

Advies

voor Ministerie SZW, Directie WBJA
van Kantoor landsadvocaat
datum 24 oktober 2024
inzake Advies quasi-inhouse inzake stichting Inlichtingenbureau
zaaknr 11022810

1 Inleiding en vraagstelling

- 1.1 Momenteel worden in samenspraak tussen het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: **SZW**), de Vereniging Nederlandse Gemeenten (hierna: **VNG**) en Stichting Inlichtingenbureau (hierna ook wel genoemd: **het IB** of **de stichting**) de statuten van het IB gewijzigd naar aanleiding van een AEF-rapport (hierna: **het AEF-rapport**).¹
- 1.2 Hierdoor rijst de vraag of de VNG (nog steeds), op basis van de nieuwe conceptstatuten, een beroep kan doen op quasi-inbesteden als bedoeld in artikel 2.24b van de Aanbestedingswet 2012. U verzocht ons hierover te adviseren.²
- NB In de conceptstatuten van 16 augustus 2024 (hierna: **conceptstatuten**) worden diverse opties gepresenteerd in de vorm van geel gearceerde tekst tussen haken. Een groot deel van deze opties ziet op het uitbreiden van bevoegdheden van de VNG. In het kader van dit advies gaan wij vooralsnog uit van de voorliggende tekst van de conceptstatuten waarbij deze opties niet worden overgenomen.
- 1.3 Indien de conceptstatuten niet zodanig zijn ingericht dat een geslaagd beroep kan worden gedaan om quasi-inbesteden, verzocht u ons om te adviseren over de vraag of – en zo ja, hoe – de statuten anders ingericht zouden moeten worden om dit wel te bewerkstelligen.
- 1.4 Wij voldoen graag aan uw verzoek. In hoofdstuk 3 van dit advies behandelen wij het relevante aanbestedingsrechtelijke kader. Vervolgens passen wij in hoofdstuk 4 dit kader toe op de ontvangen conceptstatuten, waarna wij in hoofdstuk 5 met onze conclusies en aanbevelingen komen. Voor een goed begrip staan wij in hoofdstuk 2 van dit advies eerst stil bij de achtergronden van de voorgenomen statutenwijziging.

¹ 'Grip op gegevensuitwisseling', Eindrapport onderzoek naar de governance van de Stichting Inlichtingenbureau en BKWI, opgesteld door Andersson Elffers Felix, De Beleidsonderzoekers en Hooghiemstra & Partners (hierna gezamenlijk: **AEF**), d.d. 16 november 2022.

² Wij hebben in dit stadium niet onderzocht of, en in hoeverre, de diensten van het IB kwalificeren als niet-economische activiteiten die sowieso buiten de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, waarmee de vraag naar quasi-inhouse opdrachtverlening irrelevant zou zijn (HvJ EU 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:559 (ASADE), r.o. 61).

2 Achtergronden

2.1 Het IB is een stichting die in 2001 is opgericht door SZW en de VNG met als doel de uitwisseling van (persoons)gegevens tussen gemeenten en overheidsinstanties eenvoudiger te maken. Het IB is een rechtspersoon met een wettelijke taak (RWT) met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens voor werk en inkomen. Dit volgt uit de Wet SUWI en onderliggende regelgeving. Naast zijn wettelijke taak voert het IB ook taken uit in opdracht van de Staat, VNG en andere overheidsinstanties.

Motie Van Kent en AEF-rapport

2.2 In een Kamermotie uit 2021³ zijn zorgen geuit over de democratische controle op het IB. Een belangrijke reden daarvoor is dat het IB als stichting niet onder directe verantwoordelijkheid van de minister opereert en niet onder het toepassingsbereik van de Wet open overheid (Woo) valt. Dit vormde de aanleiding voor het AEF-rapport, waarin AEF is verzocht te adviseren over de vraag op welke wijze de governance van het IB het meest optimaal kan worden vormgegeven, rekening houdend met de huidige en toekomstige ontwikkelingen voor wat betreft rollen, taken en stakeholders.

2.3 Volgens AEF past een interbestuurlijke positionering – met zeggenschap voor zowel de centrale als decentrale overheden – bij het karakter van het IB als aanbieder van informatiediensten die landelijke stelselvoorzieningen levert, maar zich grotendeels op dienstverlening aan gemeenten richt. AEF concludeert dat positionering van het IB als overheidsstichting de enige rechtsvorm is die ruimte geeft om een organisatie zoals het IB expliciet 'tussen' Rijk en medeoverheden te positioneren.⁴

Wij hebben niet getoetst of – en zo ja, welke – (andere) rechtsvorm(en) eventueel passend zouden zijn voor het IB. Dat valt buiten de reikwijdte van dit advies.

2.4 AEF ziet ruimte om tegemoet te komen aan een belangrijk deel van de ervaren knelpunten. Zij beschrijft zeven verbeterstappen om de aansturing van het IB te versterken binnen de bestaande positionering, kort gezegd:

1. Versterken betrokkenheid SZW en VNG bij het IB. Door de VNG te betrekken in het gesprek tussen SZW en het IB over de continuïteit van het IB wordt de gedeelde verantwoordelijkheid (van SZW en VNG) voor de continuïteit, ontwikkeling en toekomstbestendigheid van het IB beter in de praktijk gebracht.
2. Transitie naar een bestuursmodel met een directeur-bestuurder en een Raad van Toezicht. Hiermee wordt duidelijker dat het IB eerst en vooral uitvoerder van wettelijke taken en opdrachtnemer van SZW en VNG is.
3. Overleg en afspraken tussen opdrachtgevers en IB over een nieuwe balans tussen de gewenste grip op het IB en de voor de taakuitoefening van het IB benodigde vrijheidsgraden.
4. Instellen van een afnemersberaad, klantenpanel of vergelijkbaar platform.

³ Kamerstukken II, 2020-201, 26 448, nr. 660 (Motie Van Kent).

⁴ AEF-rapport, p. 6.

5. Voor alle taken die het IB uitvoert voor de Staat (ministeries) voorzien in een wettelijke verankering, als extra waarborg voor democratische legitimering.
6. Zicht van de Kamer op het IB versterken door jaarplannen en jaarverslagen aan de Kamer te sturen en de Kamer de ruimte te bieden daarover in gesprek te gaan. Daarnaast zou de minister de Kamer kunnen informeren over voorgenomen nieuwe taken voor het IB.
7. Beter informeren van de Kamer over taakuitvoering van het IB buiten het SZW-domein (voor zover die taken raken aan de verantwoordelijkheid van andere ministeries).

2.5 De minister van SZW geeft opvolging aan diverse aanbevelingen uit het AEF-rapport, onder meer door het IB om te vormen tot een organisatie met een Raad van Toezicht en een directeur-bestuurder.⁵ Dit nemen wij tot uitgangspunt in onze advisering.

