

Notitie

Aan	GroenLinks fractie (Mook) SP fractie (Nijmegen) GroenLinks fractie (Nijmegen) Kernachtig Wijchen fractie	G. 't Hart advocaat T 010 217 2522 F 010 217 2752 M 06 2049 4507 g.t.hart@houthoff.com
Datum	8 december 2015	
Betreft	opdrachtverlening GR MARN aan ARN B.V.	
Referentie	340002100/15095502.2	

1. Inleiding

- 1.1. In deze notitie wordt (beknopt) uiteengezet of het Openbaar Lichaam gemeenschappelijke regeling Milieusamenwerking en Afvalverwerking Regio Nijmegen ("**MARN**") en de in deze regeling deelnemende gemeenten in strijd handelen met de Aanbestedingswet 2012 door rechtstreeks opdracht te verlenen aan ARN B.V. ("**ARN**") voor de verwerking van huishoudelijk afval.
- 1.2. ARN is een onderneming waarvan de aandelen deels in publieke en deels in private handen zijn. De door ARN laatst bekendgemaakte aandeelhouderssamenstelling is als volgt:¹
- | | |
|----------------------------|--------|
| - REMONDIS Nederland B.V.: | 39,96% |
| - MARN: | 37,50% |
| - Regio De Vallei: | 11,76% |
| - Regio Rivierenland: | 5,88% |
| - Regio Noord-Veluwe: | 4,90% |
- 1.3. MARN heeft in het verleden met ARN een overeenkomst gesloten op grond waarvan ARN voor MARN afval verwerkt. Begrepen wordt dat deze overeenkomst steeds met perioden van vijf jaar wordt verlengd. Op het moment dat deze overeenkomst werd gesloten, had ARN nog uitsluitend publieke aandeelhouders. Nadien is circa 40% van de aandelen in ARN verkocht aan REMONDIS Nederland B.V. ("**REMONDIS**").

2. Aanbestedingswet 2012

- 2.1. MARN is als samenwerkingsverband van gemeenten (die allen aanbestedende diensten zijn) zelf ook een aanbestedende dienst.² Bij het verlenen van opdrachten aan derden moet MARN daarom de Aanbestedingswet 2012 naleven.

¹ <http://www.arnbv.nl/Portals/0/Duurzaamheid/Wie%20zijn%20wij%20en%20waar%20staan%20we%20voor.pdf>

- 2.2. Opdrachten voor de verwerking van huishoudelijk afval vallen onder de volle werking van de Aanbestedingswet 2012.³ De aanbestedingsplicht die op grond van de Aanbestedingswet 2012 op MARN rust, geldt ook bij opdrachtverlening aan andere aanbestedende diensten, zoals overheden of publiekrechtelijke instellingen.⁴ De Aanbestedingswet 2012 heeft, met andere woorden, niet alleen betrekking op publiek-private verhoudingen, maar ook op publiek-publieke verhoudingen.
- 2.3. Niettemin hoeven aanbestedende diensten een overheidsopdracht toch niet aan te besteden, wanneer zij toezicht uitoefenen op de externe opdrachtnemer als op hun interne organisatie en de opdrachtnemer het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de toezichthoudende aanbestedende diensten.⁵ Aangenomen wordt dat de oorspronkelijke opdracht van MARN aan ARN als opgenomen in de vuilverwerkingsovereenkomst d.d. 22 januari 1988 aan deze uitzonderingsgrond voldeed en de oorspronkelijke opdracht daarom niet Europees hoefde te worden aanbesteed.⁶
- 2.4. Een beroep op inbesteding is niet langer mogelijk, zodra een marktpartij deelneemt in de betreffende opdrachtnemer.⁷ Sinds 2006, toen circa 40% van de aandelen in ARN zijn verkocht en geleverd aan REMONDIS, kunnen MARN en de daarin deelnemende gemeenten dus geen beroep meer doen op inbesteding ter rechtvaardiging van het afzien van een Europese aanbesteding.
- 2.5. Uit het jaarverslag van ARN over 2014 volgt dat de toepasselijke drempelwaarde van €207.000,- exclusief BTW in de verhouding tussen MARN en ARN ruimschoots wordt overschreden. MARN is dan ook gehouden de opdracht tot afvalverwerking Europees aan te besteden en niet onderhands voort te zetten.
- 2.6. De vuilverwerkingsovereenkomst d.d. 22 januari 1988 is bovendien een raamovereenkomst, nu de prijs als essentieel onderdeel van de overeenkomst daarin niet definitief is vastgelegd. Op grond van artikel 6 van de vuilverwerkingsovereenkomst worden de verwerkingstarieven immers jaarlijks vastgesteld voor een periode van één jaar. Dat betekent dat MARN vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief ieder jaar een nieuwe overheidopdracht aan ARN verstrekt. Bovendien beslist MARN op grond van artikel 8 lid 2 van de vuilverwerkingsovereenkomst iedere vijf jaar of ARN opnieuw

² Art. 1.1 onder 'aanbestedende dienst' Aanbestedingswet 2012.

