

Redactie:

mr. C.J.G.M. Bartels LL.M.
Aanbestedingsadvocaat, 's-Hertogenbosch

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

mr. R.D. Luteijn
Lexecon BV, Amsterdam

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

mr. D. Waterman
Ministerie van Landbouw, Natuur en
Voedselkwaliteit, 's-Gravenhage

prof. mr. W.G.Ph.E. Wedekind
De Nederlandse Vereniging
voor Aanbestedingsrecht

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

Eindredactie: Dorien Eldering,
tel. 070-441 51 85,
e-mail: dorien.eldering@reedbusiness.nl

Uitgever: Paul Splinter, tel. 070-441 52 30

Abonnementen/adreswijzigingen:

Abonnementen € 110 p.j.
Losse nummers: € 14
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 adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Hoewel uitgever en redactie de uiterste zorg nastreven kan voor eventuele (zet)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden zij daarvoor geen aansprakelijkheid.

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

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

OVERSTELLENDE
Gedrukt op papier met
95% afvalvrij papier

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business Information bv,
's-Gravenhage
© 2005
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

De opmars van het staatssteunrecht

Het verband tussen enerzijds het aanbestedingsrecht en anderzijds het staatssteunrecht wordt steeds vaker gelegd en mede daardoor ook steeds nauwer.¹ Vorig jaar is door de Voorzieningenrechter te Groningen een uitspraak gewezen in een geschil tussen Essent en de gemeente Appingedam over de aanleg van een glasvezelkabelnet.² Weliswaar – primair – een staatssteunkwestie, doch vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief kunnen ook een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Bovendien is het niet alleen de civiele rechter, maar ook de bestuursrechter die het staatssteunaspect in zijn beoordeling betreft om op die grond besluiten te vernietigen, blijkens een uitspraak van de Raad van State in een zaak tegen de gemeente Haaksbergen.³

Gemeente Appingedam/Essent

De gemeente Appingedam besloot in 2004, na ampel beraad, om een glasvezelnetwerk aan te leggen en te exploiteren, gezamenlijk met Damsternet⁴, teneinde haar bewoners van breedbandinternet te voorzien. Voorafgaand aan dit besluit was middels onderzoeken vastgesteld dat het onhaalbaar was om een financieel renderend netwerk aan te leggen en te exploiteren. Essent heeft al een kabelnetwerk in Appingedam en biedt op die basis allerhande diensten aan. KPN biedt reeds ADSL-diensten in Appingedam. De gemeente richt in dit verband een Stichting GNA die zowel bestuurlijk als financieel als een verlengstuk van de gemeente kan worden beschouwd. De gemeente investeert ten minste 5.000.000 euro in dit breedbandproject. NACAP, onderdeel van de Koop-Groep, verwerft uiteindelijk – onderhands c.q. zonder aanbesteding – de opdracht tot aanleg van het netwerk alsmede het (exclusieve) recht tot exploitatie van het netwerk.

Essent is van oordeel dat sprake is van staatssteun die aangemeld had dienen te worden in Brussel, en wijst er bovendien op dat Appingedam haar voorgenomen (steunverlenings)maatregelen dient te staken totdat de Europese Commissie terzake een beslissing heeft genomen. De gemeente is het daar niet mee eens en meent dat de aanleg van het netwerk toegestaan is, terwijl terzake de exploitatie nog definitieve besluitvorming dient plaats te vinden. De Voorzieningenrechter is tamelijk kort in zijn oordeel: mede gelet op de stand van de rechtspraak dient zijns inziens aanmelding van het

project c.a. door de gemeente bij de Europese Commissie plaats te vinden. Nu deze is achterwege gebleven wordt de gemeente verplicht verdere uitvoering van haar voornemens te staken, zulks gelet op de 'standstill-verplichting' als vervat in artikel 88 EG-Verdrag.