Huidige feitelijke situatie

- 2.6 Op basis van de toegezonden stukken, waaronder de [Resultaten verantwoordingsonderzoek 2021 Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid | Rapport | Algemene Rekenkamer](#), het IB Jaarverslag 2023 en het IB Jaarplan 2024 hebben wij het volgende beeld bij de huidige feitelijke situatie.
- 2.7 De Staat en de VNG hebben het IB opgericht. De werkzaamheden van het IB worden in hoofdzaak gefinancierd door de Staat (circa 75%) en de VNG (circa 22%).⁶ Voor zover het gaat om de uitvoering van andere werkzaamheden dan de wettelijke taken van het IB, verlenen (diverse ministeries binnen) de Staat en de VNG opdrachten aan het IB met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering van artikel 2.24b Aanbestedingswet. Het gaat bij dit laatste bijvoorbeeld om de navolgende opdrachten:

- Een voorbeeld van opdrachtverlening door **de Staat** is de overeenkomst inzake het beheer van de applicatie voor Voortijdige Schoolverlaters (VSV) vanuit OCW en de opdracht ter ondersteuning van gemeenten bij de Regeling opvang ontheemden Oekraïne (RooO) vanuit J&V. Naar wij begrijpen heeft het IB in opdracht van SZW een projectorganisatie ingericht die kan op- en afschalen teneinde flexibel te kunnen zijn.⁷
- Met **de VNG** heeft het IB een Raamovereenkomst 'Exploitatie Informatiediensten' afgesloten. Per specifieke taakstelling/beleidssterrein sluiten de VNG en het IB Nadere Overeenkomsten. Dit kunnen nadere overeenkomsten zijn die gericht zijn op het projectmatig ontwikkelen van een informatiedienst die verband houdt met door gemeenten uit te voeren (wettelijke) taken, of op de exploitatie van een reeds ontwikkelde informatiedienst. Een voorbeeld hiervan is de nadere overeenkomst voor 'Exploitatie informatiediensten Wet maatschappelijke ondersteuning en Jeugdwet'.
- Naar u aangaf is er **geen** sprake van eigenstandige opdrachten tussen **individuele gemeenten** en het IB.⁸ Wel voeren het IB en gemeenten gesprekken over de

⁵ Kamerstukken II, 2023-2024, 26 448, nr. 727, Brief van de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en voor Armoedebelief, Participatie en Pensioenen d.d. 25 september 2023.

⁶ Uit de resultatenrekening van het IB (Jaarverslag 2023, p. 31) blijkt dat – indien de vrijval van de egalisatierekening niet wordt meegenomen als baten – de rijksbijdrage € 15.992.000 bedroeg, de bijdrage van de VNG € 4.540.860 en er € 586.699 overige baten (circa 3%) in 2023 werden ontvangen.

⁷ Verantwoordingsonderzoek 2021 SZW, p.38.

⁸ Wij merken op dat uit een aantal stukken het tegendeel lijkt te volgen. De tekst van het AEF-rapport en het jaarverslag (2023) van het IB zijn op dit punt niet geheel eenduidig; deze zouden zo gelezen kunnen worden dat wél sprake is van opdrachten tussen het IB en gemeenten. Zo wordt in het AEF-rapport (p.3) opgemerkt dat "[...] het IB taken uit[voert] in opdracht van de VNG en gemeenten." Ook de schema's die zijn opgenomen op pagina 3 en 75 van het AEF-rapport duiden op een opdrachtrelatie tussen het IB en gemeenten. In het IB Jaarverslag 2023 is vermeld dat "Dienstverlening aan gemeenten nu nog op basis van

dienstverlening van het IB. Dit kan leiden tot aanpassingen in de dienstverlening (bijvoorbeeld over hoe een dashboard wordt gepresenteerd aan de gemeente), maar dat zijn geen eigenstandige opdrachten.

- Het IB ondersteunt **waterschappen** bij de kwijtschelding van waterschapsbelasting. In 2023 maakten alle 21 waterschappen gebruik van deze dienst van het IB.⁹ Naar wij begrijpen betreft dit circa 1% van de omzet van het IB.

Uitgangspunten beoogde statutaire toezichtrelatie IB

- 2.8 Wij nemen in dit advies tot uitgangspunt dat de VNG zelf een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling) is in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet. Dit hebben wij niet onderzocht omdat die vraag buiten de reikwijdte van ons advies valt.

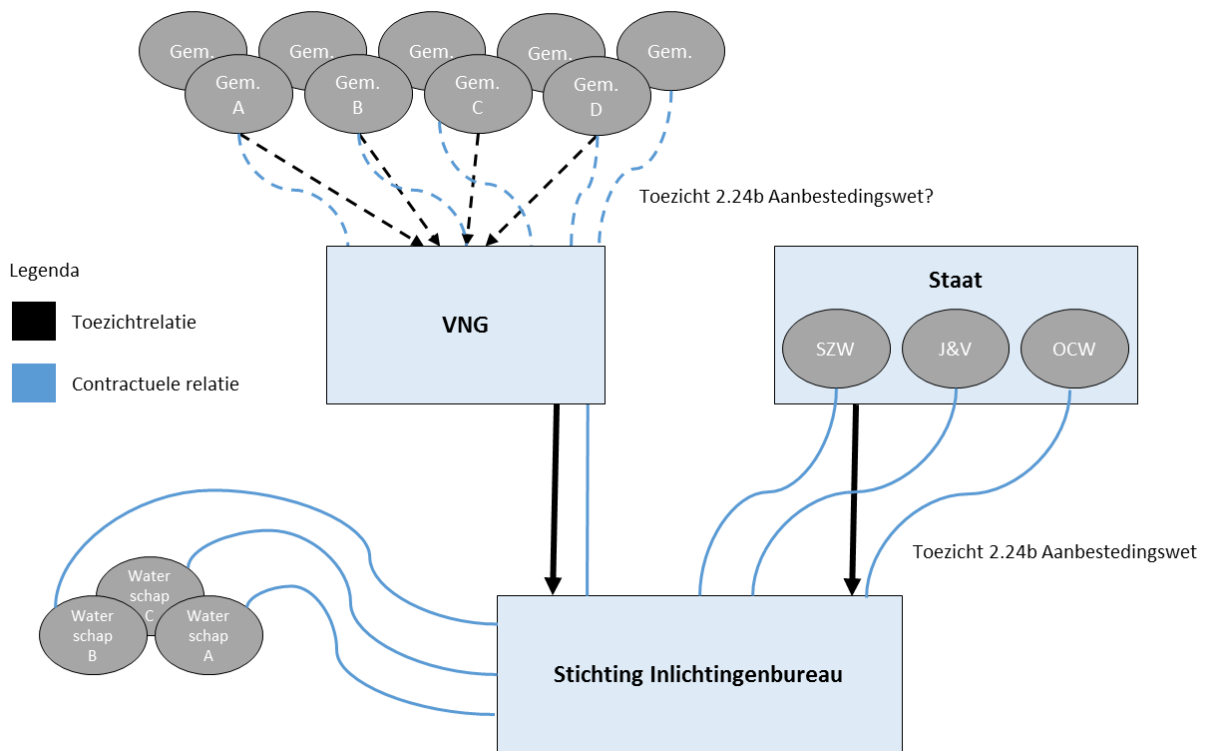
Wij raden aan om dit – zo nodig – nader te onderzoeken, nu kwalificatie van de VNG als aanbestedende dienst randvoorwaardelijk is voor een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering, aangezien art. 2.24b lid 1 sub a Aanbestedingswet vereist dat de toezichthoudende entiteiten *aanbestedende diensten* zijn, en tevens omdat niet aan het merendeelcriterium van art. 2.24b lid 1 sub b Aanbestedingswet wordt voldaan indien financiering door de VNG zou moeten worden aangemerkt als financiering door derden (namelijk financiering door anderen dan de controlerende aanbestedende diensten). Mocht onverhoopt blijken dat de VNG géén aanbestedende dienst is, dan heeft dit dus tot gevolg dat de Staat geen beroep zal kunnen doen op quasi-inhouse opdrachtverlening aan het IB. De VNG zal in die situatie sowieso niet hoeven aanbesteden, zodat het voor haar niet relevant is of wordt voldaan aan de quasi-inhouse voorwaarden.

- 2.9 Schematisch kan de opzet van het IB als volgt worden weergegeven, waarbij de zwarte pijlen duiden op een (beoogde) statutaire toezichtrelatie in de zin van artikel 2.24b Aanbestedingswet en de blauwe lijnen duiden op een contractuele relatie.

