

Samenwerking op basis van de Wet gemeenschappelijke regelingen



1. Inleiding¹

In dit artikel wordt onderzocht of publiek-private samenwerking (hierna: PPS) op publiekrechtelijke grondslag in de vorm van een gemeenschappelijke regeling (hierna: GR), voor een (private) marktpartij een goed alternatief zou kunnen zijn voor samenwerking op privaatrechtelijke grondslag.

Geconcludeerd moet worden dat een publiek-private samenwerking in de vorm van een GR weliswaar voordelen kan bieden boven samenwerking op een privaatrechtelijke basis, maar dat die voordelen niet opwegen tegen de nadelen daarvan.

De nadelen betreffen vooral de formele vereisten en beperkingen verbonden met een GR als publiekrechtelijke vorm van samenwerking. Een ander nadeel is de voorzichtige conclusie dat een GR (Europees) aanbestedingsplichtig is en de selectie van een marktpartij als partner in de GR waarschijnlijk eveneens (Europees) moet worden aanbesteed.

Niettemin leek het interessant om te onderzoeken of publiek-private samenwerking in de vorm van een GR voordelen zou kunnen opleveren boven een bij PPS meer gebruikelijke samenwerking op privaatrechtelijke grondslag.

2. Publiekrechtelijke en/of privaatrechtelijke samenwerking

Decentrale overheden zoals provincies, gemeenten en waterschappen werken vaak samen ter uitoefening van een gemeenschappelijk, openbaar belang. Zij kunnen hiervoor gebruikmaken van de publiekrechtelijke weg of van de privaatrechtelijke weg.

Daarnaast werken overheden ook vaak samen met private partijen. In dat geval gaat het om publiek-private samenwerking. Ook dan kunnen partijen gebruikmaken van publiekrechtelijke of van privaatrechtelijke vormen van samenwerking.

De samenwerking kan de vorm hebben van een privaatrechtelijke overeenkomst *sec*, een privaatrechtelijke overeenkomst uitgewerkt in een bedrijfsmatige structuur zoals bijvoorbeeld een CV/BV-constructie of een publiekrechtelijke overeenkomst gebaseerd op een wet zoals een

gemeenschappelijke regeling gebaseerd op de Wet gemeenschappelijke regelingen.

Overheden werken meer samen in de vorm van privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden dan in de vorm van een gemeenschappelijke regeling. Dit is opvallend, omdat artikel 160 lid 2 Gemeentewet (Gemw) en artikel 158 lid 2 Provinciewet (Provw) de voorkeur geven aan publiekrechtelijke samenwerking.²

Op grond van artikel 160 lid 1 onder e Gemw kan B&W besluiten om met een of meer andere gemeente(n) een privaatrechtelijke rechtshandeling in de vorm van een overeenkomst aan te gaan. B&W kan ook besluiten om ter uitvoering van deze (samenwerkings)overeenkomst een privaatrechtelijke rechtspersoon zoals een NV, BV, stichting of vereniging op te richten of daarin deel te nemen.

Onder verwijzing naar artikel 160 lid 2 Gemw kan dit besluit echter 'slechts' worden genomen, 'indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Een vergelijkbare regeling bestaat voor provincies in de vorm van artikel 158 lid 2 Provw.

Uit meergenoemde artikelen blijkt het beginsel dat openbare belangen langs publiekrechtelijke weg moeten worden behartigd vanwege – kort gezegd – de democratische besluitvorming, waarborgen, controle en openbaarheid die met het oog op een goede behartiging van het algemeen belang zijn opgenomen.³

Redenen waarom overheden in de praktijk vaker kiezen voor samenwerking langs privaatrechtelijke weg zijn: slagvaardigheid, flexibiliteit en het democratisch gehalte van de samenwerking.⁴ Andere redenen zijn onbekendheid met de mogelijkheden van de Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr)⁵ en het ontbreken van professionele begeleiding door een notaris zoals die er wel is in het rechtspersonenrecht.⁶

Knelpunten die samenhangen met de Wgr zijn daarnaast dat veel gemeenschappelijke regelingen niet meer voldoen aan de eisen die de Wgr stelt, bijvoorbeeld onjuiste bevoegdheidsoverdrachten, de complexiteit van de Wgr, een gebrek aan kennis over de Wgr bij decentrale overhe-

* Mr. O. Laan is advocaat bij Endtz & Co advocaten.