Commentaar

Primair dringt zich natuurlijk de vraag op of de gemeente het voorgenomen project niet had behoren aan te besteden. Het gaat blijkens de uitspraak immers om de aanleg c.q. realisatie van een glasvezelnetwerk en een recht tot exploitatie van dit netwerk. Weliswaar valt uit de uitspraak niet op te maken of de gemeente dan wel de Stichting GNA de opdrachten verstrekt, doch deze stichting valt naar alle waarschijnlijkheid aan te merken als een publiekrechtelijke instelling gegeven haar bestuurlijke en financiële afhankelijkheid van de gemeente, zodat de verplichting tot aanbesteding gegeven lijkt. Men zou de verstrekte opdracht wellicht kunnen duiden als een concessie voor openbare werken dan wel, indien men de delen separeert, een realisatieopdracht (tot aanleg) en een dienstenconcessie (tot exploitatie). Dienstenconcessies zijn niet Europees aanbestedingsplichtig. De realisatie van werken alsmede concessies voor openbare werken zijn wel aanbestedingsplichtig. In dit kort geding is dit aspect niet aangehaald. Denkbaar is dat de opdracht onder de drempelwaarde lag; dit blijkt niet uit de uitspraak. Zou dat overigens het geval geweest zijn, dan had de eisende partij – Essent – wellicht de stelling van de Europese Commissie 'alles aanbesteden' kunnen innemen:

zoals bekend is de Commissie van oordeel dat ook opdrachten onder de drempelwaarde of anderszins niet aanbestedingsplichtige opdrachten toch via een zekere geobjectiveerde selectie 'in de markt dienen te worden gezet'.⁵ Ook die stelling is niet ingenomen.

De interessante vraag die rijst is of de Voorzieningenrechter tot een ander oordeel zou zijn gekomen indien het project – of de onderdelen ervan – inmiddels van een aanbesteding(sachtige) procedure zouden zijn vergeven. In dat geval ligt het voor de hand om te veronderstellen dat de dan verkregen prijs, bij voldoende concurrentie, marktconform is. Indien immers een overheid grond of gebouwen verkoopt middels een aanbesteding(sachtige) procedure, wordt de dan verkregen prijs – zonder nadere voorwaarden – geacht marktconform te zijn. Dat volgt uit de 'Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties'.⁶

In de door het Hof van Justitie EG beoordeelde Altmark-zaak⁷ – en een aantal daarop volgende uitspraken⁸ – volgt echter, en daarbij ging het om de uitvoering van 'openbare dienstverplichtingen', dat het enkel doorlopen van een aanbesteding(sachtige)procedure op zichzelf beschouwd niet voldoende is om te concluderen dat geen sprake is van staatssteun. Bovendien dient de door de overheid te verstrekken compensatie vooraf op doorzichtige wijze te worden vastgesteld, mag de beoogde compensatie niet hoger dan noodzakelijk zijn en moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van de beoogde openbare (dienst)verplichting.

Men kan zich de vraag stellen of het wel noodzakelijk is dergelijke aanvullende voorwaarden te stellen omdat – gelijk in genoemde Mededeling is geschied – het in de rede ligt dat een aanbestedings(achtige)procedure, uiteraard bij voldoende concurrentie, leidt tot een marktconforme prijs. Een dergelijk uitgangspunt is in ieder geval wel eenvoudig hanteerbaar. Ook de Europese Commissie hanteert dit standpunt, zoals onder meer blijkt uit haar beschikking over het PPS-project van de Londense metro: '[...] als tot een dergelijke samenwerking wordt gekomen nadat een open, transparante en niet-discriminatoire procedure is nageleefd, kan in beginsel worden verondersteld dat de hoogte van de overheidssteun kan worden beschouwd als de marktprijs voor [...] het project. Daaruit kan de conclusie worden getrokken dat geen sprake is van staatssteun'.⁹

Gemeente Haaksbergen

Niet onvermeld mag blijven dat men ook via de weg van het bestuursrecht een beroep op de staatssteunbepalingen kan doen – en met succes, zo ondervond men in Haaksbergen. In dat geval vernietigde de Raad van State een besluit van Gedeputeerde Staten te Overijssel tot goedkeuring van het bestemmingsplan van de gemeente Haaksbergen. De Raad van State constateerde dat het ontwikkelingsplan voorzag in een bijdrage van 38,5 procent door de gemeente alsmede in de overdracht om niet van een perceel grond aan private partijen. De Raad van State vernietigde vervolgens het (goedkeurings)besluit van GS, omdat de gemeente geen voorzieningen had getroffen voor het geval de Europese Commissie (waar de gemeente wel een melding had verricht) de steun geheel of gedeeltelijk ongeoorloofd zou achten. Zulks acht de Raad van State onzorgvuldig en besluit tot vernietiging.

