Memo

Aan
Gemeente Het Hogeland
t.a.v. Michiel van Bolhuis

Van
Jan Willem Botter en Rob de Greef

Datum
29 september 2020

Betreft
Advies inzake deelname gemeente Het Hogeland in Omrin

1. Inleiding en vraag

Op 1 januari 2022 lopen de verwerkingsovereenkomsten van de gemeente Het Hogeland af voor de verwerking van het restafval, bedrijfsafval, Gft, kunststof, metaal en drankenkartons. De huidige verwerkingsovereenkomsten lopen via de gemeenschappelijke regeling Afvalverwerking Regio Centraal Groningen (ARCG), een samenwerkingsverband van de gemeenten Groningen, Het Hogeland en Westerkwartier, en Afvalbeheer Noord-Groningen welke per 1 januari 2022 wordt opgeheven. Er is een marktverkenning uitgevoerd naar de opties om het afval van de gemeente Het Hogeland vanaf 2022 te verwerken. Kort gezegd waren er voor de gemeente Het Hogeland drie opties:

- Verlenging van de huidige overeenkomst met Attero;
- Aanbesteden van de afvalverwerking op de markt;
- Inbesteden van de verwerking bij een publiek bedrijf waaraan de gemeente Groningen deelneemt.

Uit het onderzoek bleek heel kort samengevat dat een relatie aangaan met het overheidsbedrijf Omrin de beste optie is. Vervolgens is een verdiepende verkenning gedaan naar de verwerkings- en dienstverleningsmogelijkheden die Omrin biedt.

De uitkomsten van deze verkenning zijn positief. Het verwerkingstarief is aanzienlijk lager dan het tarief dat uit een aanbesteding wordt verwacht en is de afgelopen jaren stabiel geweest. Daarnaast levert Omrin goede prestaties op het gebied van scheidingsrendement, CO2 reductie, social return on investment en het bijdragen aan de totstandkoming van een circulaire economie. Bovendien doet Omrin een voorstel voor het behoud van afvalgerelateerde werkgelegenheid en opwekking van groengas in Groningen.

De vraag die nu voorligt is of inbesteden bij Omrin door de gemeente Het Hogeland de juiste keuze is, meer specifiek: of de gewenste inbestedingsconstructie juridisch houdbaar is.

2. Gewenste toekomstige situatie

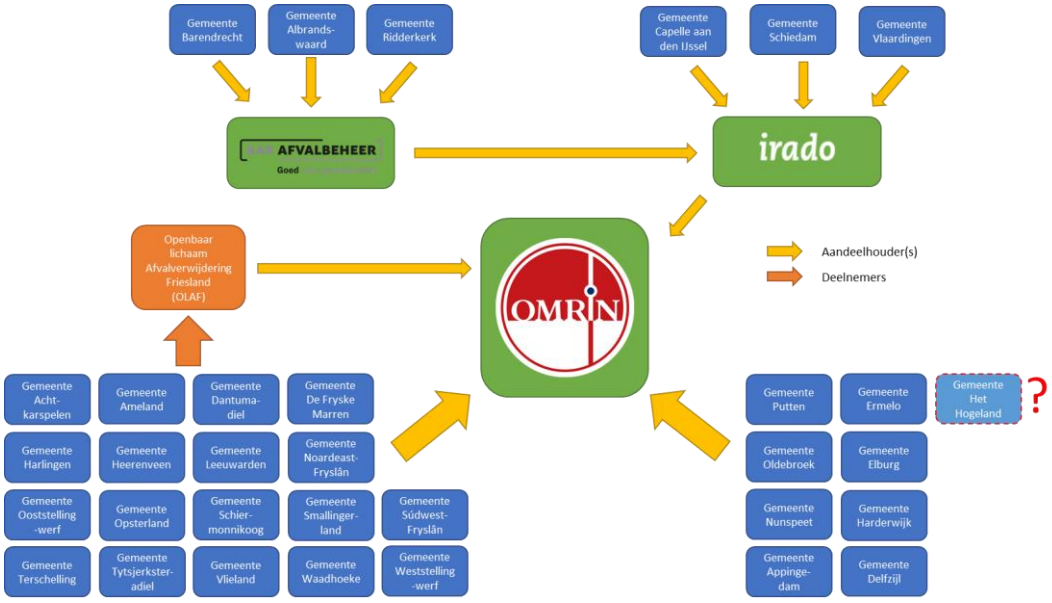
Voor een goede duiding van de vraag is het belangrijk om eerst uiteen te zetten wat Omrin voor een organisatie is en hoe de structuur in elkaar zit. Omrin is de handelsnaam van Afvalsturing Friesland N.V. én N.V. Fryslân Miljeu. De aandelen van Afvalsturing Friesland (met als belangrijkste taak het be- en verwerken van huishoudelijk afval) worden gehouden door de

