn van staatssteun. Normaal gesproken zal er geen sprake zijn van een niet-marktconform voordeel - en dus niet van staatssteun - als een

---

*opwekking als zodanig slechts een eerste stap is in de waardeketen, terwijl de opgewekte elektriciteitsvolumes via de groothandelsmarkt worden verhandeld.”*

<sup>11</sup> Zie het Uitvoeringsbesluit (EU) 2018/1134 van de EC van 5 juli 2018 betreffende de toepasselijkheid van artikel 34 van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad ten aanzien van opdrachten geplaatst voor bepaalde activiteiten die verband houden met de kleinhandelslevering van elektriciteit en aardgas in Tsjechië.

<sup>12</sup> Zie randnummer 23 van het Uitzonderingsbesluit, alwaar is opgenomen: “*Rekening houdend met de hierboven aangegeven bijzonderheden van de Nederlandse elektriciteitsmarkt wordt, met het oog op de beoordeling van de in artikel 34, lid 1, van Richtlijn 2014/25/EU neergelegde voorwaarden en onverlet de mededingingswetgeving, de relevante productmarkt hierbij gedefinieerd als de markt voor de opwekking en groothandelslevering van elektriciteit uit zowel conventionele als hernieuwbare bronnen.*”

<sup>13</sup> Zie artikel 2.12 lid 2 Aw 2012.

# **Straatman Koster** advocaten

opdracht Europees is aanbesteed.<sup>14</sup> Het (vrijwillig) Europees aanbesteden van opdrachten aan derden is daardoor doorgaans een goede manier om aan te tonen dat er geen staatssteun wordt verleend. Eventuele steun leidt mogelijk niet tot problemen wanneer gebruik kan worden gemaakt van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening (“**AGVV**”) en/of de de-minimisvrijstelling ad EUR 200.000,- aan een onderneming over drie jaar en daar nog ruimte voor is gelet op de SDE+ subsidie.

14. Met betrekking tot de Wet Markt en Overheid merken wij op dat uit hoofde van artikel 25i Mededingingswet (“**Mw**”) de Overheid de opgewekte elektriciteit uit hernieuwbare bronnen dient te verkopen tegen ten minste de integrale kosten. Daarnaast dient de Overheid er zorg voor te dragen dat er geen belangenverstremming ontstaat, bijvoorbeeld omdat ambtenaren van de Overheid betrokken zijn bij de vergunningverlening van het zonne- en/of windpark én tegelijkertijd betrokken zijn bij de ontwikkeling, realisatie en/of exploitatie daarvan. Wij gaan er van uit dat de Overheden geen gebruik zullen maken van niet-openbare gegevens waarover zij beschikken uit hoofde van de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden.

## *Scenario 2*

15. Bij het tweede scenario wordt door de Overheid aan (een) derde(n), in de zin van één marktpartij óf een consortium van marktpartijen, de opdracht voor de ontwikkeling, realisatie én exploitatie verleend. In dát scenario is er sprake van één geïntegreerde opdracht aan (een) derde(n) én exploiteert de Overheid niet zélf. Een dergelijke opdracht moet ons inziens worden aangemerkt als concessieopdracht voor werken.<sup>15</sup>
16. De Overheden kwalificeren in dit scenario niet als “speciale sectorbedrijf”. Immers, er wordt door hen geen “relevante activiteit” uitgeoefend. Dit betekent dat de Overheid zich, onder die omstandigheden, niet op het Uitzonderingsbesluit kan beroepen dat er bij scenario 1 voor zorgde dat opdracht(en) betreffende de ontwikkeling, realisatie én exploitatie van het zonne- en/of windpark naar alle waarschijnlijkheid niet Europees aanbestedingsplichtig is/zijn.
17. Elk van de overheden is in voorkomend geval gehouden de concessieopdracht Europees aan te besteden, indien de met de concessieopdracht gemoeide waarde de toepasselijke drempelwaarde ad EUR 5.548.000,- ex BTW overschrijdt. Met ingang van 1 januari 2020 is de toepasselijke drempelwaarde verlaagd naar een bedrag ad EUR 5.350.000,- ex BTW. Bij de raming van de waarde van een concessieopdracht moet worden uitgegaan van de omzet die de concessiehouder tijdens de looptijd daarvan kan behalen.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Zie de Mededeling van de EC betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“**Mededeling Staatssteun**”), randnummer 93.

<sup>15</sup> Zie artikel 1.1 Aw 2012.

<sup>16</sup> Zie artikel 2a.10 lid 2 Aw 2012.

# **Straatman Koster advocaten**

18. Een Europese aanbesteding leidt doorgaans tot marktconforme vergoedingen en daarmee tot de afwezigheid van staatssteun. Wij wijzen op randnummer 12 van de onderhavige notitie.
19. Bij dit scenario is er geen sprake van dat de Overheid commerciële activiteiten ontplooit. Om die reden speelt de Wet Markt en Overheid geen rol bij dit scenario.

