

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne bv, Utrecht

mr. R.D. Lutijn
Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Susters
Bartels Susters Fischer Aanstelingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

mr. Waterman
Professioneel Innovatief Aanbesteden, Netwerk
voor Overheidsopdrachten (PIANO),
Gravenhage

prof. mr. W.G.Ph.E. Wredeling
Emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht
(Universiteit van Amsterdam)

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Rijkswijk

Eindredactie: Redactiebusinnes.nl
in via online.nl

Uitgever: Helene Hardink
tel. 070-4415128

Abonnementen en distributiekosten
Abonnementen € 116 p.j.
Losse nummers € 15
Reed Business Information bv
Postbus 808, 7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358 358
fax (0314) 358 161
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV schiedt, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Aanbesteden van Reed Business bv.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.x. Adresregistratie, Postbus 808, 7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv,
's-Gravenhage
© 2007
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Overheidsopdracht of dienstenconcessie?

Op 18 juli 2007 heeft het Hof van Justitie EG¹ uitspraak gedaan in een zaak die door de Europese Commissie was aangespannen tegen Italië. Het Hof van Justitie stelt vast dat Italië, althans de in het geding zijnde aanbestedende dienst, haar verplichting tot aanbesteding van afvalverwerkingsdiensten overeenkomstig de procedureregels zoals vervat in de ('oude') Richtlijn Diensten (92/50) niet was nagekomen. De uitspraak 'an sich' is niet zo verrassend; feit is echter dat het Hof een lezenswaardige analyse geeft van het onderscheid tussen een 'dienst' en een 'dienstenconcessie'.

Feiten

De President van de Siciliaanse regio, handelend in zijn autoriteit als *commissioner* voor afvalverwerking en milieubescherming in zijn regio, had goedgekeurd dat een overeenkomst tot verwerking van afval zou worden aanbesteed, doch de betreffende aanbesteding zou niet worden uitgevoerd overeenkomstig de in de Richtlijn Diensten (92/50) beschreven procedures. Men – de *commissioner* zagezegd – was namelijk van oordeel dat in casu sprake was van een dienstenconcessie waarop de Richtlijn Diensten (92/50) niet van toepassing was. De Commissie dacht daar anders over en was van oordeel dat geen sprake was van een dienstenconcessie, maar van een 'gewone' dienst die overeenkomstig de procedures zoals vervat in de Richtlijn Diensten had moeten worden aanbesteed. Waar het derhalve in de kern om draaide was de vraag of sprake was van een dienst dan wel een dienstenconcessie. Zou sprake zijn van een dienstenconcessie dan zouden, uiteraard, niet de procedurele vereisten zoals vervat in de Richtlijn Diensten gevolgd behoeven te worden. Indien daarentegen wél sprake zou zijn van een 'gewone' dienst, dan zou de Richtlijn Diensten onverkort van toepassing zijn en zouden de procedurele vereisten nagevolgd moeten worden. Tussen partijen stond vast dat de aanbestedende dienst niet aan (alle) procedurele vereisten zoals vervat in de Richtlijn Diensten had voldaan.

Contract

Het contract tussen de aanbestedende dienst en de afvalverwerker – hierna aan te duiden als 'de operator' – aan wie de opdracht gegund zou worden hield, zo kan uit de uitspraak worden afgeleid, in ieder geval in:

- dat de aanbestedende dienst jaarlijks een minimum tonnage afval bij de operator zou aanleveren;
- dat de aanbestedende dienst per ton afval een bepaalde vergoeding zou betalen aan de operator;
- dat van de operator majeure investeringen (vele miljoenen) werden vereist;
- dat sprake was van een zeer langdurig contract (20 jaar);
- dat indien de jaarlijkse minimumleverantie met 5% werd onderschreden of met 15% werd overschreden, de door de aanbestedende dienst te betalen vergoeding zou worden aangepast;
- dat de door de aanbestedende dienst te betalen vergoeding jaarlijks zou worden geïndexeerd en zou worden aangepast aan de hand van loon- en grondstofprijzen;
- dat de operator de als gevolg van de afvalverwerking vrijkomende elektriciteit aan derden mocht (en moest) verkopen en dat de inkomsten daarvan aan de operator ten goede zouden komen;
- dat indien als gevolg van wetswijzigingen de operator gehouden zou zijn tot bepaalde investeringen, de aanbestedende dienst deze zou vergoeden.

Argumentatie Italië

De Italiaanse regering meende dat sprake was van een dienstenconcessie en argumenteerde als volgt.

