

# PELS RIJCKEN

## Per post en

**e-mail: Maarten.Rauws@provincie-utrecht.nl**

Provincie Utrecht

De heer mr. M.G. Rauws

Postbus 80300

3584 BA UTRECHT

onze ref. JM/CS/11011545

uw ref.

inzake Provincie Utrecht/La Vuelta Hollanda

J.H.C.A. Muller

senioradvocaat

t +31 70 515 3220

f +31 70 515 3315

jantine.muller@pelsrijcken.nl

11 juni 2019

Geachte heer Rauws,

## **1 Inleiding en vraagstelling**

- 1.1 U verzocht ons om een bondig (spoed)advies over het volgende. Gemeente Utrecht is voornemens een Stichting op te richten (Stichting La Vuelta Holanda, hierna: de Stichting) waaraan zij, mede namens een aantal andere publieke partners (provincie Utrecht, provincie Noord-Brabant, gemeente Breda en gemeente 's- Hertogenbosch: hierna: de publieke partners) opdracht zal geven om La Vuelta Holanda (hierna: het Evenement) te realiseren.
- 1.2 Voor het Evenement is een projectorganisatie ingericht, bestaande uit een stuurgroep en een ambtelijk directeurenoverleg. Zowel de directieraad als de stuurgroep, die het Evenement en de op te richten Stichting feitelijk zal aansturen (de stuurgroep benoemt volgens de concept-statuten ook de bestuurders van de Stichting), bestaat uit vertegenwoordigers van alle publieke partners. Alle publieke partners dragen financieel bij aan het Evenement volgens een – in de samenwerkingsovereenkomst – te regelen verdeelsleutel.
- 1.3 Alle betalingen zullen volledig verlopen via de Stichting.



- 1.4 Uw vraag is of moet worden aangenomen dat de Provincie Utrecht aanbestedingsrechtelijk gezien als opdrachtgever van de Stichting moeten worden aangemerkt en zo ja, op welke aanbestedingsrechtelijke basis de gelden rechtmatig door de Provincie Utrecht aan de Stichting kunnen worden overgemaakt. Daarnaast verzocht ons u te adviseren over de vraag of het toelaatbaar is dat alleen de gemeente Utrecht de voorhangprocedure volgt nu alleen zij de Stichting zal oprichten. De andere publieke partijen worden bij de huidige constellatie niet als oprichter aangemerkt.

## 2 **Opdrachtgeverschap ligt bij alle publieke partners gezamenlijk**

- 2.1 Uit de (concept-)samenwerkingsovereenkomst komt duidelijk naar voren dat de publieke partners gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het Evenement en het Evenement samen beogen te organiseren en te financieren. Alle publieke partners dienen in aanbestedingsrechtelijke zin dan ook als opdrachtgever van de Stichting te worden aangemerkt. Dat de directe aansturing vanuit de projectorganisatie op resultaat, voortgang en risico's gebeurt door één ambtelijk opdrachtgever – een lid van de directieraad van de gemeente Utrecht – die ook de overeenkomst van opdracht met de Stichting sluit, ontslaat de andere publieke partners niet van hun aanbestedingsplicht nu *materieel* sprake is van gezamenlijk opdrachtgeverschap.

Zowel in de (concept-)samenwerkingsovereenkomst als in de (concept-)overeenkomst van opdracht wordt overigens van "mandaat" van de gemeente Utrecht gesproken (zie onder 2 "Uitwerking van de Samenwerking" onderdeel c van de samenwerkingsovereenkomst en artikel 4 lid 1 van de overeenkomst van opdracht). Ook in formele zin is sprake van gezamenlijk opdrachtgeverschap.