## *Scenario 3*

20. In het derde scenario wordt er een entiteit opgericht die het zonne- en/of windpark ontwikkelt, realiseert en exploiteert. Bij dit scenario moet twee “subscenario’s” worden onderscheiden. In de eerste plaats het scenario waarbij de Overheid (een) opdracht(en) verstrekt aan de entiteit ter zake de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van het zonne- en/of windpark. In de tweede plaats het scenario dat er géén sprake is van opdrachtverlening van de Overheid aan de entiteit, maar de Overheid uitsluitend de grond ter beschikking stelt waarop de entiteit, zonder daartoe een opdracht van de Overheid voor te krijgen, een zonne- en/of windpark kan ontwikkelen, realiseren en/of exploiteren.
21. Een opdracht van de Overheid aan de entiteit is in beginsel aanbestedingsplichtig. Er bestaat echter een mogelijkheid om, indien er sprake is van opdrachtverlening van de Overheid aan de entiteit, die opdrachtverlening en entiteit zodanig vorm te geven en te laten functioneren dat die opdrachtverlening én de daarbij behorende afspraken ter zake het ter beschikking stellen van de grond waarop het zonne- en/of windpark dient te verrijzen, niet (Europees) aanbestedingsplichtig is. Die mogelijkheid wordt ook wel “*quasi*-inbesteding” genoemd en komt er op neer dat: i) de Overheid al dan niet tezamen met andere overheden, op eenzelfde wijze toezicht uitoefen(t)(en) op deze entiteit als op de eigen dienst(en); ii) de entiteit vóór de Overheid al dan niet tezamen met andere overheden activiteiten uitvoert én de omvang van die activiteiten zodanig (ten minste 80%) is dat het restant van de activiteiten uiterst beperkt (hoogstens 20%) is; én iii) er geen privé kapitaal betrokken is.
22. Op het moment dat er géén opdracht wordt verleend door de Overheid aan de entiteit én uitsluitend de grond ter beschikking wordt gesteld waarop de entiteit indien gewenst een zonne- en/of windpark kan ontwikkelen, realiseren en exploiteren, is sprake van een kale gronduitgifte. Een dergelijke gronduitgifte valt niet onder Aw 2012. Niettemin bestaat er een risico dat op de Overheid een transparantieverplichting rust uit hoofde van de algemene beginselen van behoorlijks bestuur, al is dat tot op heden nog niet in de jurisprudentie aangenomen. De kans op bezwaren in dit verband neemt ons inziens af naar mate de entiteit de met de ontwikkeling, realisatie en/of exploitatie gemoeide werkzaamheden (Europees) aanbesteedt. Ook verdient het aanbeveling dat de Overheid motiveert waarom voor de gronduitgifte aan de entiteit wordt gekozen en daar voorafgaand aan die uitgifte transparant over is.



# **Straatman Koster** advocaten

23. Voorkomen dient te worden dat de vergoeding voor de eventuele opdracht aan de entiteit en/of gronduitgifte niet marktconform is. Immers, alsdan krijgt de entiteit een voordeel in de zin van de staatssteunregels en kan sprake zijn van staatssteun. De marktconformiteit van de gronduitgifte kan worden aangetoond met een voorafgaande onafhankelijke taxatie. Eventuele steun leidt mogelijk niet tot problemen wanneer gebruik kan worden gemaakt van de AGVV en/of de de-minimisvrijstelling ad EUR 200.000,- aan een onderneming over drie jaar en daar nog ruimte voor is gelet op de SDE+ subsidie.
24. Met betrekking tot de Wet Markt en Overheid merken wij op dat wanneer de Overheid bijvoorbeeld ambtenaren ter beschikking stelt aan de entiteit, de Overheid tenminste de integrale kosten daarvoor in rekening dient te brengen uit hoofde van artikel 25i Mw. Voorts dient de Overheid, uit hoofde van artikel 25j Mw, te voorkomen dat de entiteit door haar wordt bevoordeeld.<sup>17</sup> Wanneer sprake is van marktconforme vergoedingen zal bevoordeling niet snel aan de orde zijn. Daarnaast dient de Overheid, conform artikel 25l Mw, er zorg voor te dragen dat er geen belangenverstremming ontstaat, bijvoorbeeld omdat ambtenaren van de Overheid betrokken zijn bij de vergunningverlening van het zonne- en/of windpark én tegelijkertijd betrokken zijn bij de ontwikkeling, realisatie en/of exploitatie van het zonne- en/of windpark. Wij gaan er van uit dat de Overheden geen gebruik zullen maken van niet-openbare gegevens waarover zij beschikken uit hoofde van de uitvoering van publiekrechtelijke bevoegdheden.
25. De entiteit zal waar nodig opdrachten aan derden verlenen voor de ontwikkeling, realisatie en exploitatie van het zonne- en/of windpark. Aangenomen moet worden dat de entiteit kwalificeert als “speciale-sectorbedrijf”, aangezien de Overheid die de entiteit opricht overheersende invloed zal uitoefenen op de entiteit. Voor de opdrachten die de entiteit verleent, geldt naar alle waarschijnlijkheid, uit hoofde van de Aw 2012, geen Europese aanbestedingsplicht (zie randnummer 11). Aangezien de entiteit mogelijk tevens kwalificeert als “aanbestedende dienst” bestaat het risico dat de entiteit wél, conform artikel 1.4 Aw 2012, op objectieve gronden moet motiveren op welke wijze zij opdrachten verleent en wie daarvoor in aanmerking komen. Voor de motivering van de wijze van opdrachtverlening kan vermoedelijk worden volstaan met een verwijzing naar de toepasselijkheid van het Uitzonderingsbesluit. Voor de keuze voor een bepaalde opdrachtnemer is dan echter nog wel een aanvullende onderbouwing vereist.

**NB. 2:** Voor eventuele opdrachtverlening door de entiteit met het oog op *andere* relevante activiteiten, geldt wél een (Europese) aanbestedingsplicht en mogelijk ook voor opdrachtverlening voor overige activiteiten.