1. Met dank aan mr. G.T. 't Hart van Houthoff Buruma voor zijn suggesties met betrekking tot de aanbestedingsrechtelijke aspecten.

2. R.J.H.M. de Greef, *Gst.* 2008, 7303, p. 510.

3. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 008, nr. 5, p. 3 (NV bij de Wijzigingswet).

4. D.H. de Vries, 'De WGR per 1 januari 2006', *Gst.* 2006, 132.

5. Werkgroep Van Gils, *Privaatrechtelijke taakbehartiging door decentrale overheden: Oprichten van en deelnemen in privaatrechtelijke rechtspersonen door provincies, gemeenten en waterschappen*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006, p. 28-30 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 50).

6. S.E. Zijlstra, J.A.F. Peters & T.J. van der Ploeg, *Samenwerking door en met de overheid in privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsvormen*, Amsterdam/Tilburg: BZK 2006, p. 39 en p. 54.

den en juristen en het feit dat de Wgr niet goed aansluit bij de wetgeving waarmee zij verband houdt.⁷

2.1. Tweewegenleer

Zijn (decentrale) overheden, mede onder verwijzing naar het voorgaande, wel vrij om te kiezen voor een privaatrechtelijke vorm van samenwerking of niet?

Indien de desbetreffende publiekrechtelijke regeling aangeeft dat in casu van een privaatrechtelijke bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt, rijst de vraag of de publiekrechtelijke regeling door het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheid op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.⁸ Dit vraagstuk staat ook wel bekend als de tweewegenleer of de doorkruisingsleer.⁹

In de praktijk blijkt dat (decentrale) overheden zich deze vraag meestal niet stellen indien het gaat om de keuze voor een privaatrechtelijke of een publiekrechtelijke vorm van samenwerking.¹⁰ Zij gaan ervan uit dat de Wgr en de Gemw (en Provw) erin voorzien dat gemeenten en provincies ook langs privaatrechtelijke weg met elkaar mogen samenwerken.

3. Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr)

De Wet gemeenschappelijke regelingen (Wgr) is een kaderwet en een vorm van verlengd lokaal bestuur.¹¹

Volgens de Hoge Raad is een gemeenschappelijke regeling een meerzijdige rechtshandeling¹² die wordt gekwalificeerd als publiekrechtelijke overeenkomst.¹³ Zij biedt mogelijkheden tot samenwerking tussen openbare lichamen, zoals gemeenten, waterschappen en provincies ter behartiging van een of meer belangen van die gemeenten.¹⁴

De gemeenschappelijke regeling kan bestaan uit een enkele (samenwerkings)overeenkomst (artikel 1 Wgr), een openbaar lichaam (artikel 8 lid 1 Wgr), een gemeenschappelijk orgaan (artikel 8 lid 2 Wgr) of een centrum-gemeente-constructie (artikel 8 lid 3 Wgr). Een openbaar lichaam als bedoeld in artikel 8 lid 1 Wgr heeft rechtspersoonlijkheid.

De Wgr maakt een onderscheid tussen vrijwillige en verplichte vormen van samenwerking.

3.1. Vrijwillige samenwerking

Het uitgangspunt is dat samenwerking tussen gemeenten geschiedt op basis van vrijwilligheid. De Wgr verplicht hen daartoe niet, getuige het gebruik van het woord 'kunnen' in artikel 1 Wgr. Gemeenten zijn dus vrij om te bepalen met wie ze willen samenwerken, hoe ze willen samenwerken en welk belang de samenwerking beoogt te behartigen.

Een uitzondering op dit beginsel van contractsvrijheid vormt hoofdstuk XI Wgr (Wgr-plusregio's). In het kader

van dit artikel zal hierop niet nader inhoudelijk worden ingegaan.

3.2. Verplichte samenwerking

Op grond van artikel 99 Wgr kunnen gedeputeerde staten (hierna: GS) gemeenten aanwijzen om een gemeenschappelijke regeling te treffen indien een zwaarwegend belang dit vereist. Indien de desbetreffende gemeenten geen gehoor geven aan deze aanwijzing, kan GS de gemeenschappelijke regeling opleggen op grond van het bepaalde in artikel 100 Wgr.

Daarnaast kan het Rijk GS vragen om een aanwijzing te geven op grond van artikel 102 Wgr. Indien GS dit verzoek niet uitvoert, wordt bij koninklijk besluit een gemeenschappelijke regeling opgelegd overeenkomstig deze aanwijzing als bedoeld in artikel 103 Wgr.