Ook de vraag of de VNG kwalificeert als een quasi-inhouse entiteit van de gezamenlijke Nederlandse gemeenten valt buiten de reikwijdte van dit advies. Bepalend is of de gemeenten feitelijk, effectief gezamenlijk toezicht uitoefenen op de VNG (art. 2.24b Aanbestedingswet). Dit hebben wij niet onderzocht. Daarom is de relatie tussen gemeenten en VNG met gestippelde zwarte pijlen aangegeven in onderstaand schema. Ons is niet duidelijk of er materieel (eventueel) sprake is van opdrachten vanuit de gemeenten aan de VNG. Dit is met gestippelde blauwe lijnen aangegeven.

verwerkersovereenkomsten met gemeenten [plaatsvindt].” Dit is een aandachtspunt indien individuele gemeenten toch – met een beroep op de quasi-inhouse uitzondering – onderhands opdrachten aan het IB zouden willen verstrekken. In dat kader zal ook de vraag moeten worden beantwoord of de VNG een quasi-inhouse entiteit is van de gezamenlijke Nederlandse gemeenten. Dat gaat de reikwijdte van dit advies te buiten.

⁹ IB Jaarverslag 2023, p.15.



- 2.10 Om te kunnen beoordelen of een geslaagd beroep kan worden gedaan op quasi-inhouse opdrachtverlening aan de stichting, staan wij in hoofdstuk 3 nader stil bij de aanbestedingsrechtelijke voorwaarden die daaraan gesteld worden.

3 Juridisch kader: quasi inhouse uitzondering

3.1 Inleiding

- 3.1.1 Het aanbestedingsrecht is van toepassing op 'overheidsopdrachten', dat wil zeggen schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.¹⁰ Uitgangspunt is dat (ook) overheidsopdrachten tussen twee aanbestedende diensten moeten worden aanbesteed indien de waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt.¹¹
- 3.1.2 Het Hof van Justitie EU (**HvJ EU**) heeft echter enkele – restrictief uit te leggen – uitzonderingen op dit uitgangspunt aangenomen, waaronder de zogenoemde quasi-inhouse uitzondering. Dit leerstuk is inmiddels gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en de nationale Aanbestedingswet.¹²

¹⁰ Uit jurisprudentie van het HvJ EU blijkt dat alleen activiteiten van economische aard voorwerp kunnen zijn van een 'overheidsopdracht'. Niet-economische activiteiten vallen buiten de reikwijdte van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (HvJ EU 14 juli 2022, ECLI:EU:C:2022:559 (ASADE), r.o. 61).

¹¹ HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (Teckal), r.o. 42.

¹² Artikel 12 richtlijn 2014/24/EU en artikelen 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet.

3.1.3 Het is voor aanbestedende diensten mogelijk om onderhands overheidsopdrachten te verstrekken aan een andere (privaatrechtelijke) rechtspersoon – het IB – indien cumulatief aan de volgende criteria voor quasi-inhouse-opdrachtverlening wordt voldaan:¹³

1. **het toezichtcriterium:** de aanbestedende diensten oefenen gezamenlijk op het IB toezicht uit zoals op hun eigen diensten;
2. **het merendeelcriterium:** meer dan 80% van de activiteiten van het IB behelst de uitvoering van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten; en
3. **het ontbreken van privaat kapitaal:** er is geen directe participatie van privékapitaal in het IB.

3.1.4 De ratio van de quasi-inhouse uitzondering is treffend verwoord door advocaat-generaal Campos Sánchez Bordona: 'Onder de inhouse-regeling sluit de aanbestedende dienst vanuit een functioneel gezichtspunt geen overeenkomsten met een ander, van hem onderscheiden lichaam, maar eigenlijk met zichzelf, gelet op de banden die hij onderhoudt met het – formeel gesproken – onderscheiden lichaam. Strikt genomen gaat het niet om de aanbesteding van een opdracht, maar louter om een bestelling of een taak, die de andere „partij” niet kan weigeren uit te voeren, welke vorm die bestelling of taak ook aanneemt. Het feit dat er geen sprake is van een werkelijke verhouding met een ander lichaam rechtvaardigt dat een aanbestedende dienst niet gehouden is de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te volgen wanneer hij bij het volbrengen van zijn taken eigen middelen inzet, dat wil zeggen wanneer hij een beroep doet op ondernemingen die, afgezien van het feit dat zij een eigen rechtspersoonlijkheid hebben, materieel gesproken met hem versmelten. Aanbestedingsprocedures hebben enkel zin wanneer het gaat om twee verschillende en autonome lichamen, aangezien die procedures net beogen tussen beide de (wederzijds bindende) juridische verhouding tot stand te brengen die nodig is om een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten op basis van gelijkheid en niet op grond van hiërarchische ondergeschiktheid.'¹⁴

3.1.5 De bewijslast dat aan bovengenoemde criteria wordt voldaan rust op de aanbestedende diensten die gebruik willen maken van de quasi-inhouse uitzondering. Wij lichten deze criteria onderstaand nader toe.

3.2 Toezichtcriterium

3.2.1 Bij het toezichtcriterium gaat het erom dat de aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon zoals op hun eigen diensten. Het is niet vereist dat de aanbestedende diensten afzonderlijk een individuele toezichtsbevoegdheid hebben over de gecontroleerde rechtspersoon.¹⁵ Een

¹³ Artikel 2.24b Aanbestedingswet.

¹⁴ Conclusie AG Campos Sánchez-Bordona 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:319 (*LitSpecMet*), r.o. 70-71. Zie ook conclusie AG Hogan 7 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:369 (*Irgita*), r.o. 42.

¹⁵ O.a. HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*) r.o. 30.

'asymmetrisch' toezicht – waarbij de ene aanbestedende dienst meer toezichtsbevoegdheid heeft dan de andere aanbestedende dienst – is mogelijk. Een louter formele of symbolische deelneming van een aanbestedende dienst in de gecontroleerde rechtspersoon (bijvoorbeeld met het oog op een beroep de quasi-inhouse uitzondering) is echter niet voldoende; iedere aanbestedende dienst moet *effectief* kunnen deelnemen aan de uitoefening van het 'toezicht zoals op de eigen diensten'.¹⁶ Het toezicht zal bovendien moeten zien op *alle activiteiten* van de gecontroleerde rechtspersoon. Een gedeeltelijk toezicht volstaat niet, bijvoorbeeld een situatie waarin het toezicht zich beperkt tot de niet-wettelijke taken van de gecontroleerde rechtspersoon, terwijl die rechtspersoon ten aanzien van andere taken over een grote mate van autonomie beschikt.¹⁷

3.2.2 Volgens het HvJ EU is er sprake van 'toezicht zoals op de eigen diensten' wanneer de gecontroleerde rechtspersoon onder een zodanig toezicht staat dat de aanbestedende diensten haar beslissingen kunnen beïnvloeden. Het moet daarbij gaan om de mogelijkheid om een *doorslaggevende invloed uit te oefenen op zowel de strategische doelstellingen als de belangrijke beslissingen* van die entiteit. Met andere woorden: de aanbestedende diensten moeten op die entiteit een *structureel en functioneel toezicht* kunnen uitoefenen.¹⁸

3.2.3 Wat onder 'strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen' wordt volstaan is in jurisprudentie nog niet volledig uitgekristalliseerd. In de praktijk wordt wel aangenomen dat het vereiste toezicht op een voldoende solide wijze wordt uitgeoefend wanneer de toezichthoudende aanbestedende diensten de volgende bevoegdheden hebben:

- Het goedkeuren van een meerjarenplan, de visie, de strategie van de entiteit en de eventuele marktbenadering;
- Het vaststellen van de begroting en de jaarrekening;
- Benoeming/schorsing/ontslag sleutelfiguren (zoals bijvoorbeeld bestuurder of de raad van toezicht);
- Het wijzigen en goedkeuren van statuten;
- Beslissen over het verwerven en vervreemden van onroerend goed;
- Beslissen over het aangaan van andere belangrijke transacties (boven een bepaalde waarde) en het beslissen over belangrijke investeringen.