Friese gemeenten, de Groningse gemeenten Appingedam en Delfzijl, de Noord-Veluwse gemeenten Elburg, Ermelo, Harderwijk, Nunspeet, Oldebroek en Putten en NV Irado (Capelle aan den IJssel, Schiedam, Vlaardingen, Barendrecht, Albrandswaard, Ridderkerk).

De aandelen van N.V. Fryslân Miljeu (met als belangrijkste taak het inzamelen van huishoudelijk afval) zijn in handen van 12 Friese en 4 Groningse gemeenten.[1]

Zoals uit de ons toegestuurde documenten blijkt is het de bedoeling dat gemeente Het Hogeland direct aandeelhouder van Omrin wil worden teneinde haar opdracht tot het verwerken van afval aan Omrin te kunnen gunnen. Gelet op het feit dat het afvalverwerking betreft, betekent dit feitelijk dat gemeente Het Hogeland aandeelhouder wordt van Afvalsturing Friesland N.V., handelend onder de naam Omrin. Wanneer we in het vervolg van deze memo spreken over Omrin bedoelen we, tenzij anders aangegeven, Afvalsturing Friesland N.V. handelend onder de naam Omrin. De N.V. Fryslân Miljeu blijft verder buiten beschouwing.

Voor een goed begrip van de structuur van Omrin geven wij hieronder in een plaatje weer hoe de organisatie in elkaar zit.



De Friese gemeenten zijn letteraandeelhouders A, niet-Friese gemeenten zijn letteraandeelhouders B. Er is onderscheid gemaakt in A en B zodat de Friese gemeenten exclusief gerechtigd zijn tot de reserves die zijn opgebouwd tot het moment van toetreding van letteraandeelhouders B. Daarnaast is het hiermee mogelijk dat niet-Friese gemeenten kunnen toetreden tegen een reële uitgifteprijs voor hun aandelen. Er is verder geen onderscheid tussen beide type aandeelhouders. Ze hebben evenveel zeggenschap en evenveel recht op dividend naar rato van hun aantal aandelen. Elk aandeel geeft recht op een stem. Aandeelhouders hebben statutaire zeggenschap over het beleid van de onderneming en stellen bij het vaststellen van de begroting het verwerkingstarief vast.[2] Omdat gemeente Het Hogeland niet behoort tot de Friese gemeenten, zal het enkel aandelen 'B' kunnen verwerven.

De vraag of inbesteding bij Omrin juridisch houdbaar is, beantwoorden wij aan de hand van de voorwaarden waaronder het mogelijk is voor organisaties om zich te beroepen op inbesteden. In de volgende paragraaf zetten we daarom eerst uiteen wat inbesteden inhoudt.

---

[1] Zie https://www.omrin.nl/bij-mij-thuis/over-omrin/wie-zijn-we/structuur.
[2] Zie Statuten Afvalsturing Friesland N.V., onder andere de artikelen 4, 5, 7, 8, 26 tot en met 30.