---

<sup>17</sup> We gaan er van uit dat de Overheid bij de entiteit is betrokken op de wijze zoals opgenomen in artikel 25g lid 1 Mw.

## IV - Bijlage: juridisch kader

26. In het hiernavolgende schetsen wij het juridisch kader dat in acht moet worden genomen bij beantwoording van de vraag óf en zo ja op welke wijze het aanbestedings-, staatssteun- én mededingingsrecht, in de zin van de Wet Markt en Overheid, een rol speelt bij de drie onderscheiden scenario's. Dit juridisch kader vormt de basis voor de onderbouwing van hetgeen in de matrix is opgenomen én waaraan de scenario's zijn getoetst.

### **Aanbestedingsrecht**

27. Het Europese aanbestedingsrecht is vastgelegd in de richtlijnen 2014/23/EU<sup>18</sup>, 2014/24/EU<sup>19</sup> en 2014/25/EU<sup>20</sup> en in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd in Aw 2012. De Aw 2012 schrijft voor dat aanbestedende diensten én speciale sectorbedrijven hun overheids-, speciale sector- én/of concessieopdrachten Europees moeten aanbesteden, indien de geraamde waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt.<sup>21</sup>

### **Subjectieve werkingssfeer Aw 2012**

#### *Aanbestedende diensten*

28. De Aw 2012 richt zich tot "aanbestedende diensten", waartoe, aldus artikel 1.1 Aw 2012, moeten worden gerekend:

*"de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling, dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen;" (Onderstreping advocaten)*

29. Van een publiekrechtelijke instelling is sprake indien wordt voldaan aan de volgende definitie van artikel 1.1 Aw 2012:

*"Een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:*

---

<sup>18</sup> Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten. Deze richtlijn is geïmplementeerd in deel 2a van de Aw 2012.

<sup>19</sup> Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG. Deze richtlijn is geïmplementeerd in deel 2 van de Aw 2012.

<sup>20</sup> Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG. Deze richtlijn is geïmplementeerd in deel 3 van de Aw 2012.

<sup>21</sup> De drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten is bepaald op EUR 221.000,- ex BTW en voor werken op EUR 5.548.000,- ex BTW. De drempelwaarde voor speciale sectoropdrachten voor leveringen en diensten is bepaald op EUR 443.000,- ex BTW en voor werken op EUR 5.548.000,- ex BTW. De drempelwaarde voor concessieopdrachten is bepaald op EUR 5.548.000,- ex BTW. Deze drempelwaarden gelden tot en met 31 december 2019 waarna ze worden herzien. Naar het zich laat aanzien worden de drempelwaarden met ingang van 1 januari 2020 verlaagd naar EUR 214.000 ex BTW voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten, EUR 5.350.000,- ex BTW voor overheidsopdrachten voor werken. De drempelwaarde voor speciale sectoropdrachten voor leveringen en diensten wordt vermoedelijk verlaagd naar EUR 428.000,- ex BTW en voor werken naar EUR 5.350.000,- ex BTW. De drempelwaarde voor concessieopdrachten wordt naar alle waarschijnlijkheid verlaagd naar EUR 5.350.000,- ex BTW.

# Straatman Koster advocaten

- 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;" (Onderstreping advocaten)

## Speciale sectorbedrijven

30. Daarnaast richt de Aw 2012 zich tot "speciale sectorbedrijven". De definitie van "speciale sectorbedrijf" is eveneens opgenomen in artikel 1.1 van de Aw 2012 en luidt:

- a. een aanbestedende dienst,
  - b. een overheidsbedrijf,
  - c. een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend,
- voorzover die dienst, dat bedrijf of die instelling een activiteit uitoefent als bedoeld in de artikelen 3.1 tot en met 3.6, tenzij de desbetreffende activiteit op grond van artikel 3.21 is uitgezonderd;" (Onderstreping advocaten)

31. De activiteiten als bedoeld in de artikelen 3.1 tot en met 3.6, zoals opgenomen in de definitie van "speciale sectorbedrijf", worden aangeduid als zogenaamde "relevante activiteiten". In artikel 3.2 lid 1 van de Aw 2012 is als "relevante activiteit" omschreven:

- "1 Het bepaalde bij of krachtens deel 3 van deze wet is van toepassing op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten met het oog op:*
- a. het beschikbaar stellen of exploiteren van vaste netten, bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van elektriciteit;
  - b. de elektriciteitstoevoer naar netten als bedoeld in onderdeel a."

32. In artikel 3.3a Aw 2012 is opgenomen:

*"Onder de toevoer van gas, warmte, elektriciteit of water naar vaste netten voor openbare dienstverlening als bedoeld in de artikelen 3.1, 3.2 en 3.3 wordt zowel de groothandel en kleinhandel hierin als de opwekking of productie daarvan begrepen met uitzondering van de winning van gas."*

## Uitzondering speciale sectorbedrijf

33. Indien een activiteit is uitgezonderd op grond van artikel 3.21 Aw 2012, dan geldt dat de entiteit die een opdracht voor c.q. in verband met die uitgezonderde activiteit verleent niet wordt aangemerkt als "speciale sectorbedrijf". Alsdan rust er op die entiteit geen Europese aanbestedingsplicht voor de opdrachten die worden verleend voor c.q. in verband met die uitgezonderde activiteit.

34. Naar aanleiding van een verzoek op grond van artikel 3.21 Aw 2012 is op 12 december 2017 door de EC besloten<sup>22</sup> dat richtlijn 2014/25/EU niet van toepassing is op opdrachten die door

<sup>22</sup> Uitvoeringsbesluit (EU) 2018/71 van de EC van 12 december 2017 tot vrijstelling van de productie en groothandelslevering van elektriciteit in Nederland van de toepassing van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG.