- 2.2 De publieke partners zullen derhalve moeten onderzoeken of het mogelijk is dat zij hun gezamenlijke opdracht(en) toch zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure aan de Stichting kunnen gunnen, zodat hun uitgaven als "rechtmatig" kunnen worden beschouwd. Een beroep op de zogenoemde "quasi inhouse" uitzondering lijkt in dit verband de enige reële mogelijkheid.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Uit de door u toegezonden stukken blijkt dat de gemeente Utrecht haar (eigen) aanbestedingsplicht heeft beoogd te doorbreken door het vestigen van een zogenoemd alleenrecht als bedoeld in artikel 2.24, aanhef en onder a van de Aanbestedingswet 2012 ten behoeve van de Stichting. Toekenning van een alleenrecht brengt een navenante afsluiting van de markt met zich en een daaruit voortvloeiende beperking van het vrije dienstenverkeer (artikel 56 VWEU). Indien de Stichting een alleenrecht geniet kunnen als gevolg daarvan immers dienstenopdrachten worden geplaatst die vanwege hun grensoverschrijdend belang normaal gesproken Europees zouden moeten worden aanbesteed. Artikel 2.24, aanhef en onder a vereist dan ook dat het alleenrecht verenigbaar is met het VWEU. Dat betekent dat de beperking van het dienstenverkeer moet kunnen worden gerechtvaardigd uit hoofde van een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is het ook mogelijk om een belemmering van het vrije dienstenverkeer te rechtvaardigen op grond van een dwingende reden van algemeen belang (de "rule of reason"). Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak een aantal dwingende redenen van algemeen belang vastgesteld die een belemmering van door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen. Uit het besluit van burgemeester en wethouders van Utrecht blijkt niet welke rechtvaardiging voor het gebruik van het instrument "alleenrecht" wordt ingeroepen. Het is de vraag of die rechtvaardiging wel voorhanden is. Daarnaast zal de gemeente Utrecht moeten kunnen onderbouwen dat het alleenrecht geschikt én noodzakelijk is om het daarmee beoogde doel te bereiken (een minder vergaande beperking is niet mogelijk).

### 3 Quasi inhouse?

3.1 De publieke partners zijn "aanbestedende dienst" in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Een aanbestedende dienst mag zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure gebruik maken van de diensten van eigen bedrijfsonderdelen, dat wil zeggen van onderdelen die binnen dezelfde rechtspersoon als de aanbestedende dienst vallen. Dit wordt ook wel "inbesteden" genoemd. Zodra een aanbestedende dienst echter gebruik maakt van diensten van een andere rechtspersoon, zoals de Stichting, komt het aanbestedingsrecht in beeld, ongeacht of de andere rechtspersoon – hier: de Stichting – zelf als "aanbestedende dienst" kwalificeert.

3.2 Dit leidt echter uitzondering als deze andere rechtspersoon feitelijk is te beschouwen is als een – op afstand geplaatste – eigen dienst van de aanbestedende dienst. Er is in dat geval in juridische zin weliswaar sprake van een andere entiteit (een andere rechtspersoon), maar de relatie tussen de aanbestedende dienst en deze rechtspersoon is zo vormgegeven dat deze laatste min of meer functioneert als een eigen dienst van de aanbestedende dienst (een "gecontroleerde" rechtspersoon). In dat geval is sprake van "quasi-inbesteden" ofwel van de "quasi-inhouse" uitzondering. Het is ook mogelijk van deze uitzondering gebruik te maken als de andere rechtspersoon kan worden aangemerkt als een (gemeenschappelijke) eigen dienst van meerdere aanbestedende diensten. In dat geval kunnen alle aanbestedende diensten gebruik maken van de diensten van de gemeenschappelijke eigen dienst zonder dat het aanbestedingsrecht in beeld komt. Deze variant ligt hier – gezien het gemeenschappelijke opdrachtgeverschap – het meest voor de hand.

3.3 Om de "quasi inhouse" uitzondering te kunnen inroepen dient te worden voldaan aan een aantal cumulatieve voorwaarden. Deze voorwaarden zijn in artikel 2.24a lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 als volgt geformuleerd:

1) de aanbestedende dienst dient op de gecontroleerde rechtspersoon toezicht uit te oefenen zoals op zijn eigen diensten; van toezicht zoals op zijn eigen diensten is sprake: indien de aanbestedende dienst zowel op de strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent (artikel 2.24a lid 3);

3.4 Wat onder "strategische doelstellingen" en "belangrijke beslissingen" wordt verstaan, is in jurisprudentie (nog) niet volledig uitgekristalliseerd. In de praktijk wordt vaak aangenomen dat het vereiste toezicht op een juridisch voldoende wijze wordt uitgeoefend, wanneer de aanbestedende dienst de volgende bevoegdheden krijgt:

- het goedkeuren van een meerjarenplan, de visie, de strategie van de entiteit en de eventuele marktbenadering;

- het vaststellen van de begroting en de jaarrekening;
- ontslag/benoeming/schorsing sleutelfiguren (zoals bijvoorbeeld bestuurders of de raad van toezicht);
- 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.

2) meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon moet worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen (ook wel: het merendeelcriterium) en

3) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.<sup>2</sup>

3.5 Indien (zoals hier) sprake is van een gemeenschappelijke "eigen dienst", dat wil zeggen: een dienst waarop toezicht wordt gehouden door meerdere aanbestedende diensten, geldt op grond van artikel 2.24b lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 het vereiste dat de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op de rechtspersoon toezicht uit te oefenen zoals op hun eigen diensten. Van gezamenlijk toezicht zoals op hun eigen diensten is sprake als:

– de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten. Het is daarbij niet noodzakelijk dat alle deelnemende aanbestedende diensten een eigen vertegenwoordiger in het bestuur kunnen benoemen. Individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidene of alle aanbestedende diensten vertegenwoordigen (artikel 2.24b lid 2 onder a);

– de deelnemende aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon (artikel 2.24b lid 2 onder b), en

– de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten (artikel 2.24b lid 2 onder c).

3.6 Verder gelden bij gemeenschappelijk toezicht mutatis mutandis de hierboven onder 2 en 3 genoemde vereisten (artikel 2.24b lid 1 onder a en b).

*Ad 1: gemeenschappelijk toezicht als op een eigen dienst?*

---

<sup>2</sup> 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).



- 3.7 De Stichting kent op basis van artikel 4 van de concept-statuten slechts één besluitvormingsorgaan, te weten: het bestuur. Het bestuur wordt volgens de huidige statuten aangewezen door de "stuurgroep". De stuurgroep bestaat op dit moment uit vertegenwoordigers van de deelnemende publieke partners. Thans zijn de publieke partners dus in staat om over de band van het lidmaatschap van de stuurgroep gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op alle strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de Stichting. De bevoegdheden van de publieke partners zijn op dit moment evenwel niet statutair verankerd. Evenmin is statutair verzekerd dat alle publieke partners in het bestuur worden vertegenwoordigd.
- 3.8 Om een rechtsgeldig beroep op de "quasi inhouse" uitzondering mogelijk te maken adviseren wij u om de invloed van de publieke partners in de statuten van de Stichting te verzekeren door te kiezen voor een direct benoemings-, schorsings- en ontslagrecht van de leden van het bestuur (diverse modellen zijn daarvoor geschikt; wij overleggen hierover graag met u). Daarmee verkrijgen de publieke partners automatisch doorslaggevende zeggenschap over alle strategische beslissingen en belangrijke besluiten van de Stichting.
- 3.9 Wij tekenen daarbij aan dat het bij het benoemings- schorsings- en ontslagrecht niet enkel om een papieren werkelijkheid mag gaan. De in de statuten vastgelegde bevoegdheden moeten ook daadwerkelijk uitgevoerd (kunnen) worden om op effectieve wijze toezicht op de Stichting uit te oefenen. Wij wijzen er tevens op dat toezicht dat slechts op een deel van de strategische doelstellingen of belangrijke beslissingen van de Stichting wordt uitgeoefend, onvoldoende is om van een "quasi-inhouse" relatie te spreken.<sup>3</sup> Het toezicht moet bovendien werkzaam, structureel en functioneel zijn.<sup>4</sup>
- 3.10 Om een robuuste "quasi-inhouse" relatie te creëren verdient het aanbeveling om niet te volstaan met het benoemings- schorsings- en ontslagrecht maar nog een aantal aanvullende bepalingen op te nemen waaruit blijkt van het oogmerk om aan de vereisten voor "quasi-inhouse" te voldoen. In dat kader zijn bepalingen met de navolgende strekking nuttig:
- een instructiebevoegdheid voor de publieke partners;
  - een informatieplicht van de bestuurders;
  - een bepaling in de conceptoprichtingsakte/conceptstatuten die inhoudt dat de Stichting haar werkzaamheden uitvoert ten behoeve van de deelnemende publieke partners;
  - een bepaling in de conceptoprichtingsakte/conceptstatuten die inhoudt dat de Stichting ook voor andere partijen dan de deelnemende publieke partners mag verrichten, mits met deze werkzaamheden geen belangen worden

<sup>3</sup> HvJ EU 8 mei 2014, zaak C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303 (Universitat Hamburg), punt 31 en 32.