Zie bijvoorbeeld de al wat oudere handreiking uit 2015 'Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht' van de VNG, p. 26 en 27, te raadplegen via <https://www.pianoo.nl/nl/document/11252/handreiking-publiek-publieke-samenwerking-voor-gemeenten>

¹⁶ HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*) r.o. 27 e.v. Het HvJ EU geeft in het Econord-arrest aan dat het uitgeoefende toezicht niet uitsluitend kan berusten op de toezichtsbevoegdheid van de overheidsinstantie die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken entiteit, aangezien het begrip 'gezamenlijk toezicht' anders zou worden uitgehold.

¹⁷ HvJ EU 18 mei 2014, C-15/13 (*Technische Universität Hamburg en HIS/ Datenlotsen*) r.o. 31-32.

¹⁸ HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*), r.o. 27.

Het dagelijks reilen en zeilen van de gecontroleerde entiteit kan natuurlijk wel bij (de directeur-bestuurder van) de betreffende entiteit blijven liggen.

3.2.4 Een louter adviserende rol ten aanzien van de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen is niet voldoende. Doorslaggevend is of de aanbestedende diensten daadwerkelijk in staat zijn om in de betrokken onderneming zijn doelstellingen op het gebied van het algemeen belang ten volle te verwezenlijken.¹⁹ Bijvoorbeeld door de bevoegdheid om in een bepaald geval instructies te geven, waarmee de overheid reële beïnvloedingsmogelijkheden heeft.

3.2.5 Of een aanbestedende dienst op een gecontroleerde rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten, moet worden beoordeeld in het licht van alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. De in aanmerking te nemen factoren omvatten niet alleen de toepasselijke wetgeving en de in de statuten van de rechtspersoon opgenomen toezichtsmechanismen, maar ook de feitelijke omstandigheden.²⁰

Voorbeeld: In de recente zaak *AVR-Twence* stond ter discussie of een beroep op de quasi-inhouse uitzondering mogelijk is in een situatie waarin *op papier* sprake is van gezamenlijk toezicht, maar dat toezicht *in de praktijk* wellicht niet effectief is.²¹

3.2.6 Het feit dat het volledig kapitaal van de vennootschap waaraan de opdracht wordt gegund in handen is van de controlerende aanbestedende diensten '[lijkt] er in beginsel op te wijzen dat zij op deze vennootschap toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten'.²² Dit is echter niet doorslaggevend.²³

¹⁹ Conclusie AG Kokott 1 maart 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 72.

²⁰ HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre & Biesme*), r.o. 67.

²¹ Zie rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (*AVR/Twence*), r.o. 4.10-4.14 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7065 (*AVR/Twence*). De rechtbank Overijssel oordeelde in deze zaak dat de aandeelhoudende gemeenten in ieder geval op papier gezamenlijk toezicht kunnen houden als op hun eigen diensten. De rechtbank stelt vervolgens voorop dat moet worden beoordeeld of het toezicht van de gezamenlijke (aandeelhoudende) gemeenten voldoende effectief is. Volgens de rechtbank kan er 'in beginsel' van uit worden gegaan dat conform de statuten wordt gehandeld.

²² HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 57.

²³ HvJ EU van 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*), r.o. 37 e.v. en HvJ EU van 11 mei 2006, C-340/04 (*Carbotermo*), r.o. 37. In de jurisprudentie van het HvJ EU zijn in de loop der jaren onder meer de volgende omstandigheden relevant geacht:

- plicht om toegewezen opdrachten uit te voeren (geen mogelijkheid om te weigeren);
- geen mogelijkheid om vrijelijk tarief voor activiteiten vast te stellen;
- de aard van de betrekking met de aanbestedende diensten (al dan niet van contractuele aard) (zie: HvJ EU 19 april 2007, C-295/05 (*Asemfo*), r.o. 60);
- de aard en het type van de rechtspersoon;
- de verruiming van het maatschappelijke doel;
- de (uiteindelijke) verplichte openstelling voor ander kapitaal;
- de (on-)mogelijkheid tot territoriale uitbreiding van de activiteiten;
- de aanzienlijke bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvan het beheer door de gemeente nauwelijks wordt gecontroleerd (zie: HvJ EG 13 oktober 2005, C-485/03 (*Parking Brixen*), r.o. 67);
- het houderschap van het kapitaal;
- de samenstelling van de beslissingsorganen;
- de omvang van de bevoegdheden van de raad van bestuur (zie: HvJ EU 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*), r.o. 39);
- de toepasselijke wettelijke regeling;
- de vraag of de betrokken entiteit marktgericht is;
- statutair voorziene mechanismen voor toezicht (zie: HvJ EU 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*), r.o. 66).

Drie aanvullende voorwaarden voor gezamenlijk toezicht

- 3.2.7 De aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU stelt nadere voorwaarden aan het gezamenlijk toezicht dat wordt uitgeoefend als op de eigen diensten. Deze voorwaarden zijn nationaal geïmplementeerd in artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet, dat als volgt luidt.

Artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet 2012

'Aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen [...], indien:

- a. 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,
- b. deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon, en
- c. de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.'

Gezamenlijk toezicht – voorwaarde a.

- 3.2.8 Uit het *Sambre&Biesme*-arrest²⁴ blijkt dat bovenstaande voorwaarde van artikel 2.24b lid 2 sub a Aanbestedingswet – inzake de *vertegenwoordiging* van aanbestedende diensten die samen toezicht uitoefenen – een (nieuw) autonoom vereiste is om beslissende invloed te kunnen uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. Volgens het HvJ EU betekent dit dat de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon moeten zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten.²⁵

- 3.2.9 Een deelnemende aanbestedende dienst moet dit toezicht bovendien uitoefenen via een als vertegenwoordiger van die aanbestedende dienst zelf optredend lid van de besluitvormingsorganen. Aan dit vereiste kan niet worden voldaan via een lid van de besluitvormingsorganen dat daar alleen zitting in heeft als vertegenwoordiger van een andere aanbestedende dienst.²⁶ Wel is het mogelijk dat een en dezelfde persoon verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigt.²⁷

- 3.2.10 Hoewel het optreden als 'vertegenwoordiger' van een ander door een lid van een besluitvormingsorgaan op enigszins gespannen voet lijkt te staan met Boek 2 BW (waarin immers is voorgeschreven dat de leden van het bestuur en de raad van toezicht het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie leidend moeten laten zijn), lijkt deze spanning in elk geval grotendeels te kunnen worden ondervangen door de statutaire doelstelling zodanig in te richten dat de belangen van toezichthouder(s) enerzijds en het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie zoveel mogelijk samenvallen, mede

²⁴ HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 70.

²⁵ HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 56.

²⁶ HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 62 en 73.

²⁷ HvJ EU 22 december 2022, C-383/21 en C-384/21 (*Sambre&Biesme*), r.o. 56-57.

gelet op het hierna onder 3.2.12 sub c. te bespreken quasi-inhousevereiste dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die contrair zijn aan de belangen van de toezichthoudende aanbestedende diensten.

Zie ook onze aanbevelingen in hoofdstuk 5 van dit advies, waarmee wordt geborgd dat de belangen van het IB synchroon lopen met de belangen van de Staat en de VNG en de stichting geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de Staat en de VNG.