Ten eerste: het contract beoogt om de verantwoordelijkheid voor een publieke dienst te delegeren aan een andere partij, in casu de afvalverwerkende bedrijven (de 'operator' zogezegd). Ten tweede: de diensten worden door de afvalverwerkende bedrijven rechtstreeks aan de burgers verleend, die hen daar ook voor betalen door middel van een aan de gemeente te betalen afvalverwerkingsbijdrage. Met deze afvalverwerkingsbijdrage wordt uiteindelijk weer het afvalverwerkende bedrijf betaald. De *commissio-ner* is slechts een intermediair.

Ten derde: de afvalverwerkende bedrijven zijn verplicht om uit het verwerkte afval elektriciteit te winnen en deze aan derden te verkopen.

De aldus van derden verkregen inkomsten zijn bestemd voor de afvalverwerkende bedrijven. Ten vierde: de door de afvalverwerkende bedrijven te maken winst is zeer onzeker, althans met name in ogenschouw nemend dat de bedrijven vele miljoenen dienden te investeren, het contract een duur van 20 jaar heeft en een deel van de opbrengst uit elektriciteitsverkoop dient te komen.

Ten vijfde: de organisatie en het management van de door de aanbestedende dienst uitbestede diensten zijn uitsluitend een zaak van de afvalverwerkende bedrijven, waarbij de aanbestedende dienst slechts een monitorende rol heeft.

Aldus meent de Italiaanse regering dat sprake is van een (diensten)concessie waarop de ('oude') Richtlijn Diensten (92/50) niet van toepassing is. Bijgevolg dient de aanbestedende dienst, zo meent Italië, uitsluitend over te gaan tot een publicatie, zulks in navolging van eerdere rechtspraak over (de aanbesteding van) (diensten)concessies.²

Argumentatie Europese Commissie

De Europese Commissie is het niet eens met deze argumentatie. In haar optiek ligt het economisch risico bij de aanbestedende dienst en niet bij de afvalverwerkende bedrijven: de remuneratie van de afvalverwerkende bedrijven ligt namelijk niet in hun recht om voor eigen risico een eigen dienst te exploiteren tegen een door derden te betalen vergoeding. Het voorgaande volgt met name uit het feit dat de afvalverwerkende bedrijven een jaarlijkse 'fixed' vergoeding ontvangen van de aanbestedende dienst. Bovendien garandeert de aanbestedende dienst een jaarlijkse minimumafvalleverantie, waarbij de aanbestedende dienst en afvalverwerkende

bedrijven zijn overeengekomen dat de door de aanbestedende dienst te betalen prijs zal worden aangepast indien de gegarandeerde minimumleverantie met 5% wordt onderschreden of met 15% wordt overschreden.

Hof van Justitie

Het Hof van Justitie stelt voorop dat de vraag of sprake is van een (diensten)concessie beantwoord dient te worden aan de hand van het communautaire recht. Hetgeen het Italiaanse recht wel of niet als een (diensten)concessie aanmerkt, is ter zake niet relevant volgens het Hof.

Het Hof stelt bij de beoordeling van de feiten voorop dat de overheid een vast ('fixed') bedrag betaalt aan de operator voor iedere ton aangeleverd (en aldus te verwerken) afval. Het Hof memoreert hierbij dat volgens artikel 1.a van de Richtlijn Diensten (92/50) de definitie van een overheidsopdracht tot het verrichten van een dienst onder meer omvat een rechtstreekse betaling door de overheid aan de dienstverlener. Daarvan is in casu sprake.

Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof, aldus het Hof, dat van een dienstenconcessie sprake is indien de dienstverlener zelf kan bepalen op welke wijze hij geremunereerd wenst te worden en bijgevolg het exploitatierisico aanvaardt.

Op basis hiervan concludeert het Hof dat in het onderhavige geval de tussen overheid en afvalverwerkende bedrijven gesloten contracten er niet in voorzien dat de dienstverlener gerechtigd is naar eigen inzicht zijn remuneratie vast te stellen; evenmin volgt uit de contracten dat het exploitatierisico bij de afvalverwerkende bedrijven ligt.

Niet alleen worden de afvalverwerkende bedrijven in hoofdzaak betaald door de overheid op basis van het aantal tonnen aangeleverde (en te verwerken) afval; de aanbestedende dienst garandeert bovendien dat alle gemeenten de restanten van hun afval bij de operator aanleveren, terwijl bovendien een minimumleverantie is gegarandeerd.