3. Aanbestedingsrecht en inbesteden

Het aanbestedingsrecht ziet op overheidsopdrachten. Dat zijn 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.[3] Als overheden aan elkaar diensten verlenen, valt die dienstverlening als overheidsopdracht in beginsel onder de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Er gelden echter specifieke uitzonderingen voor samenwerking tussen overheden, een van die uitzonderingen is inbesteden.

Indien een aanbestedende dienst aan een (gelieerde) publieke organisatie een opdracht gunt, is er sprake van een inbesteding. Aanbestedende diensten kunnen ook samen inbesteden bij een rechtspersoon.[4] Deze meervoudige inbesteding is opgenomen in artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU en geïmplementeerd in artikel 2.24b lid 1 Aanbestedingswet 2012. Om te kunnen inbesteden moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan.

Een aanbestedende dienst kan aan een andere rechtspersoon aanbestedingsvrij een overheidsopdracht gunnen indien aan de volgende drie voorwaarden is voldaan, te weten:

1. de aanbestedende dienst oefent op de rechtspersoon toezicht uit als op eigen diensten (lid 1, onderdeel a) (*toezichtscriterium*),
2. de rechtspersoon verricht meer dan 80% van zijn werkzaamheden ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (lid 1, onderdeel b), (*omzetcriterium*) en
3. er is geen sprake van directe participatie van privaat kapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (lid 1, onderdeel c).

<u>Toezichtscriterium</u>[5]

Hieraan is voldaan indien de betreffende aanbestedende dienst doorslaggevende invloed heeft op de belangrijkste beslissingen en strategische doelstellingen van de betrokken rechtspersoon (gelieerde publieke organisatie). De derde voorwaarde (verbod van privé kapitaal) houdt hiermee verband. Indien er sprake is van privaat kapitaal wordt verondersteld dat geen sprake is van toezicht als op eigen diensten, omdat de rechtspersoon ook het belang van de private kapitaalverschaffer moet dienen.[6]

Indien de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten inbesteedt (meervoudige inbesteding), is het niet relevant of het toezicht door de aanbestedende diensten op alle punten hetzelfde is. Bepalend is dat het toezicht op de gecontroleerde rechtspersoon daadwerkelijk effectief dient te zijn.[7]

In de jurisprudentie is uitdrukkelijk bepaald dat een overeenkomst onvoldoende is om doorslaggevende invloed te hebben op een andere rechtspersoon. De overeenkomst geeft immers slechts (doorslaggevende) invloed op de opdracht en niet op de opdrachtnemer.[8]

<u>Merendeelcriterium</u>

Het merendeelcriterium is opgenomen in artikel 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet en geldt dus zowel voor enkelvoudig als voor meervoudig inbesteden. De betekenis van het

---

[3] Zie art. 1.1. van de Aanbestedingswet 2012.
[4] Coditel (HvJEU van 13 november 2008, C-324/07) en Econord (HvJ EU 29 november 2012, C182/11 en C-183/11)
[5] Teckal (HvJEU van 18 november 1999, C-107/98), r.o. 50.
[6] Stadt Halle (HvJEU van 11 januari 2005, C-26/03) r.o. 49 en Acoset (HvJEU van 15 oktober 2009), r.o. 53.
[7] Coditel (HvJ EU van 13 november 2008, C-324/07), r.o. 28.
[8] Piepenbrock (HvJ, 13 juni 2013, C-386/11).

criterium is opgenomen in artikel 2.24a vierde en vijfde lid. Hieruit blijkt dat het percentage van de activiteiten wordt bepaald aan de hand van de **gemiddelde totale omzet**, of een geschikte alternatieve maatstaf die op de activiteiten is gebaseerd.

Wanneer omzet of die alternatieve op activiteiten gebaseerde maatstaf niet meer relevant is kan met **prognoses** worden aangetoond de percentage van de activiteit aannemelijk zijn. Dit geldt bijvoorbeeld indien de organisatie net is opgericht, nieuwe activiteiten worden uitgevoerd of sprake is geweest van een reorganisatie.