- 3.2.11 Van belang is dat in (nationale) rechtspraak statutaire benoemingsrechten in beginsel voldoende worden geacht om invulling te geven aan de voorwaarde van 'vertegenwoordiging'.²⁸

Voorbeeld: vertegenwoordiging bij een B.V. of N.V.

Uit de hiervoor reeds aangehaalde AVR-Twence zaak blijkt dat de vertegenwoordiging van de deelnemende aanbestedende diensten in een besloten vennootschap (B.V.) als volgt geregeld zou kunnen worden:

'De Raad van Commissarissen van Twence Holding wordt benoemd door de AvA, en dus enkel en alleen door de aandeelhoudende gemeenten, welke Raad van Commissarissen het bestuur benoemt. Het bestuur van Twence Holding vertegenwoordigt Twence Holding in de AvA van AVI Twente en Twence Bioconversie. Daarmee zijn de aanbestedende diensten vertegenwoordigd in de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersonen.'²⁹

Een ander voorbeeld kan gevonden worden in de zaak AVR-N.V. BAR,³⁰ waarin zowel het bestuur als de raad van commissarissen van de naamloze vennootschap Irado op grond van haar statuten werd benoemd door haar aandeelhouders. De rechtbank Rotterdam oordeelde daarover als volgt:

'Op grond van de statuten benoemt NV BAR [*NV BAR is een aanbestedende dienst, red. PRDF*] in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Irado samen met de andere aandeelhouders, die ook aanbestedende diensten zijn, het bestuur en de raad van commissarissen van Irado. Uit de aandeelhoudersovereenkomst volgt dat de commissarissen te gelden hebben als benoemd door alle aandeelhouders en dat zij het vertrouwen genieten van alle aandeelhouders. Daarmee is NV BAR naar het oordeel van de rechtbank vertegenwoordigd in de besluitvormende organen van Irado. Daaraan doet niet af dat het bestuur in theorie [...] benoemd kan worden zonder instemming van NV BAR.'

Gezamenlijk toezicht – voorwaarde b.

- 3.2.12 De deelnemende aanbestedende diensten moeten in de praktijk daadwerkelijk effectief gezamenlijk toezicht (kunnen) uitoefenen. In de Europese jurisprudentie is nog niet uitgekristalliseerd welke mate van gezamenlijke deelname aan de besluitvormingsorganen voldoende is om van effectief gezamenlijk toezicht te spreken. In nationale jurisprudentie³¹ is wel aangenomen dat het houden van een bijzonder aandeel – waarbij bij specifieke belangrijke besluitvorming steeds voorafgaande

²⁸ De rechtbank Rotterdam lijkt nog iets verder te gaan door niet alleen naar de statuten te kijken, maar ook de aandeelhoudersovereenkomst te betrekken bij de vraag of de deelnemende aanbestedende diensten 'vertegenwoordigd' zijn in de besluitvormende organen. Zie rechtbank Rotterdam 23 december 2020, ECLI :NL:RBROT:2020:12395 (*AVR/ NV BAR*), r.o. 2.7 en 5.13.

²⁹ Rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (*AVR/Twence*), r.o. 4.11.

³⁰ Rechtbank Rotterdam 23 december 2020, ECLI :NL:RBROT:2020:12395 (*AVR/ NV BAR*), r.o. 2.7 en 5.13.

³¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675 (*Fryslân Miljeu*).

toestemming van de houder van dit bijzondere aandeel moest worden verkregen – voldoende was om van het vereiste gezamenlijke toezicht te spreken.

- 3.2.13 Voor aanbestedende diensten met een (relatief) beperkt aandelenbelang kan – bijvoorbeeld via diverse bijzondere zeggenschapsrechten – worden geborgd dat zij toch effectief toezicht kunnen uitoefenen. Het spreekt voor zich dat hoe meer rechten iedere deelnemende aanbestedende dienst verkrijgt, en hoe ingrijpender de aard van die rechten,³² hoe effectiever het toezicht zal zijn en hoe robuuster het beroep op de quasi-inhouse uitzondering.

Dit betekent overigens niet dat iedere deelnemende aanbestedende dienst te allen tijde in staat moet zijn eigen standpunten te verwezenlijken; dat is in een situatie met meerdere toezichthoudende aanbestedende dienst gewoonweg niet mogelijk en ook niet nodig om te voldoen aan deze voorwaarde sub b. Vergelijk rechtbank Overijssel 1 februari 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:337 (*AVR/Twence*), r.o. 4.12: “De rechtbank stelt voorop dat moet worden beoordeeld of het toezicht van de gezamenlijke aandeelhoudende gemeenten voldoende effectief is. Het feit dat één of enkele gemeenten zich niet kunnen vinden in voorgenomen besluiten of procedures en dat er interne discussie zijn, betekent niet dat voldoende toezicht ontbreekt.”

Gezamenlijk toezicht – voorwaarde c.

- 3.2.14 Tot slot wordt bepaald dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen mag nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. Als de gecontroleerde rechtspersoon activiteiten gaat ontplooiën die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten – bijvoorbeeld door zich op de reguliere markt te richten en over een bepaalde mate van zelfstandigheid te beschikken – dan kan daarmee de voorwaarde van ‘toezicht als op eigen diensten’ onzeker worden. Om te bepalen of sprake is van marktgerichtheid, dient te worden nagegaan welke geografische en materiële omvang de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon hebben en of de rechtspersoon de mogelijkheid heeft betrekkingen aan te gaan met anderen dan de controlerende aanbestedende diensten. Een indicatie van marktgerichtheid kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de rechtspersoon taken gaat ontplooiën buiten de aanvankelijke activiteitsfeer (bijvoorbeeld buiten de nagestreefde doelen zoals vastgelegd in zijn statuten) en buiten de geografische omvang van de controlerende aanbestedende diensten.³³ Dit neemt niet weg dat de gecontroleerde rechtspersoon betrekkingen met andere partijen mag aangaan, mits die bijkomstig zijn (max. 20%) ten opzichte van de hoofdactiviteit.

³² Veto- of goedkeuringsrechten bieden naar hun aard sterkere mogelijkheden om invloed uit te oefenen dan bijvoorbeeld consultatie- of adviesrechten.

³³ HvJ EU van 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel*), r.o. 36 e.v. en HvJ EU van 10 september 2009, C573/07 (*Sea*), r.o. 73 e.v.

3.3 Merendeelcriterium

3.3.1 De tweede voorwaarde voor een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering is het zogenoemde merendeelcriterium. Het vereiste dat de gecontroleerde rechtspersoon het merendeel van zijn werkzaamheden verricht voor de overheidsinstanties die toezicht op hem houden, heeft tot doel te waarborgen dat de aanbestedingsrichtlijn van toepassing blijft in situaties waarin een dergelijke onderneming op de markt werkzaam is en dus met andere ondernemingen kan concurreren. Indien deze onderneming het merendeel van haar werkzaamheden verricht voor de toezichthoudende aanbestedende diensten, acht het HvJ EU het gerechtvaardigd dat de aanbestedingsrichtlijn – die bedoeld is ter bescherming van de mededinging – niet op deze onderneming van toepassing is, omdat er in dat geval toch geen mededinging meer is.³⁴

3.3.2 Aan dit criterium wordt voldaan indien meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon (het IB) de uitvoering van taken behelst die door de controlerende aanbestedende diensten aan haar zijn toegewezen.³⁵

3.3.3 Alle werkzaamheden die door de gecontroleerde rechtspersoon worden verricht voor personen die geen enkele toezichtrelatie met hem hebben moeten worden geacht te zijn verricht voor derden. Dit geldt ook als het om overheidsinstanties gaat.³⁶

3.3.4 Het activiteitenpercentage wordt bepaald aan de hand van alle taken die de gecontroleerde rechtspersoon voor de controlerende aanbestedende diensten tezamen uitvoert. De berekening van dit percentage vindt in uitgangspunt plaats op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.³⁷ Het is echter mogelijk om een alternatieve maatstaf toe te passen die is gebaseerd op de activiteit van de rechtspersoon.