# Straatman Koster advocaten

speciale sectorbedrijven worden geplaatst om de productie en groothandelslevering van elektriciteit in Nederland mogelijk te maken.

35. In dit verband is ook artikel 2.12 lid 2 Aw 2012 relevant. Dit artikel voorkomt dat wanneer een entiteit vanwege de uitzonderingsgrond van artikel 3.21 Aw 2012 niet kwalificeert als “speciale sectorbedrijf” vanwege haar kwalificatie als “aanbestedende dienst” tóch aanbestedingsplichtig is voor de opdrachten die worden verleend voor c.q. in verband met die uitgezonderde activiteit. Artikel 2.12 lid 2 Aw 2012 luidt:

*“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 opdrachten van een aanbestedende dienst die op grond van de artikelen 3.21, 3.23, 3.29 of 3.30 zijn uitgezonderd van de toepasselijkheid van deel 3.”*

36. Ondanks dat een entiteit vanwege de uitzonderingsgrond van artikel 3.21 Aw 2012 niet kwalificeert als “speciale sectorbedrijf” en vanwege artikel 2.12 Aw 2012 opdrachten die worden verleend voor c.q. in verband met die uitgezonderde activiteit niet hoeft aan te besteden, geldt voor een aanbestedende dienst wél afdeling 1.2.1 Aw 2012. In het van die afdeling deel uitmakende artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven op basis van objectieve criteria moeten motiveren op welke wijze zij opdrachten verlenen en wie daarvoor in aanmerking komt/komen. Hoe aan deze verplichting invulling moet worden gegeven in gevallen waarin een uitzondering van toepassing is, is nog onduidelijk en is naar ons weten nog niet aan een rechter voorgelegd. Artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 luidt:

*“1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:*

- a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;*
- b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.”*

## Objectieve werkingssfeer Aw 2012

### Overheidsopdrachten

37. Opdrachten van aanbestedende diensten moeten worden aangemerkt als “overheidsopdracht”, wanneer zij voldoen aan de volgende definitie uit artikel 1.1 Aw 2012:

**“Overheidsopdracht:** een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst;

**Overheidsopdracht voor diensten:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken;

**Overheidsopdracht voor leveringen:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer leveranciers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten of
- de levering van producten en die slechts zijdelings betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering;

**Overheidsopdracht voor werken:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

# Straatman Koster advocaten

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk,
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk.” (Onderstreping advocaten)

38. Van een overeenkomst onder bezwarende titel is sprake wanneer een aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Een dergelijke prestatie moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Dit rechtstreeks economisch belang kan verschillende vormen aannemen, zonder dat de prestatie noodzakelijkerwijs hoeft te bestaan uit het verkrijgen van een materieel of fysiek voorwerp.<sup>23</sup>
39. Het staat een aanbestedende dienst vrij om de aard en omvang van een overheidsopdracht af te bakenen. De vormgeving van de overheidsopdracht dient niet te zijn ingegeven door de wens een overheidsopdracht aan de Europese aanbestedingsplicht te onttrekken. Artikel 2.14 lid 1 Aw 2012 verwoordt dit als volgt:

*“1. De aanbestedende dienst splitst de voorgenomen overheidsopdracht [...] niet met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deze wet.”* ([weglating] advocaten)

## Speciale sectoropdrachten

40. Er is sprake van een “speciale sectoropdracht” in de volgende gevallen, aldus artikel 1.1 Aw 2012. De onderstaande definities betreffende speciale sectoropdrachten zijn vergelijkbaar met de definities die betrekking hebben op overheidsopdrachten, met als verschil dat speciale sectoropdrachten worden verstrekt door speciale sectorbedrijven:

**“Speciale-sectoropdracht:** een speciale-sectoropdracht voor werken, een speciale-sectoropdracht voor leveringen, een speciale-sectoropdracht voor diensten of een raamovereenkomst;

**Speciale-sectoropdracht voor diensten:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder speciale-sectoropdracht voor werken;

**Speciale-sectoropdracht voor leveringen:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer leveranciers en een of meer speciale-sectorbedrijven is gesloten en die betrekking heeft op:

- a. de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten of
- b. de levering van producten en die slechts zijdelings betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering;

**Speciale-sectoropdracht voor werken:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer aannemers en een of meer speciale-sectorbedrijven is gesloten en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I van richtlijn 2014/25/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk of
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van het speciale-sectorbedrijf dat een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk.” (Onderstreping advocaten)

41. Via de band van artikel 3.11 Aw 2012 is artikel 2.14 Aw 2012 van overeenkomstige toepassing verklaard op speciale sectorbedrijven die speciale sectoropdrachten vergeven. Ook bij de vormgeving van een speciale sectoropdracht door een speciale sectorbedrijf geldt

<sup>23</sup> Zie zaak C-451/08 (*Helmut Müller*), rechtsoverweging 48 - 49 én 55 tot en met 62.

# Straatman Koster advocaten

dat die niet mag zijn ingegeven door de wens om de speciale sectoropdracht aan de Europese aanbestedingsplicht te onttrekken.