Bij het aantonen van en het toetsen op het merendeelcriterium worden zowel kwalitatieve als kwantitatieve omstandigheden betrokken.[9]

Privé kapitaal

Tot slot is in artikel 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet opgenomen dat geen sprake van directe participatie van privékapitaal mag zijn in de zogenoemde gecontroleerde rechtspersoon.

4. Juridische houdbaarheid inbestedingsconstructie gemeente Het Hogeland – Omrin

Of de gewenste inbestedingsconstructie van gemeente Het Hogeland en Omrin een juridisch houdbare constructie is, beantwoorden we aan de vraag hand van de drie in paragraaf 3 genoemde (cumulatieve) voorwaarden waaraan een inbestedingsconstructie moet voldoen.

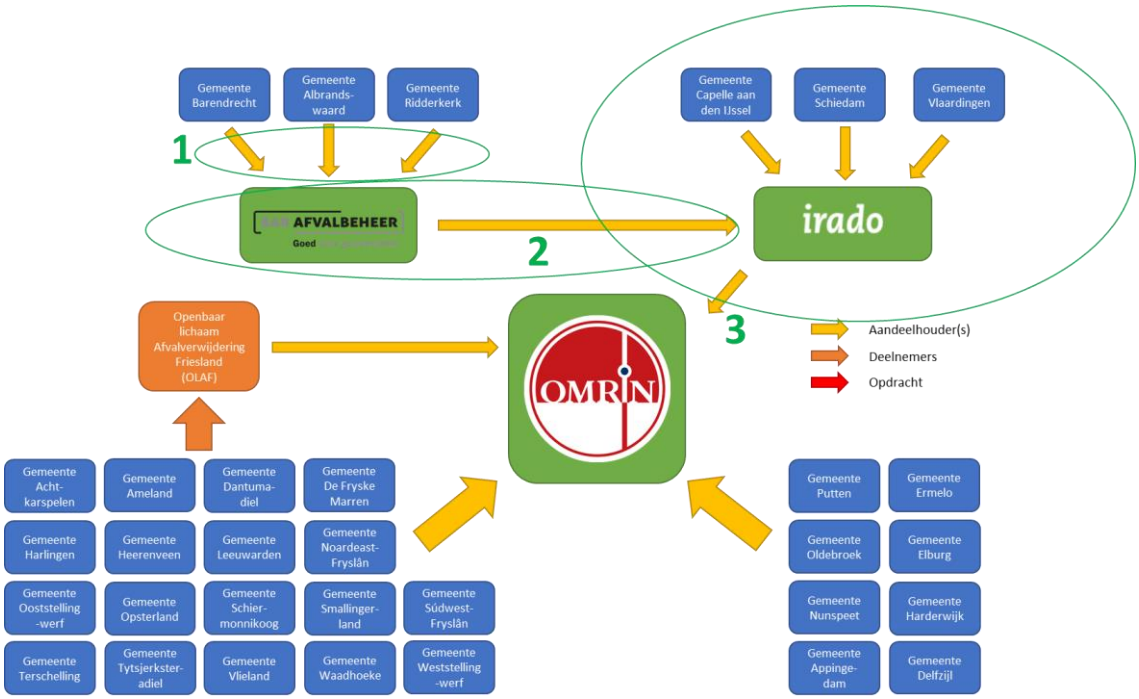
4.1 Beoordeling voorwaarde 1: toezichtscriterium

De eerste voorwaarde is het toezichtscriterium. Zoals in paragraaf 3 uiteengezet dient de invloed die Het Hogeland om Omrin krijgt, daadwerkelijk effectief moet zijn. Dat betekent dat gemeente Het Hogeland als aandeelhouder van Omrin daadwerkelijk invloed moet hebben op de meest belangrijke en strategische keuzes die Omrin heeft. Dat deze invloed wordt gedeeld met andere aandeelhouders is niet relevant, maar de invloed moet meer dan theoretisch zijn.