3.3. Het verschil tussen verplichte en vrijwillige samenwerking op basis van de Wgr

Het verschil tussen verplichte en vrijwillige samenwerking op basis van de Wgr heeft geen betrekking op de naleving van besluiten van het bestuur van het samenwerkingsverband, maar in geval van een Wgr-plusregio op de formele vaststelling van het gebied waarbinnen een bijzondere vorm van samenwerking moet plaatsvinden, op de aanduiding van terreinen waarop de desbetreffende gemeenten meerverplichtend moeten samenwerken en de mogelijkheid tot toevoeging van taken en/of middelen aan het samenwerkingsverband door Rijk en provincie.¹⁵

3.4. Kenmerken Wgr

Vier belangrijke kenmerken van de Wgr zijn:

- organisatie van en financiële verhoudingen tussen het samenwerkingsverband en de deelnemende (decentrale) overheden;
- openbaarheid en openheid van gemeenschappelijke regelingen;
- structurele voorziening in de samenwerking voor het bestuur rond de grote steden (plusregio's);
- monistische verhoudingen binnen de gemeenschappelijke regeling.

Ad a. Organisatie van en financiële verhoudingen binnen de gemeenschappelijke regeling

De bestuurlijke verhoudingen die op grond van de Wgr worden vastgelegd zijn de samenstelling van het bestuur (artikel 12-15 Wgr), informatie en verantwoording (artikel 16-19 Wgr) en een omschrijving van de belangen waarvoor wordt samengewerkt en de bevoegdheden die de deelnemers aan het samenwerkingsverband willen overdragen (artikel 10 Wgr).

7. M.C. de Voogd & F.H.K. Theissen, *Herziening van de WGR: Resultaten van de expertmeetings*, Utrecht: Berenschot 2007, p. 5.

8. A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid: wanneer mag de overheid gebruikmaken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren 2005-4*, p. 2.

9. HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393; *AB* 1990, 408 (*Staat/Windmill*).

10. D.H. de Vries, t.a.p., p. 518.

11. Een kaderwet is een wet die de algemene principes, verantwoordelijkheden en procedures regelt, maar die geen gedetailleerde regels bevat. Een kaderwet bevat een raamwerk – de kaders – waarbinnen er gedetailleerde voorschriften kunnen worden uitgevaardigd.

12. HR 23 juni 1989, *NJ* 1991, 673 (*GCN/Nieuwegein*).

13. H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De publiekrechtelijke overeenkomst op de juridische korrel', in: *Bestuursrecht aan de horizon* (Van Wijnbergen-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 53 e.v.

14. Artikel 1 Wgr.

15. J.H. Mensen, *Wet gemeenschappelijke regelingen* (Lexplicatie), Deventer: Kluwer 2009, p. 14.

Het bestuur van een openbaar lichaam bestaat uit een algemeen bestuur, een dagelijks bestuur en een voorzitter. Door het algemeen bestuur kunnen net als bij gemeenten en provincies commissies worden ingesteld voor advies (artikel 24 Wgr) en voor de behartiging van bepaalde belangen (artikel 25 Wgr). Voor het kunnen instellen van laatstgenoemde commissies is vereist dat de gemeenschappelijke regeling in de mogelijkheid daarvan voorziet. Indien het gaat om een gemeenschappelijke regeling die een openbaar lichaam instelt of een gemeenschappelijk orgaan, is op grond van artikel 35 Wgr goedkeuring van GS vereist. Die goedkeuring kan alleen worden onthouden wegens strijd met het recht of met het algemeen belang.

Artikel 8 lid 3 Wgr voorziet in de mogelijkheid van de overdracht van bevoegdheden van bestuursorganen of ambtenaren aan bestuursorganen of ambtenaren van aan de gemeenschappelijke regeling deelnemende gemeenten, met uitzondering van bepaalde gemeentelijke heffingen en belastingen zoals precariorechten (artikel 30 lid 1 Wgr).

Ad b. Openheid en openbaarheid

Het uitgangspunt van gezamenlijk besturen door middel van een gemeenschappelijke regeling is dat de vergaderingen van het algemeen bestuur, net als de vergaderingen van gemeenteraden en provinciale staten, openbaar zijn. Daarnaast moeten alle gemeenschappelijke regelingen op grond van artikel 27 Wgr worden opgenomen in openbare registers die zowel door de provincie als door elke deelnemer moeten worden bijgehouden.