³ Art. 2.3 Aanbestedingswet 2012 jo. Bijlage II A, categorie 16, Richtlijn 2004/18/EG.

⁴ Bijv. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, pt. 62 (Auroux/Roanne).

⁵ Bijv. HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, pt. 50 (Teckal).

⁶ De opdracht aan ARN is door middel van een civielrechtelijke overeenkomst verleend en niet door middel van een publiekrechtelijk uitsluitend recht in de zin van art. 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012, zodat het leerstuk van uitsluitende rechten verder buiten beschouwing blijft (vgl. Rb. Gelderland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490, AVR/Regio Noord-Veluwe c.s.).

⁷ Bijv. HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, pt. 49 e.v. (Stadt Halle).

opdracht verkrijgt of dat de opdracht Europees wordt aanbesteed. Het moment waarop moet worden beoordeeld of MARN het aanbestedingsrecht schendt, is het moment waarop MARN (opnieuw) besluit af te zien van een Europese aanbesteding.⁸ Anno 2015 kan derhalve niet worden teruggегреpen op de inmiddels achterhaalde situatie uit 1988 ter rechtvaardiging van het afzien van een Europese aanbesteding.

- 2.7. Denkbaar is dat bij de verkoop van de aandelen in ARN aan REMONDIS de verkopende gemeenten aan ARN een zogeheten bruidsschat hebben willen meegeven. In de rechtsgeleerde literatuur wordt verdedigd dat een dergelijke bruidsschat – in de vorm van een zonder aanbesteding verleende opdracht voor bepaalde tijd – mogelijk zou moeten zijn om de privatisering van overheidsbedrijven te vergemakkelijken en daarvoor een betere koopprijs te krijgen.⁹ In het betoog voor toepassing van een bruidsschat wordt aangesloten bij de toegestane termijn voor nevenrestricties bij fusies en overnames (momenteel maximaal drie jaar).¹⁰ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft echter het meegeven van een bruidsschat vooruitlopend op een privatisering in strijd geacht met het aanbestedingsrecht.¹¹ Het Hof van Justitie heeft daarbij uitdrukkelijk overwogen dat niet alleen moet worden gekeken naar het moment waarop de oorspronkelijke overeenkomst is gesloten, maar ook na ontwikkelingen daarna die ertoe kunnen leiden dat een eerder gerechtvaardigd beroep op een uitzonderingsgrond niet langer opgaat. Recent overwoog het Hof van Justitie opnieuw dat het Europese recht geen ruimte biedt voor een overgangperiode waarin een zittende dienstverlener wordt gevrijwaard van concurrentie door tijdelijk af te zien van een aanbesteding (in die zaak voor een periode van vier jaar).¹² Conclusie is dan ook dat een bruidsschat niet in overeenstemming is met het Europese recht. Zelfs wanneer een bruidsschat wel zou zijn toegestaan bij de privatisering van overheidsbedrijven geldt dat REMONDIS in 2006 aandelen in ARN verwierf. De redelijke termijn waarbinnen de bruidsschat moet zijn afgebouwd is anno 2015 dan ook ruimschoots verstreken.
- 2.8. Overeenkomsten die door aanbestedende diensten worden gesloten mogen geen langere looptijd hebben dan nodig is om de investeringen van de opdrachtnemer terug te kunnen verdienen, omdat de mededinging anders nodeloos wordt beperkt.¹³ Om deze reden is een clause op grond waarvan een overheidsopdracht, behoudens opzegging, systematisch wordt verlengd in strijd met het Europese recht, aangezien hierdoor de

⁸ HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-576/10, pt. 52 e.v. (Cie./Nederland).

⁹ Bijv. E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, 'Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht', Den Haag 2009: p. 118 e.v.

¹⁰ Mededeling van de Cie. d.d. 5 maart 2005 (2005/C 56/03).

¹¹ HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04, pt. 38 (Cie./Oostenrijk).

¹² HvJ EU 11 september 2014, zaak C-277/13, pt. 56 e.v. (Cie./Portugal).

