



## Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht Over zuiver inbesteden, quasi-inbesteden en het uitsluitend recht

Vastgoed & Recht

Antea Group

Understanding today.  
Improving tomorrow.

Dat overheden bij het in de markt zetten van een opdracht gebonden zijn aan de regels en voorschriften van het aanbestedingsrecht, mag bekend worden verondersteld. Zo dienen opdrachten met een geraamde waarde boven de Europese drempelwaarden verplicht Europees te worden aanbesteed volgens de regels en procedures die de Aanbestedingswet aan dergelijke opdrachten voorschrijft. Maar geldt die verplichting ook wanneer een aanbestedende dienst een opdracht wil uitbesteden aan haar eigen organisatie of aan een vennootschap waarvan zij zelf de aandelen houdt?

In dit artikel komen drie situaties aan de orde waarbij een aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan zichzelf of aan een organisatie waarin zij, al dan niet ten dele, participeert: inbesteden of quasi-inbesteden. Daarnaast wordt de situatie besproken waarbij een opdracht rechtstreeks wordt verleend op basis van een uitsluitend recht.

### Zuiver inbesteden

Het aanbestedingsrecht strekt er niet toe dat aanbestedende dienst verplicht zijn om alle opdrachten uit te besteden aan derden. Aanbestedende diensten kunnen ervoor kiezen een opdracht te laten uitvoeren door de eigen organisatie. In geval een opdracht wordt verleend aan een onderdeel dat deel uitmaakt van dezelfde rechtspersoon, wordt ook wel gesproken van (zuiver) inbesteden.

Het (zuiver) inbesteden van een opdracht valt in beginsel buiten de reikwijdte van de Aanbestedingswet. Dit verklaart zich door het feit dat bij het verlenen van opdrachten aan de eigen organisatie niet wordt gesproken van een overheidsopdracht. De Aanbestedingswet spreekt pas van een overheidsopdracht wanneer sprake is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten. In het geval van een inbesteding wordt niet beantwoord aan deze definitie. Een aanbestedende dienst sluit immers geen wederkerige overeenkomst met zichzelf.

### Quasi-inbesteden

Het wordt ingewikkelder wanneer een opdracht wordt gegund aan een zelfstandige rechtspersoon waarvan een aanbestedende dienst de aandelen houdt of waarin zij ten dele participeert. Zo komt het dikwijls voor dat overheden bepaalde overheidstaken onderbrengen in een rechtspersoon of dat zij (ten dele) participeren in een vennootschap om een doelstelling te verwezenlijken. Bij opdrachtverlening aan dergelijke rechtspersonen is in beginsel wel sprake van een overheidsopdracht. Er wordt in dat geval immers een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een rechtspersoon en een aanbestedende dienst. In beginsel valt een dergelijke opdracht onder de reikwijdte van de Aanbestedingswet.

Opdrachten die wordt verleend aan een rechtens van de aanbestedende dienst te onderscheiden (rechts)persoon vallen in beginsel onder de reikwijdte van de Aanbestedingswet. Niettemin heeft het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJEU') ruimte gezien voor uitzondering. In meerdere uitspraken van het HvJEU werd geoordeeld dat een verplichting tot aanbesteden kan uitblijven wanneer een aanbestedende dienst een opdracht verstrekt aan een (rechts)persoon waarop zij toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten en deze (rechts)persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst die hem beheert.

De jurisprudentie van het HvJEU is inmiddels gecodificeerd in artikel 2.24a e.v. van de Aanbestedingswet. Op grond van deze bepalingen is het een aanbestedende dienst toegestaan een opdracht zonder aanbestedingsprocedure te gunnen aan een van haar te onderscheiden (recht)persoon, mits sprake is van de volgende voorwaarden:

1. De aanbestedende dienst oefent toezicht uit op die (rechts)persoon als ware het een onderdeel van de eigen organisatie,
2. Die (rechts)persoon verricht meer dan 80 procent van zijn werkzaamheden voor die aanbestedende dienst en,
3. Er is geen sprake van privékapitaal.

### **Uitsluitend recht**

Een derde geval waarin een verplichting tot aanbesteden niet aan de orde is, is het verlenen van een opdracht voor diensten op basis van een uitsluitend recht. Van een uitsluitend recht is sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderneming mag worden verricht. Op grond van artikel 2.24, aanhef en onder sub a van de Aanbestedingswet is deel 2 van die wet in dat geval niet van toepassing. Op grond van deze bepaling kunnen bepaalde opdrachten in dat geval rechtstreeks – dat wil zeggen zonder Europese aanbestedingsprocedure – worden gegund aan een marktpartij aan wie een uitsluitend recht is verleend. Dat uitsluitend recht dient wel verenigbaar te zijn met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Op basis van een uitsluitend recht kunnen aanbestedende diensten, onder voorwaarden, ervoor kiezen opdrachten te verstrekken aan vennootschappen waarin zij participeren. De uitzonderingsgrond gaat alleen op wanneer die vennootschap kan worden aangemerkt als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet. Voorts beperkt de uitzonderingsgrond zich tot overheidsopdrachten voor diensten. Voor opdrachten voor leveringen en werken gaat de uitzondering niet op.

In de praktijk gaat de toepassing van bovengenoemde uitzonderingsgronden gepaard met veel juridische vraagstukken. Het zijn casuïstische kwesties waarbij alle relevante feiten, omstandigheden en voorwaarden een rol kunnen spelen.



---

### **Meer weten?**

Neem contact op met Tom Pals.

Telefoon: (06) 21 18 70 77

E-mail: [Tom.Pals@anteagroup.com](mailto:Tom.Pals@anteagroup.com).