

Datum: 10-12-98

STAP TERUG IN STRIJD TEGEN CONCURRENTIE DOOR OVERHEID

De zaak tussen enerzijds de gemeenten Arnhem en Rheden en anderzijds vuilinzamelaar BFI beter bekend als de ARA-zaak heeft de afgelopen jaren velen beziggehouden. Het ging om de vraag of gemeenten (en andere overheden) de aanbestedingsregels moeten toepassen als overheidsdiensten worden verzelfstandigd door ze onder te brengen in een vennootschap. Het Europese Hof van Justitie te Luxemburg heeft op 10 november uitspraak gedaan in deze zaak. Alhoewel het thans aan het gerechtshof te Arnhem is om met inachtneming van deze uitspraak arrest te wijzen, mag in dit geval worden geconcludeerd dat de aanbestedingsregelgeving niet (langer) in de weg hoeft te staan aan de verzelfstandiging van overheidsdiensten.

De gemeenten Arnhem en Rheden hebben in 1993 de naamloze vennootschap ARA NV opgericht. ARA NV had kortweg tot doel het huishoudelijk afval op te halen, doch zou zich tevens op de commerciële markt begeven door bedrijfsafval in te zamelen. Om ARA NV een levensvatbare positie te geven, gaven de gemeenten aan ARA NV de opdracht om gedurende een aantal jaren het huishoudelijk afval in hun gemeenten op te halen, uiteraard tegen betaling. Het particuliere bedrijf BFI zag oneerlijke concurrentie opdoemen. BFI stelde zich op het standpunt dat deze opdrachtverlening had behoren te worden aanbesteed overeenkomstig de zogenaamde richtlijn diensten. Deze richtlijn verplicht (semi-)overheden opdrachten tot het verrichten van diensten die een bepaalde drempelwaarde overstijgen, aan te besteden, wat inhoudt dat iedere geïnteresseerde partij kan meedingen naar deze opdracht.

De rechtbank te Arnhem stelde BFI in het gelijk. De gemeenten stelden hoger beroep in bij het gerechtshof te Arnhem. De meest principiële vraag die het gerechtshof diende te beantwoorden was of ARA NV moest worden aangemerkt als een zogenaamde publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijn diensten. Bij een bevestigend antwoord zou de opdracht zonder meer aan ARA NV kunnen worden verleend en zouden de gemeenten niet gehouden zijn de opdracht aan te besteden. Om als publiekrechtelijke instelling aangemerkt te kunnen worden is het vooral van belang dat de dienst voorziet in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard. ARA NV had een nogal hybride karakter: enerzijds had zij tot doel het huishoudelijk afval op te halen waarmee niet het maken van winst werd beoogd, anderzijds zou ARA NV zich op de commerciële markt voor de inzameling van bedrijfsafval begeven. Het gerechtshof stelde vragen aan het Hof van Justitie te Luxemburg over de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling.

De antwoorden van het Europese Hof van Justitie kwamen overeen met de uitspraak van het Hof enige maanden daarvoor in de zogenaamde Mannesmann-zaak: een dienst die ooit is opgericht met het specifieke doel in publieke taken te voorzien behoudt haar kwalificatie als aanbestedende dienst, ook als zij daarnaast commerciële activiteiten gaat ontplooiën en ongeacht de omvang van deze commerciële activiteiten. Gezien deze antwoorden van het Hof ligt het in de rede dat het gerechtshof te Arnhem zal oordelen dat ARA NV zich kwalificeert als publiekrechtelijke instelling en dat de gemeenten bijgevolg niet gehouden waren de opdracht tot het inzamelen van het huishoudelijk afval aan te besteden.

De conclusie uit het voorgaande is dat de aanbestedingsregelgeving geen beletsel hoeft te vormen voor verzelfstandiging van overheidsdiensten. Overigens zouden overheden naar mijn mening ook op andere manieren aan deze regelgeving kunnen ontkomen door hun publieke en commerciële activiteiten onder te brengen in twee verschillende vennootschappen.

Voor ondernemers betekent het voorgaande dat de aanbestedingsregelgeving niet langer als handvat kan dienen om overheidsinstanties te dwingen opdrachten aan hun verzelfstandigde diensten aan te besteden. Op deze wijze zouden ondernemers immers kunnen meedingen naar deze opdrachten en aldus kunnen verhinderen of zelfs bemoeilijken dat overheidsinstanties de commerciële markt betreden. Dat is bitter nu overheden zich immer meer op de commerciële markt begeven, wat veel ondernemers een doorn in het oog is, en de ondernemer slechts in zeer beperkte mate juridische middelen ten dienste staan. De ondernemer zal zijn toevlucht moeten nemen tot het mededingingsrecht of een actie instellen uit onrechtmatige overheidsdaad. De bewijspositie van de ondernemer in dergelijke procedures is echter bepaald niet licht en zal slechts in zeer weinig gevallen soelaas bieden. Daarom is een spoedige implementatie van de door de

Werkgroep Cohen (Markt en Overheid) gepresenteerde resultaten dringend gewenst.

Mr R. Luteijn is verbonden aan PricewaterhouseCoopers NV, Amsterdam Legal Services.

*** * * (c) 1998 Het Financieele Dagblad, Auteursrechten voorbehouden * * ***

Use, duplication, or sale of this service, or data contained herein, except as described in the Jacobs Information Licence Agreement, is strictly prohibited. Violators may be prosecuted.