## Concessieopdrachten

42. Naast overheidsopdrachten en speciale sectoropdrachten vallen ook zogenaamde “concessieopdrachten” onder de objectieve werkingssfeer van de Aw 2012. Kenmerkend voor een concessieopdracht ten opzichte van een overheidsopdracht en speciale sectoropdracht is dat het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de dienst of het werk geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder.<sup>24</sup> De definitie van “concessieopdracht (voor diensten/werken)” luidt, aldus artikel 1.1 Aw 2012:

**“Concessieopdracht: een concessieopdracht voor diensten of een concessieopdracht voor werken;**  
**Concessieopdracht voor diensten:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling;  
**Concessieopdracht voor werken:** een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op:  
a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een in bijlage I van richtlijn 2014/23/EU aangewezen activiteit, of  
b. een werk dan wel het verwezenlijken, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die een beslissende invloed uitoefenen op het soort werk of op het ontwerp van het werk,  
waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk dat het voorwerp van de opdracht vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.”

## Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht

43. In het kader van de onderstaande notitie zijn de artikelen 2.24a en 2.24b Aw 2012, betreffende “geïnstitutionaliseerde samenwerking”, van belang.

### *Geïnstitutionaliseerde samenwerking (al dan niet met gezamenlijk toezicht)*

44. De artikelen 2.24a én 2.24b Aw 2012 hebben betrekking op de uitzondering van “quasi-inhouse opdrachtverlening”, ook wel “geïnstitutionaliseerde samenwerking (al dan niet met gezamenlijk toezicht)” én “quasi-inbesteding” genoemd. Deze uitzonderingsgrond is ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJEU”) in de jurisprudentie<sup>25</sup> en is in de voornoemde artikelen gecodificeerd. In de kern komt deze uitzondering er op neer dat een aanbestedende dienst een overheidsopdracht onderhands aan een andere rechtspersoon kan vergeven, wanneer de aanbestedende dienst (al dan niet tezamen met andere aanbestedende diensten) op die rechtspersoon op eenzelfde wijze toezicht uitoefent

<sup>24</sup> Zie zaak C-274/09 (*Privater Rettungsdienst*).

<sup>25</sup> Zie zaak C-107/98 (*Teckal*), zaak C-26/03 (*Stadt Halle*), zaak C-340/04 (*Carbotermo*), zaak C-295/05 (*Asemfo/Tragsa*) en zaak C-324/07 (*Coditel*).

# Straatman Koster advocaten

als op zijn eigen diensten. Dit geldt ook voor concessieopdrachten, zie de schakelbepaling van artikel 2a.25 Aw 2012.

## 45. Artikel 2.24a lid 1 Aw 2012 (“geïstitutionaliseerde samenwerking”) luidt:

- “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 door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund, indien:*
- a. de aanbestedende dienst op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten of indien een andere rechtspersoon dan de aanbestedende dienst op die rechtspersoon toezicht uitoefent, waarbij de aanbestedende dienst toezicht houdt op de andere rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten,*
  - b. meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en*
  - c. er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.”* (Onderstreping advocaten)

## 46. Artikel 2.24b lid 1 Aw 2012 (“geïstitutionaliseerde samenwerking met gezamenlijk toezicht”) luidt:

- “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 door een aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund, indien:*
- a. de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten,*
  - b. meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering van taken behelst die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten of door andere, door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen, en*
  - c. er geen directe participatie van privékapitaal is in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van vormen van participatie van privékapitaal die geen controle of blokkerende macht inhouden, die vereist zijn krachtens nationale regelgeving welke verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon.”* (Onderstreping advocaten)

## 47. Teneinde gebruik te kunnen maken van de uitzondering van *quasi*-inbesteding (al dan niet met gezamenlijk toezicht), dient aldus te zijn voldaan aan de volgende voorwaarden: i) de aanbestedende dienst oefent (al dan niet tezamen met andere aanbestedende diensten) toezicht uit op de gecontroleerde rechtspersoon, zoals op de eigen diensten (“**Toezichtcriterium**”); ii) de gecontroleerde rechtspersoon verricht meer dan 80% van de werkzaamheden ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende dienst(en) (“**Merendeelcriterium**”); en iii) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.

### *Toezichtcriterium*

## 48. Volgens lid 3 van artikel 2.24a Aw 2012 wordt een aanbestedende dienst geacht op een rechtspersoon toezicht uit te oefenen zoals op zijn eigen diensten, wanneer zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed wordt uitgeoefend. Volgens artikel 2.24b lid 2 Aw 2012 worden aanbestedende diensten geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit

# **Straatman Koster** advocaten

te oefenen indien de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen, deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon én de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

## *Merendeelcriterium*

49. Waar het bij het Merendeelcriterium om gaat is dat de entiteit die onderhands via de *quasi*-inbestedingsconstructie een overheidsopdracht gegund krijgt, slechts in zeer beperkte mate concurreert met andere ondernemingen. De ratio hierachter is dat een onderhands gegunde opdracht via de *quasi*-inbestedingsconstructie een voordeel behelst. Dat voordeel valt alleen te accepteren wanneer elke andere activiteit marginaal is. Wanneer dat niet het geval zou zijn, dan zou de eerlijke mededinging, vanwege het verstrekte voordeel, immers geweld aan worden gedaan. Dát beoogt de aanbestedingsregelgeving nu juist te voorkomen.<sup>26</sup>
50. In artikel 2.24b lid 3 Aw 2012 wordt voor wat betreft het bij het Merendeelcriterium genoemde percentage van 80% van de activiteiten, dat betrekking heeft op taken die de “bevoordeelde” entiteit toegewezen heeft gekregen door de controlerende entiteit, verwezen naar artikel 2.24a lid 4 en lid 5 Aw 2012. Aldaar staat:

- “4. Het percentage, genoemd in het eerste lid, onderdeel b, wordt bepaald op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken, over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.*
- 5. Indien de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf als bedoeld in het vierde lid, over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is in verband met de datum van oprichting of aanvang van de bedrijfsactiviteiten van die rechtspersoon of aanbestedende dienst of in verband met een reorganisatie van zijn activiteiten, kan door middel van bedrijfsprognoses worden aangetoond dat de bereiking van de activiteit aannemelijk is.” (Onderstreping advocaten)*

---

<sup>26</sup> Zie zaak C-340/04 (*Carbotermo*): “60. Het vereiste dat de betrokken persoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor het overheidslichaam dat hem controleert of de overheidslichamen die hem controleren, heeft inzonderheid tot doel te waarborgen dat richtlijn 93/36 van toepassing blijft ingeval een door een of meer overheidslichamen gecontroleerde onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren.

61. Een onderneming verliest immers niet noodzakelijk haar handelingsvrijheid vanwege het enkele feit dat het overheidslichaam dat haar controleert toezicht uitoefent op de beslissingen die haar aangaan, indien zij althans een belangrijk deel van haar economische activiteit voor andere marktdeelnemers kan uitoefenen.

62. Daarnaast is dus nog vereist dat deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden uitsluitend voor dit lichaam verricht. Binnen deze grenzen lijkt het gerechtvaardigd dat de dwingende bepalingen van richtlijn 93/36, die bedoeld zijn ter bescherming van de mededinging, op deze onderneming niet van toepassing zijn, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.

63. Onder toepassing van deze beginselen kan de betrokken onderneming slechts worden geacht het merendeel van haar werkzaamheden te verrichten voor het lichaam dat haar controleert, in de zin van het reeds aangehaalde arrest Teckal, wanneer de activiteit van deze onderneming zich hoofdzakelijk toespit op dit lichaam en elke andere activiteit marginaal is.”



# Straatman Koster advocaten

51. Daarnaast is van belang ten behoeve van wie de activiteit wordt uitgevoerd. Dit betreft goed beschouwd de vraag naar de samenstelling van de omzet. Het HvJEU overweegt in dit verband in de *Carbotermo* zaak<sup>27</sup>:

*“69. In dit verband heeft het Hof gepreciseerd dat de betrokken rechtens onderscheiden persoon het merendeel van zijn werkzaamheden moet verrichten voor „het lichaam of de lichamen die hem beheersen” (arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50). Het Hof heeft dus rekening gehouden met de mogelijkheid dat de bedoelde uitzondering niet alleen toepassing kan vinden wanneer één enkel lichaam een dergelijke rechtspersoon controleert, maar ook ingeval meerdere lichamen hem controleren.*

*70. Indien meerdere lichamen een onderneming controleren, kan aan de voorwaarde betreffende het merendeel van haar activiteiten worden voldaan wanneer deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht, niet noodzakelijk voor het ene of het andere van de bedoelde lichamen, maar voor al deze lichamen in hun geheel beschouwd.*

*71. In het geval dat een onderneming door meerdere lichamen wordt gecontroleerd, dient dus rekening te worden gehouden met de activiteit die zij verricht voor al deze lichamen tezamen.” (Onderstreping advocaten)*

52. Bij de berekening van het percentage moet, aldus de hiervoor geciteerde zaak, rekening worden gehouden met de activiteit(en) die door de gecontroleerde entiteit wordt/worden verricht voor controlerende entiteiten tezamen. Het gaat er om dat: i) de activiteiten door de gecontroleerde rechtspersoon worden uitgevoerd vóór de controlerende entiteiten; en ii) de omvang van die activiteiten zodanig (ten minste 80%) is dat het restant van de activiteiten uiterst beperkt (hoogstens 20%) is.

## *Directe participatie privékapitaal*

53. De ratio achter de voorwaarde dat er géén privékapitaal betrokken mag zijn, indien een beroep wordt gedaan op de *quasi*-inbestedingsconstructie, is dát voorkomen moet worden dat particuliere ondernemers, via hun deelname in een gecontroleerde entiteit, worden bevoordeeld ten opzichte van hun concurrenten.<sup>28</sup>

## *Inbesteden*

54. Zodra een aanbestedende dienst met (een) eigen onderde(e)l(en)/afdeling(en) werken uitvoert en/of leveringen en/of diensten verricht, geldt dat géén sprake is van een

<sup>27</sup> Zaak C-340/04 (*Carbotermo*).

<sup>28</sup> Met betrekking tot de participatie van privékapitaal is in overweging 32 van richtlijn 2014/24/EU het volgende opgenomen: “[...] Deze uitzondering geldt niet voor situaties waarin sprake is van directe participatie door een particuliere ondernemer in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon. Bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededingingsprocedure zou de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon dan namelijk onrechtmatig voordeel verkrijgen ten opzichte van zijn concurrenten. Gelet op de specifieke kenmerken van overheidsorganen met verplicht lidmaatschap, zoals organisaties die belast zijn met het beheer of de uitvoering van bepaalde openbare diensten, is het bovenstaande niet van toepassing in gevallen waarin de deelname van bepaalde particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon verplicht is gesteld krachtens nationale wet- en regelgeving die in overeenstemming is met de verdragen, mits die deelneming geen controle of blokkerende macht oplevert en geen beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de gecontroleerde rechtspersoon. Voorts moet worden verduidelijkt dat alleen de directe participatie van particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon het beslissende element is. Wanneer derhalve sprake is van participatie door particuliere ondernemers in het kapitaal van de controlerende aanbestedende dienst(en), betekent dit niet dat geen overheidsopdrachten kunnen worden gegund aan de gecontroleerde rechtspersoon zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn, aangezien die participaties de concurrentie tussen particuliere ondernemingen niet negatief beïnvloeden. [...]” (Onderstreping advocaten)