¹³ HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03, pt. 47 e.v. (Cie./Spanje).

mededinging wordt vervalst.¹⁴ MARN mag de overeenkomst met ARN dus niet systematisch (stilzwijgend) voortzetten door geen gebruik te maken of af te zien van een opzeggingsrecht, te meer nu door MARN geen beroep meer kan worden gedaan op inbesteding als rechtvaardiging voor rechtstreekse opdrachtverlening (zie hiervoor randnummer 2.4). Ook op grond van de gemeenschapstrouw moeten decentrale overheden van lidstaten van de Europese Unie actief bijdragen aan het nuttig effect van het Europese recht en situaties die daarmee in strijd zijn beëindigen.¹⁵

- 2.9. Als voorbeeld van de onrechtmatige praktijk van herhaalde verlengingen van overheidsopdrachten dient de recente ophef over opdrachtverlening door ProRail B.V. ("**ProRail**"). Accountantskantoor PwC stelde onlangs vast dat ProRail bestaande overheidsopdrachten verlengde in plaats van deze opnieuw aan te besteden en hierdoor in strijd handelde met de Aanbestedingswet 2012. ProRail is daarop publiekelijk ernstig in verlegenheid gebracht. Ook toenmalig staatssecretaris Mansveld moest politieke verantwoording afleggen over deze schending van het aanbestedingsrecht door bestaande overheidsopdrachten te verlengen in plaats van deze Europees aan te besteden.¹⁶

3. Conclusie

- 3.1. Sinds de verkoop van aandelen in ARN aan REMONDIS kan MARN zich niet meer met succes op inbesteding roepen ter rechtvaardiging van onderhandse gunning van de opdracht tot afvalverwerking.
- 3.2. Het was MARN en de in haar deelnemende gemeenten in 2006 niet toegestaan aan ARN een bruidsschat mee te geven. Hoe dan ook is de maximale looptijd van een dergelijke bruidsschat inmiddels ruimschoots overschreden.
- 3.3. Het systematisch verlengen van een bestaande overheidsopdracht vervalst de mededinging en is in strijd met het Europese recht. MARN en de in haar deelnemende gemeenten zijn onder meer op grond van het aanbestedingsrecht en de gemeenschapstrouw gehouden de huidige onrechtmatige situatie op te heffen door de overeenkomst tussen MARN en ARN te beëindigen en over te gaan tot Europese aanbesteding van de opdracht tot afvalverwerking. Indien MARN de overeenkomst met ARN verlengt, handelt MARN in strijd met de wet en pleegt zij een onrechtmatige daad.
- 3.4. Ondernemingen die actief zijn op de Nederlandse afvalmarkt kunnen MARN en de daarin deelnemende gemeenten via de rechter dwingen de Aanbestedingswet 2012 na

¹⁴ HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, pt. 79 (presstext Nachrichtenagentur).

¹⁵ Art. 4 lid 3 EU-Verdrag.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2014-2015, 29 984, nr. 607 en de Kamerbrief d.d. 26 augustus 2015 met kenmerk: IENM/BSK-2015/172359.

te leven. Overeenkomsten die in strijd met het aanbestedingsrecht zijn gesloten kunnen door de rechter worden vernietigd.¹⁷

- 3.5. Op grond van de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten ("**Wet NERpe**") kan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een aanwijzing geven ter opheffing van een toestand die niet in overeenstemming is met het Europese recht.¹⁸ Eenieder kan de Minister verzoeken toepassing te geven aan deze aanwijzingsbevoegdheid. De eerste keer dat de Minister tegen een gemeente een onderzoek startte op grond van de Wet NERpe klaagde een raadslid van de betreffende gemeente over een schending van het Europese aanbestedingsrecht.¹⁹
- 3.6. Ook kan eenieder klagen bij de Europese Commissie over schendingen van het Europese recht. De Commissie kan naar aanleiding van een dergelijke klacht een inbreukprocedure starten die erop is gericht de schending te beëindigen.²⁰ Wordt de schending niet tijdig ongedaan gemaakt, dan verbeurt Nederland een substantiële boete van minimaal € 3.772.000,00.²¹ Op grond van de Wet NERpe worden dergelijke boetes door het Rijk verhaald op de decentrale overheid die het Europese recht schond.²²
- 3.7. Bij de controle van de jaarrekening van MARN dient de accountant onder meer de naleving van de aanbestedingsregels te toetsen. Bij een materiële schending van de aanbestedingsregels is de accountant gehouden goedkeuring aan de jaarrekening te onthouden.

¹⁷ Art. 4.15 Aanbestedingswet 2012.

¹⁸ Art. 2 lid 1 Wet NERpe.

¹⁹ <http://www.binnenlandsbestuur.nl/bestuur-en-organisatie/kennispartners/nysingh-advocaten-notarissen/minister-maakt-gebruik-van-bevoegdheden-op-grond.9152172.lynkx>.

²⁰ Art. 258 EU-Werkingsverdrag.

²¹ Mededeling Cie. d.d. 5 augustus 2015, C(2015) 5511 def.

²² Art. 7 lid 1 Wet NERpe.