Ad c. Plusregio's (hoofdstuk XI Wgr)

Hoofdstuk XI Wgr maakt een bijzondere vorm van (verplichte) samenwerking mogelijk voor de gebieden rond de grote steden met betrekking tot intergemeentelijke en/of provinciale samenwerking als het gaat om de afstemming van de behoefte aan woningen, werk, mobiliteit en recreatie in het stedelijk gebied.

Op grond van het bepaalde in artikel 104-123 Wgr kan een openbaar lichaam worden ingesteld waaraan bij wet taken op voornoemde gebieden worden toegekend.

Ad d. Monistische verhoudingen binnen de gemeenschappelijke regeling

In tegenstelling tot de verplichte dualisering tussen gemeenteraad en B&W als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet dualisering gemeentebestuur op 7 maart 2002, heeft de wetgever afgezien van (verplichte) dualisering binnen een gemeenschappelijke regeling.

Volgens de wetgever zou de eigen positie van het samenwerkingsverband en de eigen positie van de organen binnen het samenwerkingsverband met een vergaande dualisering te veel worden benadrukt, hetgeen zich niet goed verdraagt met de gedachte van verlengd lokaal bestuur die ten grondslag ligt aan de Wgr.

Daarnaast zou de dualisering van bevoegdheden niet in zijn geheel op dezelfde wijze kunnen plaatsvinden als bij de gemeenten als het gaat om de uitvoering van bestuurlijke bevoegdheden en taken.¹⁶

De wetgever achtte het risico van het ontstaan van een rolverwarring bij bestuurders van intergemeentelijke samenwerkingsverbanden door de monistische verhoudingen binnen een gemeenschappelijke regeling afgezet tegen de dualistische verhoudingen binnen een gemeente, klein. Volgens de wetgever nemen leden van het gemeentebestuur ook deel aan besturen van privaatrechtelijke organisaties zonder op dat punt problemen te ondervinden. Indien een gemeenschappelijke regeling (mede) is getroffen door gemeenteraden, bestaat het bestuur uit raadsleden en wethouders die per deelnemende gemeente worden aangewezen. Dit geldt ook bij een gemeenschappelijke regeling getroffen door B&W. Een uitsluitend door burgemeesters getroffen gemeenschappelijke regeling leidt echter steeds tot een door burgemeesters gevormd algemeen bestuur.

4. Publiek-private samenwerking op grond van de Wgr

Op grond van artikel 93 jo. 96 Wgr biedt deze wet openbare lichamen de mogelijkheid voor samenwerking tussen openbare lichamen en een of meer andere rechtspersonen dan openbare lichamen.

4.1. Machtiging Kroon

Een voorwaarde voor toetreding tot de GR door een private rechtspersoon is het hebben verkregen van een machtiging van de Kroon.

Het besluit omtrent machtiging van de Kroon is te beschouwen als een beschikking in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb. In de praktijk zal de Kroon erop letten of de marktpartij, alvorens te beslissen over het verzoek tot machtiging, door de overige deelnemers aan de GR is toegelaten.

Onder de oude Wgr zijn ongeveer veertig privaatrechtelijke rechtspersonen gemachtigd om deel te nemen aan een GR met gemeenten. In de meeste gevallen betrof het instellingen die een algemeen belang dienden, zoals kruisverenigingen, onderwijsinstellingen, gasbedrijven en ziekenhuizen.¹⁷

Het lastige is echter dat de criteria op grond waarvan de Kroon besluit om wel of geen machtiging te verstrekken aan een privaatrechtelijke rechtspersoon voor deelname aan een GR niet op voorhand duidelijk zijn. Een ander lastig punt is dat de Kroon steeds de mogelijkheid heeft om de machtiging in te trekken. Bovendien heeft de administratieve rechter in geval van een weigering van de machtiging weinig houvast, omdat de Wgr geen inhoudelijke criteria geeft voor toetsing door de Kroon.¹⁸

5. Voordelen en nadelen van de Wgr als publiek-private samenwerkingsvorm

5.1. Voordelen

Publiek-private samenwerking in de vorm van een gemeenschappelijke regeling is met name aantrekkelijk als het gaat om een PPS tussen twee of meer gemeenten, omdat het veelal gaat om een locatie die op het grondge-

16. J.H. Mensen, t.a.p., p. 17.

17. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Praktijkboek Gemeenschappelijke Regelingen* (losbl.), 3/79, III art. 93-3.