<sup>4</sup> Ibid., punt 26.

nagestreefd die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten en met inachtneming van de beperkingen van de wet en de jurisprudentie (merendeelcriterium, zie onder ad 2);

- een bepaling in de conceptoprichtingsakte/conceptstatuten die inhoudt dat de Stichting moet worden beschouwd als een eigen dienst van de publieke partners en dat de bevoegdheden van de publieke partners met betrekking tot de Stichting moeten worden uitgeoefend als ware het een gemeenschappelijke eigen dienst van de publieke partners (toezichtcriterium);
- een bepaling in de conceptoprichtingsakte/conceptstatuten die inhoudt dat particuliere partijen (zoals donateurs) geen zeggenschap kunnen verwerven binnen de Stichting (in verband met gelijkgeschakeling met de (verboden) particuliere deelname in het kapitaal van een onderneming (zie onder ad 3)).

- 3.11 Op zichzelf is het mogelijk dat de stuurgroep – buiten de geledingen van het bestuur – wordt gehandhaafd. De afspraken tussen de samenwerkende publieke partners, (binnen de stuurgroep, de projectorganisatie en/of het directiebestuur) mogen evenwel geen afbreuk doen aan het toezicht dat door de publieke partners – over de band van de statuten – binnen de Stichting wordt uitgeoefend.

*Ad 2) De 80% norm (ook wel: merendeelcriterium)*

- 3.12 Naar wij van u begrepen, en zoals ook lijkt te worden bevestigd in de doelstelling van de Stichting, zullen de publieke partners de enige opdrachtgever van de Stichting zijn. U gaf aan dat Delft Support enkel betalingen van derden zal ontvangen in het kader van de verkoop van zitplaatsen en andere vormen van hospitality. De Stichting zal zich verder niet op de markt begeven en opdrachten voor anderen (bijvoorbeeld voor private sponsors) (laten) uitvoeren. Ook alle eventuele "side events" zullen in het teken staan van de (doelstellingen van) publieke partners. Hieruit maken wij op dat het de bedoeling is dat alle activiteiten van Delft Support ten behoeve van de Gemeente worden uitgevoerd. Gelet daarop zal aan merendeelcriterium worden voldaan.

*Ad 3 Privaat kapitaal?*

- 3.1 De ratio van het vereiste van het verbod op (directe) deelname van privaat kapitaal is dat private (marktgerichte) belangen geen invloed mogen hebben op de besluitvorming van de entiteit. Nu het niet mogelijk is om kapitaal in een Stichting te houden is – in strikte zin – aan dit vereiste voldaan. Echter, de invloed van particuliere organisaties op entiteiten wordt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie gelijkgeschakeld met de (verboden) particuliere deelname in het kapitaal van een onderneming.<sup>5</sup> Deze particulieren kunnen zich laten leiden door overwegingen die

<sup>5</sup> Such arrest van 19 juni 2014, ECLI:EU:C:2014:2004.

verband houden met *hun eigen particuliere belangen*. Hoewel ook de particuliere deelnemers doelen zullen nastreven die in het algemeen belang zijn en/of als zeer waardevol moeten worden beschouwd, worden deze particuliere belangen in de jurisprudentie van het Hof van Justitie toch van een andere aard beschouwd dan de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd door bij een entiteit betrokken aanbestedende diensten (organisaties uit de publieke sector). Iedere vorm van particuliere invloed staat volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie dan ook aan de kwalificatie als "eigen dienst" in de weg.

- 3.2 Wij adviseren dan ook om de invloed van particuliere partners op de Stichting zo veel mogelijk te beperken en geen bijzondere rechten toe te kennen aan donateurs en/of andere bij de Stichting betrokken particuliere partijen.

#### **4 Conclusie "Quasi inhouse"**

- 4.1 Op grond van de ontvangen conceptoprichtingsakte en door u verstrekte informatie achten wij een beroep op de "quasi-inhouse" uitzondering op zichzelf mogelijk. Wel zullen enkele wijzigingen in de (voorgenomen) governance van de Stichting moeten worden aangebracht. Wij adviseren u graag nader over de precieze uitwerking daarvan.

- 4.2 Wanneer aan de genoemde voorwaarden wordt voldaan geldt overigens alleen dat de opdrachten van de publieke partners aan de Stichting zijn vrijgesteld van een aanbestedingsplicht. Zodra de Stichting andere rechtspersonen – publieke partners of private partijen – tegen betaling in de uitvoering betreft, komt de Aanbestedingswet 2012 (weer) volop in beeld.

