

Twee actuele beschouwingen uit de aanbestedingspraktijk

Aanbestedingswet

De aanbestedingsrechtadvocaten van CMS bespreken in onderstaande bijdragen het grensoverschrijdend belang bij de aanbesteding van abri's door gemeenten en het besluit van de Unie van Waterschappen om voortaan innovatief aan te besteden.



Mw. mr. M.W. Speksneijder



mr. N. Kiani deh Kiani



mw. mr. S.J. Driessen



mw. mr. P.F.C. Heemskerk

I. TEGENSTRIJDIGE ARRESTEN OVER EXPLOITATIE VAN GEMEENTELIJKE ABRI'S

Hof Den Bosch heeft op 29 november 2016 een opmerkelijke uitspraak gedaan in de Eindhovense zaak over de vraag of sprake is van een grensoverschrijdend belang bij de concessies voor de exploitatie van de gemeentelijke abri's en reclamezuilen (ECLI:NL:GHSHE:2016:5304). Deze zaak ging, kort samengevat, over het volgende:

De Stichting Eindhoven Marketing – een stichting die van de gemeente Eindhoven het exclusieve recht heeft gekregen voor het maken van reclame in de openbare ruimte – heeft voornoemde exploitatierechten onderhands, zonder voorafgaande bekendmaking, gegund aan Exterior Media en Clear Channel. JCDecaux viste achter het net. JCDecaux heeft in een kort geding, en vervolgens in hoger beroep, ingrijpen in de gesloten concessieovereenkomsten gevorderd. Volgens JCDecaux hebben de concessies namelijk een grensoverschrijdend belang en hadden deze om die reden niet zonder transparantie in de markt gezet mogen worden. De met de concessie gemoeide waarde van circa € 60 miljoen, is volgens JCDecaux voldoende om aan te nemen dat sprake was van een grensoverschrijdend belang. Hof Den Bosch gaat daar niet in mee.

Voordat we toekomen aan de overwegingen van Hof Den Bosch, allereerst iets over de juridische achtergrond. Ten tijde van het sluiten van de concessieovereenkomsten golden de Europese aanbestedingsregels niet voor dienstenconcessies, zoals hier aan de orde is. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU moeten aanbestedende diensten bij het vergeven van dergelijke concessieovereenkomsten echter wel de fundamentele regels van het VwEU (Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie), meer in het bijzonder het transparantiebeginsel en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, in acht nemen wanneer sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (zie bijvoorbeeld HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12 *Belgacom*, ECLI:EU:C:2013:736, HvJ EU 6 oktober 2016, zaak C-318/15 *Tecnoedi*, ECLI:EU:C:2016:747). Dat betekent dat een aanbestedende dienst, indien een dienstenconcessie een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, in ieder geval een passende mate van openbaarheid moet betrachten bij de aankondiging en het

vergeven van die concessieovereenkomst, waarbij alle geïnteresseerden gelijke kansen krijgen. Of sprake is van een grensoverschrijdend belang moet volgens deze Europese rechtspraak worden vastgesteld aan de hand van objectieve criteria, waaronder de waarde van de concessie in samenhang met de plaats van de uitvoering en de technische aspecten daarvan. Inmiddels zijn voor dienstenconcessies specifieke aanbestedingsregels geformuleerd in Richtlijn 2014/23/EU, die is geïmplementeerd in de (per 1 juli 2016 gewijzigde) Aanbestedingswet 2012.

Hof Den Bosch verwijst naar voornoemd *Tecnoedi*-arrest en de daarin opgenomen regel dat een grensoverschrijdend belang kan worden vastgesteld op basis van objectieve criteria, zoals de plaats van uitvoering, de technische aspecten en het economisch belang van de concessie. Daaraan voegt het hof toe dat van belang kan zijn of in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers werkelijke klachten (geen schijnklachten) hebben geuit en dat de aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang niet te snel moet worden aangenomen. Vervolgens oordeelt het hof dat (i) het feit dat JCDecaux een Franse moedermaatschappij heeft en ook Clear Channel en Exterior Media deel uitmaken van een internationaal concern, (ii) het feit dat andere vergelijkbare concessies (Europees) worden aanbesteed, (iii) het feit dat de inmiddels voor dienstenconcessie geldende drempelwaarde wordt overschreden en (iv) het feit dat de concessieovereenkomsten worden uitgevoerd in de grensstreek, onvoldoende zijn om een grensoverschrijdend belang aan te nemen. Volgens Hof Den Bosch is niet concreet gebleken dat er daadwerkelijk interesse vanuit het buitenland zal zijn en is er om die reden onvoldoende grond voor de conclusie dat sprake is van een grensoverschrijdend belang. Hof Den Bosch wijst de vorderingen van JCDecaux dan ook af.