Commentaar

De feiten zijn zeer summier weergegeven. Ook in dit geval dringt zich de prangende vraag op of de zaak anders was uitgevallen indien de gemeente dit project of onderdelen had aanbesteed. Ten aanzien van de grondoverdracht (om niet) had dat, gelet op de hiervoor genoemde Mededeling, toch al moeten plaatsvinden. Opmerkelijk en nieuw is in ieder geval dat ook via 'de band' van het bestuursrecht een beroep op de staatssteunbepalingen in het EG-Verdrag kan worden gedaan, en, zo blijkt, met succes.

Tot slot

Eens temeer wordt een verband tussen aanbesteding en staatssteun gelegd. Dat biedt geïnteresseerde marktpartijen in een aantal omstandigheden een – extra – juridisch 'handvat' om de hen welgevallige keuze van een overheid voor een bepaalde marktpartij aan te vechten. Dergelijke partijen kunnen, in bepaalde gevallen, stellen – primair dan wel subsidiair – dat a) ofwel de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd, b) ofwel sprake is van ongeoorloofde staatssteun. Een dergelijke 'dubbele' actie zal in de regel – zo lijkt het geval te zijn – echter alleen opportuun zijn indien er 'prima facie' sprake is van niet-marktconforme overheidscompensaties en daarbij zal het in de regel ook gaan om wat complexere, samengestelde projecten. Daarvan was zowel in de zaak van het Alkmaarse AZ-voetbalstadion sprake (waarbij een der transacties een grondverkoop voor een gulden betrof) als in de vorengenoemde gevallen: uit onderzoek was gebleken dat het voor een marktpartij niet mogelijk was – dat wil zeggen zonder overheidscom-

pensatie – het Appingedamse project rendabel te exploiteren, terwijl het project in Haaksbergen een aanzienlijke overheidsbijdrage behoeft en een perceel grond om niet werd overgedragen. De 'slagkracht' van het staatssteunrecht is dan ook aanzienlijk: de 'standstill-verplichting' op grond van het EU-Verdrag en de betrokkenheid van de Europese Commissie zijn voor een gepasseerde marktpartij machtige juridische 'handvaten'. Het door gemeente uitschrijven van aanbestedings(achtige) procedures zou deze problematiek wellicht kunnen ondervangen. Alkmaar, Appingedam, Haaksbergen: wie volgt?

Mr. R. (Robbert) D. Luteijn
Lexecon (www.lexecon.nl)

Noten

1. Vergelijk o.a. J.P. van Marissing, *Tender Nieuwsbrief*, december 2003, mr. T. Straatman, *Vastgoedrecht*, 2004, nr. 2, p. 69 e.v., mr. R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief*, augustus 2003, welk laatste artikel is geschreven n.a.v. de uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam in de kwestie omtrent het nieuwe voetbalstadion van AZ te Alkmaar.
2. Zie www.rechtspraak.nl, Voorzieningenrechter Groningen 3 september 2004.
3. Raad van State 6 mei 2004, zie www.rechtspraak.nl.
4. De status van Damsternel kan niet uit de uitspraak worden afgeleid. In zijn algemeenheid geldt dat de uitspraak op diverse punten de nodige feitelijke vragen oproept.
5. Vergelijk o.a. C. Judmaier, *Tender Nieuwsbrief*, november 2003 alsmede mr. M.O. Meulenbelt in *Aan Wil besteed*, p. 57 e.v.
6. Zie Pb EG 1997 C 209, p. 3, d.d. 10 juli 1997.
7. HvJ EG (C-280/100) d.d. 24 juli 2003.
8. Vergelijk o.a. Gerecht van Eerste Aanleg (T-157/01) d.d. 16 maart 2004 en (T-274-01) d.d. 16 september 2004.
9. Zie Beschikking Commissie, Staatssteun N264/2002 London Underground PPP, paragraaf 79, zie tevens voetnoot 25. Vergelijk tevens mr. J.G. Westerhof, *NTER*, november 2004.