# **Straatman Koster advocaten**

overheidsopdracht. Redengevend daarvoor is dat alsdan een opdracht in eigen beheer wordt uitgevoerd en er geen overeenkomst tot stand komt tussen een aanbestedende dienst en een (rechts)persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Op deze “*inhouse*”-opdrachtverlening is het aanbestedingsrecht niet van toepassing. Zie in dit verband de *Teckal* zaak.<sup>29</sup> Het HvJEU overwoog:

*“49. Wat het bestaan van een overeenkomst betreft, moet de nationale rechter nagaan, of er een overeenkomst is gesloten tussen twee afzonderlijke personen.*

*50. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 93/36 volstaat daartoe in beginsel, dat de overeenkomst is gesloten tussen een territoriaal lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is. Dit zou slechts anders zijn wanneer het territoriale lichaam op de betrokken persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.*

*51. Mitsdien moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord, dat richtlijn 93/36 van toepassing is wanneer een aanbestedende dienst, zoals een territoriaal lichaam, een schriftelijke overeenkomst ten bezwarende titel over de levering van goederen wenst te sluiten met een lichaam dat formeel van haar onderscheiden is en zelfstandig beslissingen kan nemen, ongeacht of dat lichaam zelf een aanbestedende dienst is.” (Onderstreping advocaten)*

## **Staatssteunverbod en relevante uitzonderingen**

55. Het verbod tot het verlenen van staatssteun is opgenomen in lid 1 van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dit artikellid luidt:

*“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”*

56. Op het staatssteunverbod gelden diverse uitzonderingen, waaronder een uitzondering die betrekking heeft op hernieuwbare energie. In de AGVV is het volgende met betrekking tot hernieuwbare energie in de considerans opgenomen:

*“(60) Om de Uniedoelstellingen inzake hernieuwbare energie te bereiken [...] en, voor zover aanvullende steun nodig is bovenop een reguleringskader zoals het emissiehandelssysteem van de Unie (EU-ETS) [...], dient steun voor investeringen ten behoeve van energie uit hernieuwbare energiebronnen onder de groepsvrijstelling te vallen.*

*(61) Gezien de beperkte verstoringen van het handelsverkeer en de mededinging, dient de groepsvrijstelling, onder duidelijk omschreven voorwaarden, ook te gelden voor exploitatiesteun aan kleinschalige installaties die hernieuwbare energie produceren. Exploitatiesteun voor grootschaligere installaties dient onder de groepsvrijstelling te vallen wanneer de concurrentievervalsingen beperkt blijven. Daarom kan dit soort exploitatiesteun een groepsvrijstelling krijgen wanneer deze wordt toegekend voor nieuwe en innovatieve technologieën indien de steun wordt toegekend via een concurrerende biedprocedure die ten minste voor één van dit soort technologieën open staat en gebruikmaakt van een mechanisme waarmee producenten van hernieuwbare energie aan marktprijzen worden blootgesteld. De totale steun die op deze grondslag wordt toegekend, mag niet worden toegekend voor meer dan 5 % van het geplande nieuwe elektrische vermogen uit hernieuwbare energiebronnen. Steun die wordt toegekend via biedprocedures die open staan voor alle technologieën voor hernieuwbare energie, dienen volledig onder de groepsvrijstelling te vallen. Regelingen inzake exploitatiesteun dienen in beginsel open te staan voor andere EVA-Staten en Verdragsluitende Partijen bij de Energiegemeenschap, zodat de versturende effecten in hun geheel beperkt blijven. Lidstaten worden aangemoedigd te overwegen een samenwerkingsmechanisme op te zetten voordat grensoverschrijdende steun wordt toegestaan. Zonder een samenwerkingsmechanisme zal de productie van installaties in andere landen niet meetellen voor hun nationale doelstelling inzake hernieuwbare energie. Gezien deze restricties dienen lidstaten voldoende aanlooptijd te krijgen om geschikte steunregelingen uit te werken die open staan voor andere landen. Daarom is dit soort openstelling geen voorwaarde voor vrijstelling van de verplichting tot aanmelding, aangezien deze niet vereist is op grond van het Verdrag.”(Onderstreping advocaten)*

---

<sup>29</sup> Zie zaak C-107/98 (*Teckal*).

57. In de AGVV is opgenomen dat investerings- en exploitatiesteun ter bevordering van energie uit hernieuwbare energiebronnen niet onverenigbaar met de interne markt, wanneer wordt voldaan aan diverse voorwaarden. Zo is ter zake de exploitatiesteun in artikel 4 lid 1 sub v van de AGVV opgenomen dat de AGVV niet van toepassing is op exploitatiesteun boven een bepaald bedrag:

*“1. Deze verordening is niet van toepassing op steun die de volgende drempels overschrijdt:*

*[...]*

*v. voor exploitatiesteun ten behoeve van de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en exploitatiesteun ter bevordering van energie uit hernieuwbare energiebronnen in kleinschalige installaties: 15 miljoen EUR per onderneming per project. Wanneer de steun wordt toegekend via een concurrerende biedprocedure op grond van artikel 42: 150 miljoen EUR per jaar, rekening houdende met het gecombineerde budget van alle onder artikel 42 vallende regelingen;” (Onderstreping advocaten)*