18. H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Publiek-private samenwerking op bestuursrechtelijke grondslag', *BR* 1990, p. 675.

bied ligt van de betrokken gemeenten of waarbij de belangen van andere gemeenten zijn gemoeid.

Een voordeel van een gemeenschappelijke regeling als samenwerkingsvorm is dat het in te stellen openbaar lichaam beschikt over rechtspersoonlijkheid en daardoor zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen.

Een ander voordeel is dat het zelfstandig begrotingsrecht van de GR de meer onafhankelijke positie van het openbaar lichaam ondersteunt.¹⁹

Daarnaast kan publieke besluitvorming slagvaardiger plaatsvinden doordat publiekrechtelijke bevoegdheden kunnen worden overgedragen en het nemen van publiekrechtelijke besluiten beter kan worden gecoördineerd. Anders gezegd, een GR is geschikt voor het concentreren van besluitvorming in gevallen waarin meerdere overheden bij het project zijn betrokken.²⁰

Voorbeelden hiervan zijn het laten afhandelen van alle vergunningen en planologische bevoegdheden (zoals onteigening, vestiging WVGem) door dezelfde functionarissen.

5.2. Nadelen

Naast de hiervoor geschetste onduidelijkheden rondom het al dan niet verkrijgen van een machtiging van de Kroon, is een nadeel dat het openbaar lichaam geen bestemmingsplan kan vaststellen of daarvan vrijstelling kan verlenen. Het besluit van het algemeen bestuur van het openbaar lichaam 'Exploitatiemaatschappij Bedrijvenpark Drachten' tot het vaststellen van een bestemmingsplan werd vernietigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).²¹

De Afdeling was van oordeel dat bij de vaststelling van een bestemmingsplan een objectieve afweging van alle bij het bestemmingsplan betrokken belangen dient plaats te vinden. De min of meer eenzijdige taakstelling van het algemeen bestuur van de Exploitatiemaatschappij Bedrijvenpark Drachten bood daarvoor onvoldoende waarborgen, zodat het desbetreffende bestemmingsplan in strijd met artikel 10 WRO (oud) werd geoordeeld.

Het is niet duidelijk welke de gevolgen zijn van deze uitspraak voor de uitoefening van overige publiekrechtelijke bevoegdheden door een openbaar lichaam.

Een ander nadeel voor marktpartijen betreffen de zogenaamde 'verboden handelingen' ex artikel 20 Wgr. Dit betreffen verboden handelingen voor leden van het bestuur van het openbaar lichaam, waarbij een lid direct noch indirect betrokken mag zijn. Dergelijke verboden handelingen betreffen onder meer het aannemen van werk, het doen van leveranties en het buiten dienstbetrekking tegen beloning doen van verrichtingen ten behoeve van het openbaar lichaam.

Op grond van het bepaalde in artikel 20 lid 2 Wgr kunnen GS ontheffing verlenen, maar of deze werkwijze voor de praktijk voldoende praktisch, snel en efficiënt zal zijn is de vraag.

6. Aanbestedingsrechtelijke aspecten Wgr

Met betrekking tot mogelijke aanbestedingsrechtelijke aspecten in relatie tot een GR, onderscheid ik de volgende vier vragen:

- a. Is een GR die volledig bestaat uit publieke partijen (Europees) aanbestedingsplichtig of niet?
- b. Is een GR bestaande uit publieke en marktpartijen (Europees) aanbestedingsplichtig of niet?
- c. Is de selectie van een marktpartij door een GR (Europees) aanbestedingsplichtig of niet?
- d. Valt een opdracht die aan de GR wordt gegeven onder de uitzonderingsgrond 'uitsluitend recht of quasi-inhouse inbesteden'?

Ad a. Aanbestedingsrechtelijke aspecten van een publieke GR

Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao)²² dient als uitgangspunt voor de vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Een opdracht aan een derde dient te worden aanbesteed op basis van het Bao indien:

- a. er sprake is van een aanbestedende dienst;²³
- b. er sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht²⁴ die onder de werkingssfeer van het Bao valt; en
- c. de overheidsopdracht de toepasselijke drempelwaarde²⁵ overschrijdt.

Het is dus de vraag of een GR (zelfstandig) kwalificeert als aanbestedende dienst.