Deze uitspraak staat haaks op de uitspraak van Hof Den Haag van 25 oktober 2016 waarin vrijwel dezelfde kwestie voorlag (ECLI:NL:GHDHA:2016:3169). Hof Den Haag heeft daarin het gemeentelijk vervoersbedrijf Rotterdam (RET), dat zonder voorafgaande bekendmaking en/of transparante procedure een concessieovereenkomst voor het exploiteren van haar reclamearsenaal had vergeven aan Exterior Media, teruggefloten. Hof Den Haag komt namelijk, onder verwijzing naar dezelfde recht-

spraak van het HvJ EU, tot de conclusie dat deze concessie wel degelijk een grensoverschrijdend belang heeft. Anders dan Hof Den Bosch, meent Hof Den Haag dat daarvoor niet is vereist dat buitenlandse partijen daadwerkelijk interesse in de opdracht hebben getoond. De met de concessie gemoeide omzet van circa € 100 miljoen is volgens Hof Den Haag zo substantieel dat een reële mogelijkheid bestaat dat partijen uit andere lidstaten interesse in de opdracht hebben. Daarbij acht Hof Den Haag – weer in tegenstelling tot Hof Den Bosch – wel van belang dat de drie grote spelers op deze markt, Clear Chanel, Exterior Media en JCDecaux, alle drie deel uitmaken van internationale concerns. Interesse uit het buitenland kan er ook uit bestaan dat ondernemingen uit andere lidstaten zich in Nederland hebben gevestigd of Nederlandse ondernemingen hebben geacquireerd, aldus Hof Den Haag. De vorderingen van JCDecaux tot ingrijpen in deze concessieovereenkomst werden dan ook toegewezen en Hof Den Haag heeft RET geboden om, voor zover zij de concessie nog wenst te vergeven, deze aan te kondigen met inachtnaam van het daaromtrent (inmiddels) bepaalde in de Aanbestedingswet 2012.

Hoe nu verder?

JCDecaux heeft aangekondigd in cassatie te gaan tegen het arrest van Hof Den Bosch. In het licht van de Europese rechtspraak, verwachten wij dat zij daarin succesvol zal zijn en dat het arrest geen stand zal houden. Immers, de lijn in de Europese rechtspraak is duidelijk; er moet worden gekeken naar de waarde van de concessie in samenhang met de plaats van de uitvoering en de technische aspecten ervan. Uit deze rechtspraak volgt niet dat daadwerkelijk belangstelling moet zijn getoond door een onderneming die (alleen) is gevestigd in het buitenland, zoals Hof Den Bosch kennelijk aanneemt. In tegendeel, er moet juist op basis van objectieve criteria worden beoordeeld of sprake is van een grensoverschrijdend belang. Ook valt de door Hof Den Bosch kennelijk als uitgangspunt genomen regel, dat niet te snel zou mogen worden aangenomen dat sprake is van een grensoverschrijdend belang, op geen enkele wijze uit de Europese rechtspraak te herleiden. Nu – net als in de zaak die voorlag bij Hof Den Haag – sprake lijkt te zijn van een concessie met een waarde ruim boven de inmiddels geldende drempel (van € 5.186.000), van een markt die wordt beheerst door internationale ondernemingen en het uitvoeringsgebied bovendien dicht bij de landsgrens ligt, kan de conclusie wat ons betreft niet anders zijn dan dat dit wel degelijk het geval is.