Een en ander klemmt temeer nu de door de aanbestedende dienst te betalen vergoeding wordt aangepast indien het aantal aangeleverde tonnen afval minder dan 95% dan wel meer dan 115% bedraagt van het gegarandeerde minimumtonnage, zulks – zo wordt gesteld – 'om er voor te zorgen dat de operator een financieel evenwichtige huishouding kan voeren' (!).

De jaarlijks door de overheid te betalen vergoeding wordt bovendien jaarlijks geïndexeerd en aangepast aan de hand van de in markt geldende prijzen van grondstoffen en lonen. De contracten voorzien er bovendien in dat indien de wetgeving

wijzigt, de door de aanbestedende dienst te betalen vergoeding wordt heronderhandeld, indien de wetswijziging noopt tot een bepaalde investering. Dit alles overziende, aldus het Hof, is geen sprake van een dienstenconcessie maar van een 'gewone' dienst in de zin van de Richtlijn Diensten (92/50).

Vervolgens 'fileert' het Hof, voor zover nog nodig, de door de Italiaanse regering aangedragen argumenten. Het feit dat de afvalverwerkende bedrijven inkomsten verwerven uit de verkoop van elektriciteit (vrijkomend bij de afvalverwerking) is volgens het Hof niet relevant. Immers, dat neemt niet weg dat de aanbestedende dienst een vergoeding betaalt, terwijl de hoofdmoot van de door de afvalverwerkende bedrijven verkregen inkomsten voortvloeit uit afvalverwerking en de daarvoor verkregen vergoeding van de aanbestedende dienst. De verkoop van elektriciteit is slechts bijzaak.

De door de afvalverwerkende bedrijven te plegen investering (vele miljoenen) en de contractduur (20 jaar) zijn, volgens het Hof, op zichzelf onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat sprake is van een dienstenconcessie; dergelijke afspraken vindt men immers ook terug in 'gewone' overeenkomsten tot het verrichten van diensten.

Het feit dat afvalverwerking in het algemeen belang geschiedt doet aan het voorgaande ook niet toe of af, aldus het Hof. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de dienstverlening een grote mate van zelfstandigheid van de operator vereist.

Commentaar

Ingevolge artikel 16 van het BAO (gebaseerd op artikel 17 jo 1.4.d Algemene Richtlijn 2004/18) zijn dienstenconcessies uitgezonderd van toepasselijkheid van de richtlijn. De Algemene Richtlijn – welke nog niet van kracht was op het moment dat voornoemde Italiaanse situatie zich aandienende – definieert een dienstenconcessie als volgt: *'een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs'*.

In veel gevallen zal tamelijk evident zijn of sprake is van een dienst of een concessie. In deze casus komt het mij voor dat duidelijk sprake is van een 'gewone' dienst: de uitvoerende partij ontvangt een aanzienlijke betaling van de overheid, die naar gelang een aantal omstandigheden wordt aangepast, voor de door hem verleende dienst, namelijk afvalverwerking. De uitvoerende partij

ontvangt hiervoor geen (rechtstreekse) betaling van de burger of derden, met uitzondering van de inkomsten uit elektriciteitsverkoop. Daar zag de aanbesteding echter niet op, terwijl die inkomsten relatief bescheiden waren. Dat neemt niet weg dat de uitspraak tot enige nadenken stemt, omdat niet altijd evident behoeft te zijn of sprake is van een dienst dan wel concessie.

Een concessie houdt normaliter in dat de uitvoerder zijn inkomsten van derden ontvangt en niet van de overheid. Bijgevolg ligt het exploitatierisico ook bij de uitvoerder. Feit is echter dat een onderscheid op basis van risico niet altijd tot evidente conclusies behoeft te leiden. Ook indien sprake is van uitvoering van een 'gewone' dienst (of andere werkzaamheid) ligt het risico bij de uitvoerder; als de overheid een opdracht eenmaal gegund heeft aan een bepaalde partij, ligt vervolgens het risico bij de uitvoerder: inkooprijzen kunnen stijgen of dalen, personeel kan schaars zijn etc. en vanaf het moment dat de uitvoerende partij de opdracht heeft verworven, draagt hij dus

feitelijk het (economisch) risico van de opdracht. In dat opzicht is naar mijn mening het risicocriterium niet per definitie onderscheidend.