In het Bao worden als aanbestedende dienst gekwalificeerd: 'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen'.²⁶ De GR wordt derhalve in het Bao niet expliciet genoemd als zijnde een aanbestedende dienst. Teneinde onder het toepassingsbereik van het Bao te vallen, dient de GR te kwalificeren als een publiekrechtelijke instelling. Indien geen openbaar lichaam wordt ingesteld – en de GR om die reden geen eigen rechtspersoonlijkheid heeft – is naar verwachting sprake van een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten (namelijk de aan de GR deelnemende overheden) zodat de GR uit dien hoofde kan worden aangemerkt als aanbestedende dienst.

In Richtlijn nr. 2004/18/EG is een lijst opgenomen met de instellingen die door 'Nederland' als publiekrechtelijke

19. A.G. Bregman, 'Juridisch-bestuurlijke aspecten van publiek-private samenwerking', in: *Bouwwrecht Monografie* nr. 10, Deventer: Kluwer 1990, p. 148 e.v.

20. A.G. Bregman, t.a.p., p. 132.

21. ABRvS 21 januari 1997, *BR* 1997, p. 329, m.nt. H.J. de Vries.

22. Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures van het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Stb.* 2005, 408.

23. Artikel 1 onder r Bao.

24. Artikel 1 onder h-k Bao.

25. Artikel 7 Bao.

26. Artikel 1 onder r Bao.

instellingen worden gekwalificeerd.²⁷ Nederland kan deze lijst zelf aanpassen wanneer vast komt te staan dat een bepaalde instelling als publiekrechtelijke instelling kan worden gekwalificeerd. Gemeenschappelijke regelingen op basis van de Wgr worden – in zijn algemeenheid – niet in deze lijst genoemd. De lijst is echter niet limitatief en bovendien verouderd.²⁸ Of een GR kan worden gekwalificeerd als een publiekrechtelijke instelling – en daarmee als aanbestedende dienst in de zin van het Bao – dient daarom aan de hand van de onderstaande criteria te worden beoordeeld.²⁹

Een publiekrechtelijke instelling is een instelling:

- a. die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard;
- b. die rechtspersoonlijkheid bezit; en
- c. waarvan:
 1. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd; of
 2. het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling; of
 3. de leden van het bestuur, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Indien aan een van de drie criteria (a, b of c) niet wordt voldaan, is geen sprake van een publiekrechtelijke instelling. De beoordeling van de criteria dient te geschieden op basis van de feiten en omstandigheden van elk afzonderlijk geval. Daarbij is het algemene uitgangspunt een functionele beoordeling.³⁰

De criteria zijn in de jurisprudentie veelvuldig aan de orde geweest.

Ad onderdeel a.

- Het dient te gaan om behoeften waarin de publieke partijen om redenen van algemeen belang ‘normaal gesproken’ zelf willen voorzien of ten minste een beslissende invloed willen houden.³¹
- Van industriële en commerciële aard is sprake wanneer de GR onder normale marktomstandigheden actief is en werkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, winst nastreeft en zelf het economische risico van zijn activiteiten draagt.³² Sterke concurrentie kan een aanwijzing zijn dat het niet gaat om een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is.

- Indien de GR eenmaal als publiekrechtelijke instelling aan te merken is, verliest zij het predicaat ‘aangebestedende dienst’ niet wanneer zij zich met commerciële activiteiten gaat bezighouden zolang tevens wordt voorzien in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is.³³

Of een GR voldoet aan criterium a. zal dus afhangen van de specifieke activiteiten waarvoor de GR is opgericht. Een GR wordt conform de Wgr opgericht ter behartiging van een of meer bepaalde belangen van de deelnemende publieke partijen. In het algemeen zal het gaan om activiteiten die een publiek belang dienen. Dergelijke activiteiten zullen meestal niet door de GR onder normale marktomstandigheden worden uitgevoerd. Daarnaast zal een GR doorgaans geen werkzaamheden uitvoeren op een bedrijfsmatige wijze met een winst oogmerk. Een GR zal waarschijnlijk voldoen aan dit criterium.

Ad onderdeel b.

De GR is in geval van oprichting van een openbaar lichaam een rechtspersoon en voldoet daarmee aan dit criterium.

Ad onderdeel c.