Omdat gemeente Het Hogeland rechtstreeks aandeelhouder wordt van Omrin als houder van ‘letter B-aandelen’, wordt naar ons oordeel voldaan aan het toezichtscriterium. Als houder van aandelen-B heeft gemeente Het Hogeland per aandeel recht op één stem in de aandeelhoudersvergadering en zodoende invloed op alle besluiten die aan de aandeelhoudersvergadering toekomen, zoals onder andere het benoemen van een commissaris in de Raad van Commissarissen[10], besluiten over de uitgifte van nieuwe aandelen[11] en noodzakelijke goedkeuring van bepaalde besluiten van het bestuur omtrent belangrijke verandering van de identiteit of karakter van Omrin[12]. Ons eigen oordeel dat gemeente Het Hogeland hiermee voldoende invloed heeft om te kunnen voldoen aan het toezichtscriterium wordt versterkt vanwege recente jurisprudentie. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft zich recentelijk – onder andere – uitgesproken over Omrin en de vraag of de invloed die de aandeelhouders op Omrin hebben voldoende is om aan het toezichtscriterium te voldoen.[13] In de betreffende zaak is onder andere beoordeeld of de gemeenten Barendrecht, Albrandswaard en Ridderkerk (Hierna: BAR-gemeenten) voldoende invloed hebben op Omrin om aan het toezichtscriterium te voldoen. Van belang is hierbij dat de BAR-gemeenten niet rechtstreeks aandeelhouder zijn bij Omrin, maar getrapt. In onderstaande afbeelding maken wij visueel duidelijk waarom deze deelname ‘getrapt’ is: de BAR-gemeenten zijn ieder

[9] Sulmona (HvJ-EU, 8 december 2016, C-553/15,) r.o. 34.
[10] Zie Statuten 31 december 2015 Afvalsturing Friesland N.V., artikel 17 lid 4.
[11] Zie Stauten 31 december 2015 Afvalsturing Friesland N.V., artikel 5 lid 1.
[12] Zie Statuten 31 december 2015 Afvalsturing Friesland N.V., artikel 15 lid 6.
[13] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791.

aandeelhouder van BAR-afvalbeheer (1), die op haar beurt aandeelhouder is van IRADO (2). IRADO bezit 'letter-aandelen B' in Omrin (3).



De voorzieningenrechter overweegt dat BAR-afvalbeheer weliswaar minderheidsaandeelhouder is van IRADO, maar dat BAR-afvalbeheer volgens de statuten in ieder geval in een aantal gevallen – vanwege verplichte unanieme besluitvorming – voldoende invloed heeft om beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van IRADO.[14] Vervolgens is IRADO als aandeelhouder vertegenwoordigd in de besluitvormende organen van Omrin, zodat IRADO tezamen met de andere aandeelhouders invloed kan uitoefenen op de benoeming van de commissarissen in de Raad van Commissarissen van Omrin en op de besluitvorming ten aanzien van onder andere tarifering en het beleidsplan voor de komende vier jaar van Omrin. Volgens de voorzieningenrechter is hiermee voldaan aan het vereiste dat IRADO beslissende invloed op Omrin kan uitoefenen.[15] Dat in dit geval IRADO slechts 9,4% van de aandelen bezit in Omrin (en dus de achterliggende gemeenten nog veel minder), maakt dat niet anders voor de achterliggende gemeenten, aangezien de beslissende invloed ook kan bestaan bij samenwerking met andere aanbestedende diensten of bij meerderheidsbesluiten.[16] Ook de verdeling van het aandelenkapitaal van Omrin in 'letter-A-aandelen' voor de Friese gemeenten en 'letter-B-aandelen' voor alle niet-Friese gemeenten maakt dit niet anders volgens de voorzieningenrechter: de invloed van de BAR-gemeenten op Omrin via aandeelhouderschap in BAR-afvalbeheer en IRADO is toereikend.[17]

Omdat de getrapte deelname van de BAR-gemeenten in Omrin als voldoende is beoordeeld, sterkt dit ons oordeel dat de gewenste directe invloed die gemeente Het Hogeland verkrijgt, voldoende is om te voldoen aan het toezichtscriterium. Vergeleken met de invloed van de afzonderlijke BAR-gemeenten, is de invloed van gemeente Het Hogeland veel groter in het geval de gemeente Het Hogeland rechtstreeks aandeelhouder is van letteraandelen B.