Ook de omstandigheid dat de overheid een vergoeding betaalt aan de uitvoerende partij is niet per definitie een doorslaggevend criterium. Bij de uitvoering van een 'gewone' dienst zal altijd sprake zijn van betaling van een vergoeding door de overheid. In geval van een concessie, zo leert de definitie, kan het echter óók zo zijn dat de overheid een vergoeding betaalt (naast het exploitatierecht). Zo bleek ook uit deze casus: de overheid betaalde een vergoeding, maar daarnaast 'exploiteerde' de uitvoerende partij voor eigen rekening de vrijgekomen elektriciteit. In deze casus was echter duidelijk dat dit het hier primair ging om afvalverwerking en dat de inkomsten uit elektriciteitsverkoop slechts bijzaak waren.

Dat overziende lijkt met name onderscheidend te zijn het antwoord op de vraag of de uitvoerende partij voor eigen rekening en risico

inkomsten van derden ontvangt. Ook dat criterium is, zo blijkt ook uit deze uitspraak, mogelijk relatief. Indien de overheidsbijdrage majeur is en de inkomsten van derden verhoudingsgewijs beperkt zijn, hoeft niet noodzakelijkerwijs sprake te zijn van een dienstenconcessie.

De conclusie die mijns inziens hier uit volgt, is dat al deze elementen steeds in hun onderlinge samenhang dienen te worden gezien en dienen te worden getoetst aan het onderliggende contract en de daaruit voortvloeiende risicoverdeling.

mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon bv

Noten

- 1 Hof van Justitie EG C 282/-5, 18 juli 2007 (Commissie vs. Italië).
- 2 Zie o.a. HvJ EG Telaustria (C-324/98, d.d. 7 december 2000), HvJ EG CoNaMe (C-231/03, d.d. 12 april 2005), HvJ EG Parking Brixen (C-458/03 d.d. 13 oktober 2005).

GUNNINGEN IN NEDERLAND

Een selectie uit de gunningen gepubliceerd in oktober 2007.

De gemeente Utrecht laat twee te reinigen gevels van haar stadhuis voorzien van grote **steigerdoekreclame**. Het bedrijf MegaMedium Nederland bv zal deze grote reclamedoeken exploiteren gedurende de schoonmaakperiode van acht maanden. Veel concurrentie was er overigens niet; Megamedium was de enige inschrijver voor deze opdracht.

Ook het reguliere schoonmaakwerk van raadhuisen wordt aanbesteed. Zo schakelt de gemeente Nieuwerkerk aan den IJssel het bedrijf Hectas Groep bv in voor de **schoonmaakdienstverlening** met betrekking tot het gemeentehuis. Het gaat niet alleen om circa ca. 2.785 vierkante meter te reinigen vloeroppervlakte, maar ook om de 'glasbewassing'. Hectas Groep werd geselecteerd vanwege het vragen van de laagste prijs voor deze werkzaamheden.

De Christelijke Hogeschool Ede gaat onder de noemer **kantoorautomatiseringsmiddelen** nieuwe dekstopcomputers aanschaffen voor tussen de 650 en 800 werkplekken. Computerbedrijf Dell gaat deze apparaten leveren, installeren en onderhouden. De levering vindt gefaseerd plaats gedurende de contractperiode. De opdracht is gegund op basis van de laagste prijs, in dit geval 420.000 euro.

De Koninklijke Effatha Guyot Groep (KEGG) is een organisatie voor onderwijs, zorg en dienstverlening aan doven, slechthorenden en communicatief beperkten. Het bedrijf GITP PAO, dat zich bezighoudt met de 'permanente educatie' van volwassenen, gaat voor deze instelling een opleidingsprogramma voor medewerkers verzorgen. De opdracht voor dit **professionaliseringstraject voor gedragsdeskundigen** is gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving. De drie inschrijvers werden daarbij beoordeeld op respectievelijk kwaliteit, prestaties in het verleden, maatwerk, prijs, resultaatgerichtheid, vakbekwaamheid, weging en werkwijze.

Heerenveen gaat voor de **schuldhulpverlening** binnen haar gemeentegrenzen de diensten inhuren van het bedrijf Conclusion bv. Die onderneming zal in het kader van deze hulpverlening zorg gaan dragen voor het inventariseren van schulden, het schrijven van een plan van aanpak en het begeleiden van cliënten tijdens een saneringstraject. De opdracht werd onder zes inschrijvers gegund op basis van de economisch meest voordelige inschrijving.

KWS Infra bv gaat zich in opdracht van de Provincie Zuid-Holland bezighouden met de reconstructie van de hoofdweg N 223 en bijbehorende de aanleg van een 'turborotonde' in de gemeente Westland. Zes bedrijven schreven in op deze opdracht voor **wegwerkzaamheden**, waarmee een bedrag gemoeid is van bijna vier miljoen euro. De opdracht is gegund op basis van de laagste prijs.