- Voor de GR zal geen sprake zijn van overheidsfinanciering in de hier bedoelde zin indien voor de te ontvangen gelden een concrete tegenprestatie wordt geleverd.³⁴
- Er is sprake van financiering in hoofdzaak indien de totale inkomsten van de GR voor meer dan de helft worden aangemerkt als financiering door een overheid.³⁵
- Bij het toezicht op het beheer is van belang of de decentrale overheid via het door haar uitgeoefende toezicht het inkoopbeleid en de inkoopbeslissingen van de instelling kan beïnvloeden.³⁶ Maatgevend is of uit het toezicht een afhankelijkheid voortvloeit die tot reële/beslissende beïnvloeding leidt, waarbij controle achteraf of oppervlakkig toezicht op het beheer onvoldoende wordt geacht.³⁷

Indien één van voornoemde subcriteria wordt vervuld, is reeds voldaan aan criterium c.

Een GR heeft in de regel voldoende financiële en/of organisatorische banden met de overheid. Op grond van artikel 13 Wgr worden bovendien meer dan de helft van de leden van het bestuur door de (achterliggende) publieke partijen aangewezen. Daarmee is voldaan aan ten minste een van de elementen van criterium c., hetgeen volstaat om het criterium vervuld te achten.

Mijns inziens voldoet een GR doorgaans aan de in het Bao gestelde criteria voor een publiekrechtelijke instelling

27. Artikel 1 lid 9 jo. Bijlage III Richtlijn nr. 2004/18/EG jo. artikel 78 lid 2 Bao.

28. Artikel 1 lid 9 Richtlijn nr. 2004/18/EG.

29. Artikel 1 onder q Bao.

30. HvJ EG 15 mei 2003, nr. C-214/00 (*Commissie/Spanje*) en HvJ EG 16 oktober 2003, nr. C-283/00 (*Commissie/Spanje*).

31. HvJ EG 16 december 2006, nr. C-393/06 (*Aigner*).

32. HvJ EG 10 mei 2001, gevoegde zaken nr. C-223/99 en C-260/99 (*Agora*).

33. HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-44/96 (*Mannesman Austria*) en HvJ EG 10 november 1998, nr. C-360/96 (*Arnhem/BFI*).

34. HvJ EG 3 oktober 2000, nr. C-380/98 (*University of Cambridge*) en HR 1 juni 2007, BR 2007, 213.

35. HvJ EG 3 oktober 2000, nr. C-380/98 (*University of Cambridge*) en HvJ EG 13 december 2007, nr. C-337/06 (*Bayerischer Rundfunk*).

36. HvJ EG 1 februari 2001, nr. C-237/99 (*Commissie/Frankrijk*) en Hof Arnhem 18 november 2008, LJN BG4586.

37. HvJ EG 27 februari 2003, nr. C-373/00 (*Truly*).

of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten en is daarmee zelf te kwalificeren als een aanbestedende dienst.

Ad b. Aanbestedingsrechtelijke aspecten van een publiek-private GR

Ook bij een publiek-private GR met rechtspersoonlijkheid dient aan de hand van de criteria voor een publiekrechtelijke instelling te worden beoordeeld of een PPS kan worden gekwalificeerd als een aanbestedende dienst. Hiervoor dienen dezelfde criteria en aanknopingspunten uit de jurisprudentie te worden gebruikt.³⁸

Of een PPS te kwalificeren is als een publiekrechtelijke instelling/aanbestedende dienst zal dus afhangen van de concrete inrichting van de PPS.

Ad c. Selectie marktpartij door GR aanbestedingsplichtig?

Het uitgangspunt bij de vraag of de selectie van de private partij (Europees) dient te worden aanbesteed, is dezelfde als bij een traditionele contractsvorm. Vastgesteld moet daarom worden of de keuze voor de private partij in de PPS gepaard gaat met het toevertrouwen van taken die als een aanbestedingsplichtige opdracht kunnen worden gekwalificeerd. Met name zal snel sprake kunnen zijn van het toevertrouwen van bepaalde diensten aan de private partij die binnen de PPS worden uitgevoerd.³⁹ Indien die diensten voldoen aan de eisen voor een aanbestedingsplichtige dienstenopdracht, impliceert de keuze van de private partner in de PPS de verlening van overheidsopdracht en dient derhalve (Europees) te worden aanbesteed.⁴⁰

Daarnaast kan de private partij in de PPS (of de PPS zelf) bijvoorbeeld ook de realisatie (van een deel) van een (gebiedsontwikkelings)project op zich nemen.