3.4 Geen participatie van privékapitaal

3.4.1 De derde voorwaarde luidt dat geen sprake mag zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. Directe participatie van privékapitaal geeft een onrechtmatig voordeel aan ondernemers ten opzichte van hun concurrenten; de opdracht wordt immers niet voor mededinging opengesteld.³⁸

³⁴ Zie HvJ EU 11 mei 2006, C-340/04, EU:C:2006:308 (*Carbotermo*), r.o. 60-62 en HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935 (*Undis*), r.o. 33.

³⁵ Artikel 2.24b lid 1 sub b Aanbestedingswet. Die taken kunnen overigens ook zijn toegewezen door andere rechtspersonen die op hun beurt door diezelfde aanbestedende diensten worden gecontroleerd.

³⁶ HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, ECLI:EU:C:2016:935 (*Undis*), r.o. 34. Het is niet relevant of de activiteiten worden verricht op basis van een via aanbesteding verkregen opdracht.

³⁷ Artikel 2.24b lid 3 jo artikel 2.24a lid 4 Aanbestedingswet.

³⁸ Kamerstukken II, 2015-2016, 34329, nr. 3, p. 39, HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*) r.o. 49 en HvJ EU 1 augustus 2022, C-322/20 (*Roma Multiservizi*), r.o. 74. Zie overweging 31 richtlijn 2014/24/EU.

4 Quasi-inhouse op basis van conceptstatuten IB?

- 4.1 Op basis van de conceptstatuten d.d. 16 augustus 2024 achten wij twijfelachtig of de VNG een geslaagd beroep zal kunnen doen op quasi-inhouse opdrachtverlening aan het IB. Dit lichten wij onderstaand toe, waarbij wij tevens suggesties doen ter versterking van de quasi-inhouse structuur van het IB om een beroep op de uitzonderingsgrond van artikel 2.24b Aanbestedingswet – zowel voor de Staat als voor de VNG – zo robuust mogelijk te maken.

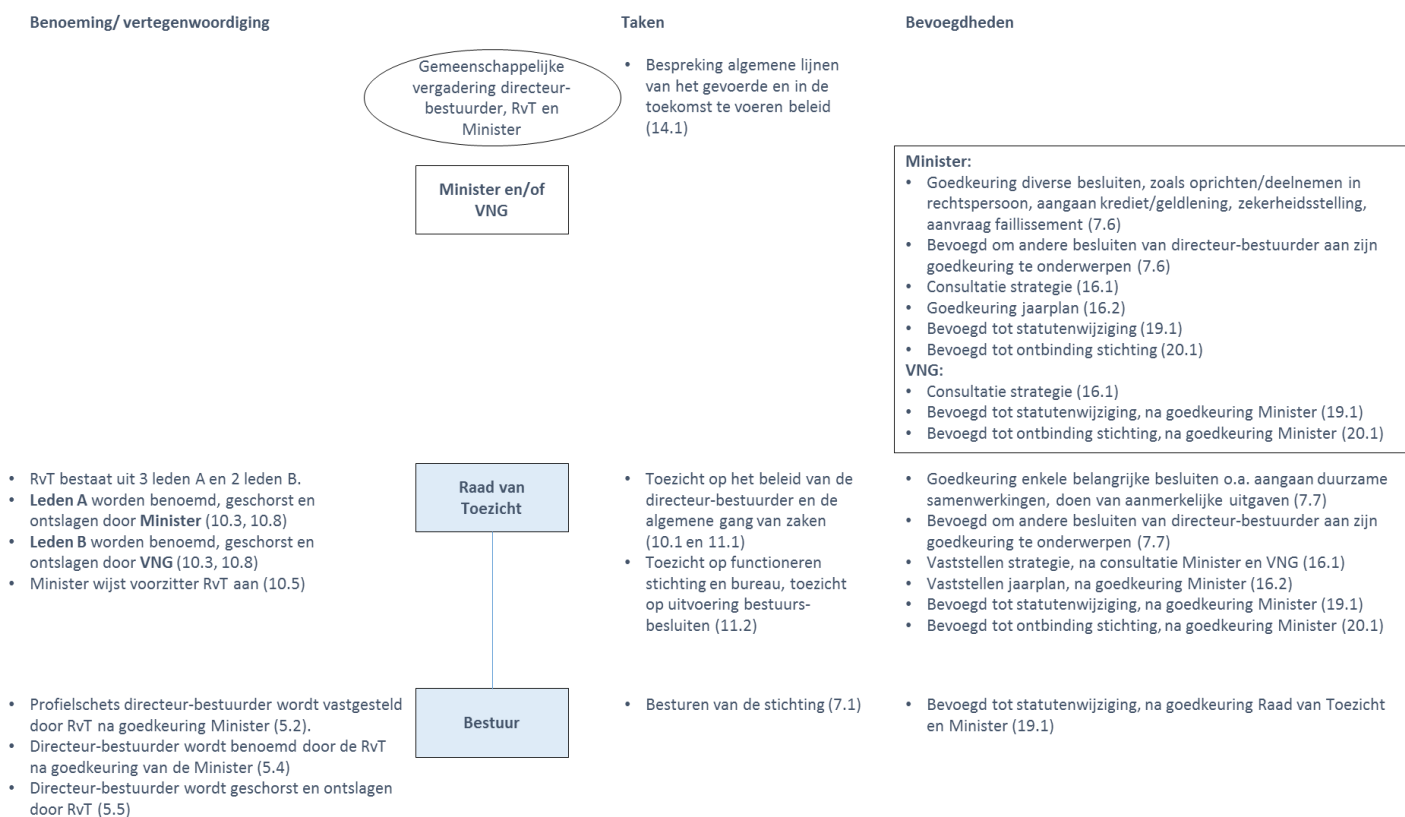
Toezichtcriterium

- 4.2 Uit de jurisprudentie van het HvJ EU blijkt niet exact onder welke voorwaarden het gezamenlijke toezicht precies wél en niet toereikend is. Duidelijk is wel dat alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden daarbij in ogenschouw moeten worden genomen; naast een robuuste statutaire inrichting van het IB, zullen de Staat en de VNG dus ook feitelijk effectief toezicht op het IB moeten uitoefenen. Uit het AEF-rapport volgt dat opdrachtgevers nu kennelijk een gebrek aan grip op het IB ervaren.³⁹
- 4.3 Bij een robuuste quasi-inhouse opzet zal het IB zijn handelingsvrijheid op het gebied van strategie en belangrijke beslissingen verliezen. Voor het IB betekent dit dat hij ten opzichte van de samenwerkende overheden geen onafhankelijke positie (meer) kan innemen. Het IB zal (meer dan wellicht momenteel het geval is) moeten worden beschouwd als verlengstuk van de samenwerkende overheden.
- 4.4 Uit de conceptstatuten begrijpen wij dat op hoofdlijnen de volgende governance van het IB is beoogd, waarbij sprake is van twee besluitvormingsorganen, te weten: het bestuur en de Raad van Toezicht (**Raad van Toezicht**).⁴⁰ Daarnaast worden enkele bevoegdheden toegekend aan de Minister en – in mindere mate – aan de VNG.⁴¹

³⁹ AEF-rapport, p. 4 (beschrijving knel- en aandachtspunten).

