

Aan: Openbaar Lichaam gemeenschappelijke regeling Milieusamenwerking en Afvalverwerking Regio Nijmegen (MARN)
t.a.v. Geert Jan Schulkes
Van: Maarten Vis Azn en Anne van Onna
Datum: 10 december 2015
Betreft: Aanbestedingsrechtelijke gevolgen voor voortzetten vuilverwerkingsovereenkomst tussen ARN BV en MARN

Adviesmemo (concept)

1. Achtergrond

1.1 In dit memo ligt de vraag voor of MARN vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt rechtmatig handelt door de vuilverwerkingsovereenkomst (hierna: “Overeenkomst”), die zij heeft gesloten met ARN BV (hierna: “ARN”) niet op te zeggen, maar stilzwijgend te laten voortduren, conform het bepaalde in de met ARN gesloten overeenkomst.

2. Aanbestedingsrechtelijk kader

2.1 In deze paragraaf zal het juridische kader worden uiteengezet met betrekking tot de totstandkoming van de overeenkomst, de mogelijkheid tot stilzwijgende verlenging en met name de vraag of en zo ja, wanneer er sprake is van een (nieuw) aanbestedingsmoment ten aanzien van de opdracht tot vuilverwerking.

2.2 Bij de beantwoording van de vraag gaan wij niet verder in op de inbestedingsdoctrine of de bruidsschattheorie, aangezien deze punten niet relevant zijn voor de beantwoording van de onder punt 2.1 geformuleerde vraag.

Totstandkoming overeenkomst

2.3 In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat de Overeenkomst in 1988 op rechtmatige wijze tot stand is gekomen en dat de opdracht dus op de juiste wijze is gegund aan ARN, zij het via een destijds bestaande inbestedingsrelatie, dan wel op basis van toen vigerende wet- en regelgeving. Dit wordt door Houthoff Buruma (hierna: “Houthoff”) ook als uitgangspunt genomen in paragraaf 2.3 van haar notitie d.d. 8 december 2015.

2.4 In de tweede plaats kan, in tegenstelling tot hetgeen door Houthoff wordt gesteld in paragraaf 2.6 van haar notitie, worden aangenomen dat er geen sprake is van een raamovereenkomst. Een raamovereenkomst veronderstelt dat er slechts een kader tussen partijen is overeengekomen, waarbinnen periodiek opdrachten (kunnen) worden gegund aan de raamcontractant. In onderhavige situatie worden geen nadere opdrachten verstrekt op basis van de Overeenkomst. Op basis van de Overeenkomst verwerkt ARN het door MARN aangeboden afval. Hiervoor is geen aanvullende handeling vereist. Houthoff stelt dan ook ten onrechte dat MARN ieder jaar een nieuwe opdracht zou verstrekken aan ARN. De overeenkomst geldt als een ‘normale’ overheidsopdracht en overeenkomst.

Overeenkomst voor onbepaalde tijd

2.5 Er bestaat op grond van de Aanbestedingswet 2012 en de Europese aanbestedingsrichtlijnen geen minimum of maximumlooptijd voor overeenkomsten, die aanbestedende diensten sluiten met opdrachtnemers. Een overeenkomst kan dus worden aangegaan voor onbepaalde tijd of kan verlengopties bevatten. Zo gaat ook de Aanbestedingswet 2012 er expliciet van uit dat contracten voor onbepaalde tijd geoorloofd zijn, aangezien is bepaald dat op dat moment voor de opdrachtwaarde het maandelijks te betalen bedrag moet worden vermenigvuldigd met 48.¹

¹ Artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012.

2.6 In het *Commissie/Spanje*-arrest van het Hof van Justitie (HvJ), waarnaar wordt verwezen in de notitie van Houthoff onder 2.8, is overwogen dat een verlening van een concessie voor twintig jaar (met een optie tot verlengen van 10 jaar) aan één bepaalde exploitant belemmerend kan werken.² Van belang was in dit kader dat de tijd, die nodig is om investeringen terug te verdienen, een argument kan zijn om de duur van de concessieovereenkomst uit te breiden. Expliciete overwegingen ten aanzien van de looptijd van contracten zijn evenwel niet gemaakt.