Indien in dat geval de realisatie van het desbetreffende project kwalificeert als een opdracht voor werken, moeten beide opdrachten – dienst (lees: ontwikkelwerkzaamheden) en de uitvoering van de bouwkundige werkzaamheden – in hun geheel worden aanbesteed.⁴¹

Bij de keuze voor de private partner in een PPS, ook indien het gaat om een PPS in de vorm van een GR, dient nauwkeurig te worden nagegaan of de keuze niet gepaard gaat met de vergeving van een opdracht die onder de werking van het Bao valt. Daar zal veelal sprake van zijn, omdat het uitvoeren van dergelijke opdrachten deelname voor de private partij juist zo aantrekkelijk maakt.

Ad d. Inbesteding bij een GR

Aanbestedende diensten mogen onderhands opdrachten verlenen aan entiteiten die rechtens van hen zijn onderscheiden, indien de aanbestedende dienst.⁴²

- toezicht uitoefent op de betreffende entiteit als op zijn eigen diensten; en

- die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de betreffende aanbestedende dienst.

Deelname van privaat kapitaal (ook een geringe deelname) in een dergelijke entiteit sluit een beroep op inbesteding echter volledig uit.⁴³ Voor een publiek-private GR is een beroep op inbesteding daardoor niet mogelijk.

6.1. Uitsluitend recht

Een uitsluitend recht als bedoeld in artikel 17 Bao geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een opdracht onderhands te gunnen aan een andere aanbestedende dienst, zoals een GR. Voorwaarde voor een dergelijk uitsluitend recht is dat het verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Gunning van een uitsluitend recht aan een private partij zonder voorafgaande oproep tot mededinging is evenwel in strijd met het VWEU.⁴⁴ Gelet op de functionele uitleg die wordt gegeven aan het Europese aanbestedingsrecht en de omstandigheid dat deelname van een private partij aan een PPS reeds onder de werking van het aanbestedingsrecht is gebracht, indien die private partij of de PPS waarin hij deelneemt opdrachten gaat uitvoeren die normaliter hadden behoren te worden aanbesteed, is zeer aannemelijk dat verlening van een uitsluitend recht aan een publiek-private GR in strijd wordt geacht met het Bao. Bij een publiek-publieke GR is het verlenen van een uitsluitend recht onder omstandigheden mijns inziens wel mogelijk.

7. Conclusie

In PPS-verband lijkt een afzonderlijk openbaar lichaam in de vorm van een GR met name geschikt vanwege het concentreren en coördineren van besluitvorming bij een project waarbij meerdere overheden zijn betrokken.

Voor het (doen) uitvoeren van een PPS met een winstoogmerk en/of met deelname van marktpartijen, lijkt een GR minder voor de hand te liggen dan het veel gebruikte privaatrechtelijke alternatief van de CV/BV-constructie. Redenen hiervoor zijn met name de onzekerheid rondom (het verkrijgen van) een machtiging van de Kroon voor participatie van een marktpartij en de verboden handelingen van artikel 20 Wgr, die een praktische en succesvolle uitvoering van de PPS in de weg kunnen staan.

Aanbestedingsrechtelijke aspecten met betrekking tot de realisatie van het werk en de selectie van (een) marktpartij(en) vormen mijns inziens geen extra nadeel. Dergelijke aanbestedingsrechtelijke aspecten spelen immers evenzeer een rol bij het uitvoeren van een PPS in een andere structuur dan een GR. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat samenwerking in de vorm van een GR geen rechtvaardiging is om het aanbestedingsrecht buiten toepassing te laten.

38. Artikel 1 onder q Bao.

39. Bijvoorbeeld het begeleiden van de aanbestedingsprocedure of andere adviesdiensten.

40. Interpretatieve Mededeling van de Commissie, 5 februari 2008, C (2007) 6661, p. 6 en HvJ EG 15 oktober 2009, nr. C-196/08 (*Acoset*). Afhankelijk van de soort diensten, A- of B-diensten, zal een zwaarder of lichter aanbestedingsregiem gelden; zie artikel 20 en 21 Bao.

41. HvJ EG 15 oktober 2009, nr. C-196/08 (*Acoset*).

42. HvJ EG 18 november 1999, nr. C-107/98 (*Teckal*).

43. HvJ EG 11 januari 2005, nr. C-26/03 (*Stadt Halle*).

44. HvJ EG 13 oktober 2005, nr. C-458/03 (*Parking Brixen*).