[14] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro. 4.13 en 4.14.
[15] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro. 4.17.
[16] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro. 4.13 en 4.18.
[17] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro. 4.19 en 4.22.

4.2 beoordeling voorwaarde 2: merendeelcriterium

Volgens het merendeelcriterium is het de bedoeling dat 80% van de omzet van Omrin moet worden gegenereerd door dienstverlening aan haar aandeelhouders. In de aan ons aangeleverde informatie hebben wij geen financiële informatie aangetroffen ten aanzien van de vraag of, en zo ja hoeveel, omzet Omrin genereert met de dienstverlening aan anderen dan haar aandeelhouders zodat wij niet met zekerheid kunnen vaststellen welk percentage van de omzet van Omrin vanwege dienstverlening aan haar aandeelhouders wordt gegenereerd. Wel staat vast dat in het geval gemeente Het Hogeland toetreedt tot de aandeelhouders van Omrin (en vervolgens haar opdrachten met betrekking tot afvalverwerking onderbrengt bij Omrin), dit geen verslechtering ten aanzien van het merendeelcriterium oplevert. Anders gezegd: als voor de Omrin geldt dat de afgelopen jaren altijd werd voldaan aan het merendeelcriterium, dan verandert dat niet ten negatieve door de toetreding van gemeente Het Hogeland als aandeelhouder.

Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft beoordeeld of aandeelhouders van Omrin voldeden aan het merendeelcriterium. Door Omrin is in die zaak aangevoerd dat in de jaren 2016 tot en met 2018 de gemiddelde omzet van Omrin voor 84,9% bestaat uit activiteiten die voor haar aandeelhoudende gemeenten zijn verricht. Daarmee stelt de voorzieningenrechter vast dat Omrin voldoet aan het merendeelcriterium.[18] Wij zijn in de ons toegestuurde stukken geen enkele aanwijzing tegengekomen dat daarin sindsdien verandering is gekomen zodat wij er van uit gaan dat Omrin (nog steeds) voldoet aan het merendeelcriterium, zodat ook aan de tweede voorwaarde voor inbesteding is voldaan.

4.3 beoordeling voorwaarde 3: privé-kapitaal

In de statuten van Omrin is bepaald dat alleen Nederlandse publiekrechtelijke lichamen aandeelhouders kunnen zijn, of aandelenvennootschappen (B.V. of N.V.) in het geval de aandelen van die aandelenvennootschappen volledig toebehoren aan Nederlands publiekrechtelijke lichamen. Daarbij geldt als aanvullende eis dat elke aandeelhouder tevens een leveringsrelatie met Omrin moeten aangaan ten aanzien van het ingezamelde (huishoudelijk) afval.[19] Dit betekent dat de statuten garanderen dat er geen directe participatie van privé-kapitaal (in de zin van de Aanbestedingswet) bij Omrin kan worden ingebracht. Naar ons oordeel is hiermee voldaan aan voorwaarde drie, de afwezigheid van directe inbreng van privé-kapitaal in Omrin. Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank van Rotterdam komt tot hetzelfde oordeel.[20]

5. Conclusie

Uit paragraaf 4 vloeit voort dat aan de drie cumulatieve voorwaarden voor inbesteding is voldaan. Dat betekent dat gemeente Het Hogeland zich, in het geval zij aandeelhouder wordt van Omrin, op de uitzondering van inbesteding mag beroepen. Opdrachten die gemeente Het Hogeland aan Omrin verleent, zijn daarmee uitgezonderd van de plicht tot aanbesteding.

[18] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro. 4.10.
[19] Zie Statuten 31 december 2015 Afvalsturing Friesland N.V., artikel 4, lid 2.
[20] Zie Rechtbank Rotterdam 31-01-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:791, Ro 4.9.