58. Daarnaast is er de zogenaamde “de-minimis verordening”.<sup>30</sup> Op basis van de de-minimis-verordening kunnen decentrale overheden aan een onderneming steun verlenen die onder een bedrag ad EUR 200.000,- over drie jaar blijft. Steun van een dergelijke omvang wordt geacht een beperkt effect te hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten. Om die reden beïnvloedt de-minimissteun het handelsverkeer tussen de lidstaten niet én wordt niet voldaan aan één van de voorwaarden van het staatsteunverbod.
59. Voorts is de Mededeling Staatssteun relevant.<sup>31</sup> In randnummer 103 schrijft de EC:

*“[...]. In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemene aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende.”*

## Mededingingsrecht: Wet Markt en Overheid

60. Overheden die commerciële activiteiten ontplooiën kunnen daarbij concurreren met private ondernemingen. De Wet Markt en Overheid, die in de artikelen 25g tot en met 25ma Mw is opgenomen, bevat een viertal geboden/verboden die ten doel hebben om zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden c.q. overheidsondernemingen én private ondernemingen te creëren.

### *Gebod doorberekenen integrale kosten*

61. In artikel 25i lid 1 Mw is het gebod opgenomen dat een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat productie of die dienst in rekening moet brengen. Het artikel luidt in zijn geheel:

<sup>30</sup> Verordening (EU) nr. 1407/2013 van de EC van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun.

<sup>31</sup> 2016/C 262/01.

# Straatman Koster advocaten

- “1. Een bestuursorgaan dat economische activiteiten verricht, brengt de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening.*
2. Het eerste lid is niet van toepassing:
  - a. indien de economische activiteiten strekken ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 25a, onder c, respectievelijk b, en reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen;
  - b. indien de economische activiteiten inhouden het verstrekken van gegevens die het bestuursorgaan heeft verkregen in het kader van de uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden of het verstrekken van gegevensbestanden die uit de genoemde gegevens zijn samengesteld;
  - c. op economische activiteiten die worden verricht door een onderneming die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover op deze activiteiten artikel 5 van die wet van toepassing is.
3. Bij de vaststelling van de integrale kosten, bedoeld in het eerste lid, wordt voor de financiering met vreemd vermogen en met eigen vermogen voor zover dat redelijkerwijs aan de economische activiteiten kan worden toegerekend, een bedrag in aanmerking genomen dat niet lager is dan de lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen.
4. Op verzoek van de Autoriteit Consument en Markt toont een bestuursorgaan aan dat het heeft voldaan aan de in het eerste lid bedoelde verplichting.” (Onderstreping advocaten)

## Bevoordelingsverbod

62. In artikel 25j lid 1 Mw is het verbod opgenomen dat een bestuursorgaan een overheidsbedrijf waarbij het is betrokken niet bevoordeelt boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf concurreert. Het artikel luidt in zijn geheel:

- “1. Een bestuursorgaan bevoordeelt niet een overheidsbedrijf, waarbij hij in de zin van artikel 25g, eerste lid, is betrokken, boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt en kent evenmin een dergelijk overheidsbedrijf anderszins voordelen toe die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is.*
2. Als bevoordeling als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval ook aangemerkt:
  - a. het toestaan van het gebruik door het overheidsbedrijf van de naam en het beeldmerk van de publiekrechtelijke rechtspersoon van het bestuursorgaan op een wijze waardoor verwarring bij het publiek is te duchten over de herkomst van goederen en diensten;
  - b. het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.
3. Het eerste lid is niet van toepassing:
  - a. indien de bevoordeling verband houdt met economische activiteiten ter uitoefening van een bijzonder of uitsluitend recht in de zin van artikel 25a, onder c, respectievelijk b, en reeds voorschriften gelden omtrent de voor de desbetreffende activiteiten in rekening te brengen prijzen;
  - b. indien naar het oordeel van het bestuursorgaan de bevoordeling kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 87, eerste lid, van het Verdrag;
  - c. op economische activiteiten die worden verricht door een onderneming die belast is met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening, voor zover op deze activiteiten artikel 5 van die wet van toepassing is.”

## Gebruik en ter beschikking stelling gegevens

63. Artikel 25k Mw schrijft voor dat een bestuursorgaan de gegevens waarover wordt beschikt niet mag gebruiken in het kader van de economische activiteiten, tenzij die gegevens ook ter beschikking staan aan andere ondernemingen. Het artikel luidt:

*“Een bestuursorgaan gebruikt gegevens die hij heeft verkregen in het kader van de uitvoering van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden alleen voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van de publiekrechtelijke bevoegdheden, indien deze gegevens ook aan derden beschikbaar kunnen worden gesteld.”*

## Voorkomen functievermenging

64. Tot slot is in artikel 25l Mw opgenomen dat er geen sprake mag zijn van functievermenging, in die zin dat niet dezelfde personen betrokken mogen zijn bij de uitoefening van de

# **Straatman Koster** advocaten

publiekrechtelijke bevoegdheden van het bestuursorgaan die betrekking hebben op de door het bestuursorgaan uit te voeren economische activiteit. Het artikel luidt:

*“Indien een bestuursorgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent ten aanzien van economische activiteiten die door hetzelfde of een ander bestuursorgaan van de desbetreffende publiekrechtelijke rechtspersoon worden verricht, wordt voorkomen dat dezelfde personen betrokken kunnen zijn bij zowel de uitoefening van de bevoegdheid als bij het verrichten van de economische activiteiten.”*

**\*\*\***