Hoewel op dit moment de lijn van de Nederlandse gerechtshoven niet duidelijk is – Hof Den Bosch en Hof Den Haag lijken lijnrecht tegenover elkaar te staan – verdient het wat ons betreft dus aanbeveling om uit te gaan van de juistheid van het arrest van Hof Den Haag. Wij adviseren gemeenten en andere aanbestedende diensten, die voor de vraag staan of een door hen te sluiten overeenkomst een grensoverschrijdend belang heeft, dan ook om zich niet op het verkeerde been te laten zetten door de uitspraak van Hof Den Bosch.

II. NIEUW INKOOP- EN AANBESTEDINGSBELEID WATERSCHAPPEN: MEER RUIMTE VOOR INNOVATIE

Op 30 september 2016 heeft de commissie Bestuurszaken, Communicatie en Financiën het nieuwe inkoop- en aanbestedingsbeleid van de Unie van Waterschappen vastgelegd.

Het doel van dit nieuwe beleid is om de waterschappen op een goede en verantwoorde wijze te laten inkopen en aanbesteden. De commissie hoopt met dit nieuwe beleid de effectiviteit van de inkoopprocedure te optimaliseren en de kwaliteit van opdrachten te verbeteren.

Innovatiegericht inkopen en Eigen Initiatief

Waterschappen worden aangemoedigd om innovatiegericht in te kopen. Aan de bestaande wens om innovatiegericht in te kopen wordt gehoor gegeven door middel van een speciaal ingericht proces dat is beschreven in de handleiding 'Eigen Initiatief'.

Een Eigen Initiatief kan door marktpartijen worden aangedragen en zal zijn gericht op het oplossen van een probleem van het waterschap. Als de opdracht van het Eigen Initiatief boven het Europees drempelbedrag wordt geraamd, dan is het waterschap verplicht de opdracht op TenderNed aan te kondigen. Op grond van art. 2.32, lid 1, onderdeel b, Aanbestedingswet is het in bepaalde gevallen echter wel mogelijk om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te voeren met één bepaalde ondernemer. Hier kan onder andere sprake van zijn indien de aanbesteding als doel heeft het vervaardigen of verwerven van een uniek kunstwerk of een unieke artistieke prestatie.

Het Eigen Initiatief toont gelijkenis met het *unsolicited proposal*. Knelpunt daarbij is traditiegetrouw dat ondernemers zelden eigen initiatief nemen of een voorstel indienen, omdat bepaald onzeker is of zij, als de opdrachtgever het idee al goed vindt, het voorstel wel ook echt zullen mogen realiseren. Als uiteindelijk moet worden gekozen voor een aanbesteding, is er weinig te winnen bij het indienen van een eigen initiatief.

De waterschappen lijken voor dit dilemma nog niet echt een oplossing te hebben gevonden. Kennelijk bestaat voor het organiseren van een innovatiepartnerschap bij nieuwe ontwikkelingen nog weinig ruimte hoewel de nieuwe Aanbestedingswet die wel geeft.

Ei van Columbus?

Het welslagen van een innovatiegerichte aanbesteding wordt weliswaar door dit beleid gefaciliteerd, maar dit neemt niet weg dat het succes vooral wordt bepaald door de wijze waarop de aanbesteding wordt ingericht. De tweede maatgevende randvoorwaarde is de overeenkomst die wordt aanbesteed. Innovatie heeft alleen dan een kans, wanneer aanbesteders afstand durven te nemen van traditionele contractvormen. Zonder de verworvenheden van de aanbestedingspraktijk los te laten, zou er ook de durf moeten zijn om nieuwe paden te bewandelen. Dat vergt aanbestedingsdocumenten die oorspronkelijk en origineel zijn en overeenkomsten gebaseerd op maatwerk waarin, naast vernieuwing, ook een basis kan worden gelegd voor samenwerking op basis van vertrouwen en gedeeld belang. Er is kortom sprake van een mooi nieuw beleid dat in de praktijk nog wel handen en voeten moet krijgen om nog meer te halen uit de mogelijkheid innovatiegericht in te kopen en ook echt te vernieuwen.

De auteurs zijn als aanbestedingsrechtadvocaten verbonden aan CMS Derks Star Busmann.