⁴⁰ Wij gaan ervan uit dat de Raad van Toezicht hierbij de rol van toezichthouder op een stichting als bedoeld in art. 2:292a BW heeft.

⁴¹ Wij zijn er niet mee bekend waarom de rechten van de Minister (Staat) en de VNG niet synchroon lopen in de conceptstatuten. Zoals hiervoor onder 3.2.1 van dit advies opgemerkt is enige mate van 'asymmetrisch' toezicht mogelijk. Een louter formele of symbolische deelneming van een aanbestedende dienst in de gecontroleerde rechtspersoon is echter niet voldoende; iedere aanbestedende dienst moet effectief kunnen deelnemen aan de uitoefening van het 'toezicht zoals op de eigen diensten'. Dit is een aandachtspunt.



4.5 Zowel de Staat ('de Minister') als de VNG benoemen, schorsen en ontslaan leden van de Raad van Toezicht (art. 10.3 en 10.8 conceptstatuten). De Minister benoemt drie leden van de Raad van Toezicht en wijst de voorzitter aan. De VNG benoemt twee leden van de Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht benoemt, schorst en ontslaat de directeur-bestuurder (art. 5.4 en 5.5). Deze benoeming vindt plaats na goedkeuring door de Minister (op basis van een eveneens door de Minister goedgekeurde profielschets). Hiermee wordt aannemelijk voldaan aan de bovengenoemde voorwaarde sub a. dat alle besluitvormingsorganen moeten zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten.

4.6 Wil het gezamenlijk toezicht op het IB effectief zijn, dan zal dat toezicht niet alleen repressief moeten zijn (door de mogelijkheid tot schorsing en ontslag van de bestuurder en leden van de Raad van Toezicht te bieden), maar ook preventief. Preventief toezicht vergt dat sprake moet zijn van voorafgaande goedkeuring van alle strategische en (anderszins) belangrijke besluiten die binnen de besluitvormingsorganen van het IB worden genomen. Dit betekent naar ons oordeel dat de deelnemende overheden in ieder geval (gezamenlijk) doorslaggevende zeggenschap moet kunnen uitoefenen op het algemene beleid, de strategie en de financiële huishouding van het IB.

- 4.7 Naar wij begrijpen is het voornemen dat het (strategisch) *beleid* van het IB wordt opgesteld door de directeur-bestuurder en dat de Raad van Toezicht dit goedkeurt, waarna de directeur-bestuurder het beleid vaststelt. De Minister en de VNG hebben daar geen directe invloed op.
- 4.8 De bevoegdheid van de Minister en de VNG om geconsulteerd te worden over de *strategie* van het IB (art. 16.1 conceptstatuten) en het goedkeuringsrecht van de Minister ten aanzien van diverse (*belangrijke*) *besluiten* (art. 7.6 conceptstatuten) en het *jaarplan* (inclusief *begroting en werkprogramma*, art. 16.2 conceptstatuten) bieden enige ruimte om invloed uit te oefenen op het IB. Wij hebben echter twijfel of deze invloed voldoende is om te kunnen spreken van een gezamenlijke doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van het IB.

Dat de Minister bevoegd is om (op termijn) ook andere besluiten van de directeur-bestuurder aan zijn goedkeuring te onderwerpen (art. 7.6 conceptstatuten), achten wij voor de onderhavige analyse niet relevant. Het gaat immers om de vraag of de Minister en de VNG – op basis van de huidige stand van de conceptstatuten – gezamenlijk doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen. Dat lijkt nu niet het geval.

- 4.9 Daarbij is met name van belang dat de preventieve statutaire bevoegdheden van de VNG beperkt zijn tot bovengenoemd recht om geconsulteerd te worden over de strategie (consultatierecht). Het ontbreekt de VNG aan goedkeuringsrechten ten aanzien van strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen, zodat de VNG naar ons oordeel niet over effectieve preventieve statutaire bevoegdheden beschikt.
- 4.10 Zoals hiervoor in paragraaf 3.2.1 opgemerkt blijkt uit jurisprudentie van het HvJ EU dat enige mate van 'asymmetrie' tussen de verschillende deelnemende aanbestedende diensten mogelijk is en dat niet is vereist dat zij allemaal afzonderlijk individuele toezichtsbevoegdheid hebben. Dit mag echter niet doorslaan in het voordeel, respectievelijk nadeel van één deelnemende aanbestedende dienst. Een situatie waarin een aanbestedende dienst slechts formeel of 'symbolisch' deelneemt is immers onvoldoende voor een geslaagd beroep op quasi-inhouse.

Een situatie die in dat verband enigszins vergelijkbaar was met de positie van de VNG op basis van de conceptstatuten, kan worden gevonden in het *Econord*-arrest. Ten aanzien van de minderheidsaandeelhouders – de gemeenten Cagno en Solbiate – merkte de advocaat-generaal het volgende op:
 "In casu bezitten de minderheidsaandeelhouders dus niet alleen een symbolische deelneming in het kapitaal, maar maken ze ook in zekere zin deel uit van de beheersorganen van de vennootschap. Het kan evenwel zijn dat de benoeming van een lid van de raad van toezicht en – in overleg met alle minderheidsaandeelhouders (36 gemeenten in totaal) – van een lid van de raad van bestuur en het bestaan van een abstract „recht om [halfjaarlijks] te worden geconsulteerd“, niet volstaan om te

oordelen dat die gemeenten de „strategische doelstellingen” en de „belangrijke beslissingen” van de vennootschap ASPEM effectief kunnen beïnvloeden.”⁴²

- 4.11 Het voorgaande maakt dat er een zeker spanningsveld bestaat tussen de wens om de ministeriële sturingsmogelijkheden en regie op het IB te vergroten en het – vanuit quasi-inhouse perspectief noodzakelijke – effectieve toezicht dat door de Staat gezamenlijk met de VNG moet worden uitgeoefend.
- 4.12 Bij de onderhavige opzet van de conceptstatuten – uitgaande van een scenario waarin de geel gearceerde opties in de conceptstatuten niet worden geaccepteerd – zien wij een reëel risico dat de VNG niet voldoende effectief toezicht uitoefent op het IB en niet wordt voldaan aan de voorwaarde van een gezamenlijke doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van het IB (voorwaarde art. 2.24b lid 2 sub b Aanbestedingswet). Dat maakt een beroep op de quasi-inhouse uitzondering – zowel voor de Staat als VNG – kwetsbaar.
- Merendeelcriterium
- 4.13 De tweede voorwaarde voor een geslaagd beroep op de quasi-inhouse uitzondering is het merendeelcriterium; meer dan 80% van de activiteiten van het IB moet de uitvoering van taken behelzen die haar door de Staat en VNG worden toegewezen.
- 4.14 Naar wij begrijpen voert het IB feitelijk slechts in zeer beperkte mate werkzaamheden voor derden uit; er is momenteel sprake van een opdracht voor waterschappen die ziet op circa 1% van de omzet van het IB. Om die reden gaan wij ervan uit dat het merendeelcriterium geen nadere aandacht vergt in de conceptstatuten. Mocht dit in de toekomst toch anders liggen, dan geven wij in overweging om de statuten op dit punt aan te scherpen. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan een (informatie)verplichting van de directeur-bestuurder om – in elk geval eenmaal per jaar, maar vaker indien nodig – verantwoording/ rapportage aan de Raad van Toezicht af te leggen over het percentage van de activiteiten dat het IB voor de Staat en de VNG uitvoert. Desgewenst zou kunnen worden voorzien in de mogelijkheid voor andere overheden (bijvoorbeeld waterschappen) om zich aan te sluiten bij het IB. Dat vergt dan wel diverse aanpassingen in de conceptstatuten op basis waarvan die andere overheden gezamenlijk met de Staat en de VNG toezicht uitoefenen. Dit gaat de reikwijdte van het onderhavige advies te buiten en laten wij om die reden nu verder rusten.
- 4.15 Wij merken op dat het voor de Staat en de VNG van belang is dat zij de zekerheid hebben dat het IB steeds aan het merendeelcriterium voldoet. Indien niet (langer) aan het merendeelcriterium wordt voldaan, wordt ook niet voldaan aan de voorwaarden voor quasi-inhouse opdrachtverlening, zodat daarop geen beroep meer kan worden gedaan. Dit brengt dan een aanbestedingsrechtelijk risico met zich.