#### **5 Voorhangprocedure?**

- 5.1 Indien een of meer provincies wensen te besluiten tot het oprichten van een stichting, is het bepaalde in artikel 158 lid 2 Provinciewet ('PW') van belang:

Gedeputeerde staten besluiten slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen [...] indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat provinciale staten een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid zijn gesteld hun wensen en bedenkingen ter kennis van gedeputeerde staten te brengen.

- 5.2 Indien een of meer gemeenten wensen te besluiten tot het oprichten van een stichting, is het bepaalde in artikel 160 Gemeentewet (GW) van belang:

Het college besluit slechts tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen [...], indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht

voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Het besluit wordt niet genomen dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

*Doen oprichten*

- 5.3 Uit de wet volgt expliciet dat de oprichting door een gemeente of een provincie vereist dat de wensen- en bedenkingenprocedure doorlopen moet worden. Deze procedure is in casu alleen door de gemeente Utrecht gevolgd als gemandateerd opdrachtgever van de overige betrokken publieke partners.

*Deelneming*

- 5.4 Verder volgt expliciet uit de wet dat deelneming (en oprichting) alleen kan plaatsvinden, indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. Voor de interpretatie van 'deelneming' uit artikel 160 GW is de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 158 PW van belang. Beide wetsartikelen zijn – grotendeels – gelijklopend.
- 5.5 Deelneming is voor een stichting lastiger te vatten, omdat een stichting geen aandelen heeft (zoals een B.V. of N.V.). Uit de literatuur en Memorie van Toelichting met betrekking tot artikel 158 PW en 160 GW blijkt dat onder de in artikel 158, lid 2 PW bedoelde 'deelneming' tevens moet worden verstaan (Kamerstukken II 1963/64, 7685, nr. 3, p. 9):

*'het actief deelnemen aan werkzaamheden (...) ten einde daardoor rechtstreeks een gemeentelijke taak uit te oefenen'.*

- 5.6 Dit strookt ook met de achtergrond van de bepaling, namelijk het voorkomen dat een gemeente/provincie te gemakkelijk publiekrechtelijke waarborgen ontloopt door te kiezen voor een privaatrechtelijk rechtsvorm (die openbare taken uitoefent).
- 5.7 Het antwoord op de vraag of een bepaalde bemoeienis van een gemeente/provincie met een stichting als deelneming in de zin van artikel 160 GW heeft te gelden, is onder meer afhankelijk van de vraag hoe groot de inmenging en zeggenschap van de gemeente/provincie in de stichting zal zijn, en hoe de financiering zal lopen.
- 5.8 Indien:
- (a) de gemeenten/provincies van oordeel zijn dat de sociale en maatschappelijke cohesie vergroten (zie artikel 3.1 onder a van de voorgestelde statuten) onder hun gemeentelijke/provinciale taak vallen, en de gemeenten/provincies besluiten om deze taak (deels) bij een stichting te beleggen,




- (b) de gemeenten/provincies een (substantiële) financiële bijdrage aan de stichting zullen verstrekken, en
- (c) de gemeenten/provincies actief aan de stichting deelnemen door *rechtstreeks* invloed uit te oefenen via directe benoemings- en instructierechten (let wel: statutaire toezichtinstrumenten zijn noodzakelijk om een beroep te kunnen doen op de "quasi inhouse" uitzondering),

dan kan op goede gronden betoogd worden dat de gemeenten/provincies de wensen- en bedenkingenprocedure zullen moeten doorlopen. Immers, dan wordt voldaan aan de criteria die in de Parlementaire Geschiedenis wordt gesteld aan een 'deelneming' (zie randnummer 5.5).

Het uiteindelijk oordeel of sprake is van een 'deelneming' hangt af van de uiteindelijke bevoegdheden van de individuele gemeenten/provincies binnen de stichting (bovenstaande is nog gebaseerd op concepten/plannen). Aan het niet-naleven hiervan verbindt de wet geen sancties (de oprichting wordt niet nietig). Wel kan het niet-naleven van deze verplichting politieke gevolgen hebben.

5.9 Tot zover ons (spoed)advies. Wij bespreken graag met u - aan de hand van de gewenste bevoegdheden van de gemeentes/provincies - wat de gevolgen daarvan zijn voor de wensen- en bedenkingenprocedure, alsmede de reeds doorlopen procedure bij de gemeente Utrecht.

Met vriendelijke groet,  
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.

  
J.H.C.A. Muller