2.7 Anders dan door Houthoff wordt gesteld onder 2.8 is een clause op grond waarvan een overheidsopdracht kan worden verlengd **niet** in strijd met het Europese recht. In het door Houthoff geciteerde *Presstext*-arrest³ wordt expliciet overwogen dat “*Het gemeenschapsrecht voorziet bij de huidige stand evenwel niet in een verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten ..*”. Het Hof overweegt wel dat overeenkomsten voor onbepaalde tijd op zich de mededinging tussen dienstverleners **kan** belemmeren, maar dat houdt niet in dat er een verbod is om overeenkomsten voor onbepaalde tijd af te sluiten.⁴

Aanbestedingsmoment

2.8 In paragraaf 2.6 stelt Houthoff dat MARN op grond van artikel 8 lid 2 van de Overeenkomst iedere vijf jaar opnieuw beslist of de opdracht wordt gegund aan ARN of dat deze Europees wordt aanbesteed. Gesuggereerd wordt dat na vijf jaar een actieve handeling vereist is. Deze stelling is onjuist. Artikel 8 lid 2 bepaalt juist dat de Overeenkomst telkens met een periode van vijf jaar stilzwijgend wordt verlengd, tenzij door één van partijen de Overeenkomst wordt beëindigd. Indien partijen niets doen, wordt de Overeenkomst dan ook stilzwijgend verlengd. Hier is geen sprake van een nieuw aanbestedingsmoment.

2.9 In haar notitie haalt Houthoff in dit kader het arrest *Commissie/Nederland* van het HvJ aan. Hierin is bepaald dat de toepasselijke richtlijn die richtlijn is ‘*welke van kracht was op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen*’.⁵ Dat zegt echter niets over de vraag of MARN door niets te doen er sprake is van een aanbestedingsmoment, waarop MARN actief een besluit zou moeten nemen om niet te verlengen.

2.10 Dit zou wellicht anders zijn indien sprake is van een wezenlijke wijziging. Indien aard en omvang van de Overeenkomst dusdanig wijzigen, dat in feite een geheel nieuwe opdracht ontstaat, betekent dit dat deze nieuwe opdracht open moet staan voor marktpartijen en dus niet direct onderhands kan worden gegund aan de reeds bestaande opdrachtnemer.

2.11 In onderhavige situatie is geen sprake van een wezenlijke wijziging van de opdracht. Aard en omvang zijn, op geoorloofde indexering na, gelijk gebleven. Van een aanbestedingsmoment op die grond is dan ook geen sprake.

2.12 De vergelijking met de situatie bij ProRail, waarnaar in 2.9 verwezen wordt, is niet juist. Bij ProRail zijn, zoals blijkt uit de kamerstukken, de looptijden van overeenkomsten voor pilotprojecten eenzijdig van 3,5 jaar verlengd naar 10 jaar, zonder enige contractuele basis en zonder een aanbestedingsprocedure. In dit geval houden MARN en ARN zich strikt aan de Overeenkomst en hetgeen daarin is opgenomen met betrekking tot een mogelijke verlenging. Van enige strijd met het aanbestedingsrecht of schending van enige wettelijke bepalingen is dan ook geen sprake.

Conclusie

3.1 De Overeenkomst tussen MARN en ARN is op rechtmatige wijze tot stand gekomen. Het betreft een reguliere overeenkomst tot het leveren en verwerken van afval en geen raamovereenkomst in de zin van de aanbestedingswetgeving. Het

² HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03, pt. 44.

³ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, pt. 74.

⁴ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, pt. 74.

⁵ HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-576/10, pt. 52.

betreft een overeenkomst voor onbepaalde tijd, hetgeen zoals blijkt uit de richtlijnen, de Aanbestedingswet 2012 en de jurisprudentie van het Europese Hof, nog steeds is toegestaan en dus niet als onrechtmatig geldt. Ook de in de overeenkomst opgenomen verlengingsbepalingen, die er toe leiden dat de Overeenkomst steeds stilzwijgend met 5 jaar verlengd wordt, zijn niet in strijd met de Europese Aanbestedingsrichtlijnen of de Aanbestedingswet 2012 (die gebaseerd is op de (oude) richtlijn 2004/18 EG en die het BAO vervangt).

3.2 Marktpartijen kunnen op zich proberen via de rechter om te vragen om de Overeenkomst te vernietigen, maar de in de notitie genoemde artikel 4.15 e.v. van de Aanbestedingswet 2012 geldt niet voor overeenkomst die voordien zijn gesloten. De rechtsgeldig tot stand gekomen Overeenkomst kan niet zomaar vernietigd worden, daarvoor ontbreekt voldoende grondslag.

3.3 Dat een ieder kan klagen over de toepassing of het gebrek daaraan van de aanbestedingswetgeving bij de Commissie is juist, maar dat staat geheel los van de vraag of stilzwijgende verlenging conform de rechtmatig tot stand gekomen Overeenkomst onrechtmatig is.

3.4 Bij de controle van de jaarrekening dient de accountant inderdaad de rechtmatigheid van de aanbestedingen te toetsen. Pas als blijkt dat de niet naleving van de regels bepaalde grenzen te boven gaat, kan het komen tot een onthouding van goedkeuring. Dat is eerder uitzondering dan regel.

Met vriendelijke groet,

Maarten Vis Azn en Anne van Onna