⁴² Conclusie AG Cruz Villalón 19 juli 2021, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*), r.o. 52.

De generieke opmerking in art. 3.5 van de conceptstatuten dat het IB er bij de uitvoering van haar werkzaamheden te allen tijde naar streeft dat zij voldoet aan de voorwaarden die in het aanbestedingsrecht aan haar kunnen worden gesteld om opdrachten verleend te kunnen krijgen "met gebruikmaking van de uitzondering op de plicht tot aanbesteding" is naar ons oordeel te algemeen om die zekerheid te kunnen bieden.

Geen directe participatie van privékapitaal

- 4.16 De derde voorwaarde voor een geslaagd beroep op quasi-inhouse opdrachtverlening luidt dat geen sprake mag zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. De ratio van deze voorwaarde is dat private (marktgerichte) belangen geen invloed mogen hebben op de besluitvorming van de gecontroleerde entiteit.
- 4.17 Het IB heeft de rechtsvorm van een stichting. Het is niet mogelijk om 'kapitaal' te houden in een stichting, zodat – in strikte zin – wordt voldaan aan dit vereiste. Echter, de invloed van particuliere organisaties op entiteiten is in de jurisprudentie van het HvJ EU gelijkgeschakeld met (verboden) particuliere deelname in het kapitaal, omdat die particulieren zich kunnen laten leiden door overwegingen die verband houden met hun eigen particuliere belangen.
- 4.18 Het (statutair) expliciet uitsluiten van deelname van privaat kapitaal is als zodanig niet vereist om aan dit criterium te voldoen. Indien in de toekomst sprake zou zijn van participatie van privékapitaal in het IB in de hiervoor (onder 4.16-4.17) bedoelde zin, zal dit echter afbreuk doen aan de quasi-inhouse relatie met de Staat en de VNG. Om een beroep op de quasi-inhouse uitzondering zo robuust mogelijk te maken, zou expliciet (statutair) geregeld kunnen worden dat een dergelijke onwenselijke situatie zich niet zal kunnen voordoen.

5 Conclusie en aanbevelingen

Conclusies

- 5.1 Bij de onderhavige opzet van de conceptstatuten – uitgaande van een scenario waarin de geel gearceerde opties in de conceptstatuten niet worden geaccepteerd – zien wij een reëel risico dat de VNG niet voldoende effectief toezicht uitoefent op het IB en daardoor niet wordt voldaan aan de voorwaarde van een gezamenlijke doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van het IB (voorwaarde art. 2.24b lid 2 sub b Aanbestedingswet). Dat maakt een beroep op de quasi-inhouse uitzondering – zowel voor de Staat als VNG – kwetsbaar.
- 5.2 Het IB voert feitelijk slechts in zeer beperkte mate werkzaamheden uit voor derden. Er wordt aannemelijk voldaan aan het merendeelcriterium van art. 2.24 lid 1 sub b Aanbestedingswet. Vooralsnog vergt dit geen nadere aandacht of uitwerking in de conceptstatuten. Ook aan het verbod op directe participatie van privé kapitaal van art.

2.24 l1s 1 sub c Aanbestedingswet wordt voldaan, zodat ook dit nu geen nadere uitwerking in de conceptstatuten vereist.

Aanbevelingen

5.3 Wij komen daarom tot de volgende aanbevelingen om een beroep op de quasi-inhouse uitzondering zo robuust mogelijk te maken, door het gezamenlijk toezicht van de Staat en de VNG op het IB te versterken.

- Overweeg de statutaire positie van de VNG meer in lijn te brengen met de positie van de Staat. Het moet buiten twijfel zijn dat deelname van de VNG niet louter symbolisch is.
- Overweeg besluiten die zien op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van het IB aan goedkeuring door de Staat (Minister) en de VNG te onderwerpen, zoals:
 - De vaststelling en wijziging van beleidsplannen;
 - De vaststelling en wijziging van strategie en meerjarenplan;
 - De vaststelling en wijziging van het jaarplan, waarin ten minste een begroting en werkprogramma zijn opgenomen;
 - Goedkeuring van besluiten van de directeur-bestuurder, voor zover het betreft:
 - rechtshandelingen waarvan het belang of de waarde hoger is dan [*] euro.

5.4 Uiteraard is het van belang dat het toezicht op papier ook in de praktijk effectief wordt toegepast. Binnen het IB dient ook in overeenstemming te worden gehandeld met de beleidsopvattingen en beleidsbesluiten van de samenwerkende overheden. In dat verband komen wij tot de volgende aanbevelingen.

- Overweeg in de statutaire doelstelling op te nemen dat het IB zich richt op het belang van de Staat en de VNG.
- Overweeg bij de beschrijving van de taken van de directeur-bestuurder (art. 7.2 conceptstatuten) toe te voegen dat hij/zij zich richt naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie, en daarmee, in lijn met de statutaire doelomschrijving, het belang van de Staat en de VNG.

5.5 Daarnaast lijkt het zinvol om de positie van de Raad van Toezicht ten opzichte van de directeur-bestuurder te versterken en de relatie tussen enerzijds de Raad van Toezicht en anderzijds de Staat en de VNG nader te duiden.

- Overweeg bij de beschrijving van de taak van (de leden van) de Raad van Toezicht (art. 11.3 conceptstatuten) toe te voegen dat zij zich richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie, en daarmee, in lijn met de statutaire doelomschrijving, het belang van de Staat en de VNG.
- Overweeg toe te voegen dat ieder lid van de Raad van Toezicht bevoegd is om ruggespraak te houden met de organisatie die hem/haar heeft benoemd.
- Overweeg een aanwijzingsbevoegdheid op te nemen, bijvoorbeeld langs de volgende lijn: "De Raad van Toezicht heeft het recht instructie(s) te geven aan de directeur-bestuurder. De directeur-bestuurder is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie."

5.6 Of wordt voldaan aan de voorwaarde sub c van het toezichtcriterium – dat het IB geen belangen nastreeft (en mag nastreven) die in strijd zijn met de belangen van de Staat en VNG – wordt nog niet duidelijk uit de conceptstatuten. Naast bovenstaande aanbevelingen, geven wij in overweging om het volgende toe te voegen aan de statuten:

- Overweeg de doelstelling van het IB zo aan te passen dat het IB geen belangen na mag streven die in strijd zijn met de belangen van de Staat en de VNG , bijvoorbeeld langs de volgende lijn: “De stichting – een samenwerkingsverband tussen de Staat en de VNG – heeft ten doel om de Staat, de VNG en andere overheidsorganisaties te ondersteunen conform het ter zake door de Staat en de VNG nagestreefde belang, door middel van [*onderdelen a tot en met d van artikel 3.1 van de conceptstatuten*].” en als nieuwe bepaling in artikel 3 van de conceptstatuten: “De stichting mag geen belangen nastreven of taken uitvoeren die in strijd zijn met het in lid 1 en lid 5 bepaalde.”
- Overweeg toe te voegen dat de Raad van Toezicht erop toeziet dat het IB geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de Staat en de VNG.