

**Zoekterm: tbr 2017/62**

Er is gezocht met juridische thesaurus op: tbr 2017  
62

Er is gezocht op: *publicatie TBR 2017/62*

**Gebruikte voorspecificaties:**

Inclusief woordvariaties en synoniemen

**Over dit document:**

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TBR

Titel: TBR 2017/62 Hof Den Haag, 25-10-

2016, nr. 200.195.461/01,ECLI:NL:GHDHA:2016:3169 (Onderhandse gunning concessie voor diensten.)

Publicatietitel: Tijdschrift voor Bouwrecht

Jaarnummer: 2017

---

**TBR 2017/62 Hof Den Haag, 25-10-2016, nr. 200.195.461/01,ECLI:NL:GHDHA:2016:31...**

---

Auteur:

TBR 2017/62

Hof Den Haag, 25-10-2016, nr. 200.195.461/01, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169 (Onderhandse gunning concessie voor diensten.)

Mr. J.J. van der Helm, mr. C.C. Meijer en mr. P. Glazener

Aanbestedingswet 2012: art. 1.1, art. 1.7, art. 1.8, art. 1.9, art. 4.15; BW: art. 6:103, art. 6:162; Richtlijn 2014/23/EU

Concessie voor diensten. Dochteronderneming aanbestedende dienst? Grensoverschrijdend belang. Rechtsbescherming

Met noot A.J. Heeswijck

*De feiten*

3. Het gaat in deze zaak om het volgende.

4. JCDecaux Nederland is een dochteronderneming van JCDecaux SA. JCDecaux SA is een internationaal opererende onderneming. JCDecaux c.s. verwerven exploitatierechten van reclameobjecten zoals bijvoorbeeld vitrines enabri's en sluiten vervolgens contracten met bedrijven die op deze reclameobjecten reclame willen maken.

5. Exterior is een concurrent van JCDecaux Nederland.

6. RET verzorgt openbare vervoersdiensten in Rotterdam en omstreken. RET Services is een 100% dochtermaatschappij van RET. RET Services verleent aan bedrijven als Exterior of JCDecaux c.s. exploitatierechten als genoemd in punt 4. JCDecaux Nederland heeft vanaf het jaar 2005 herhaaldelijk aan RET kenbaar gemaakt geïnteresseerd te zijn in het verzorgen en exploiteren van het totale reclame-arsenaal van RET.

7. In januari 2007 heeft RET aan JCDecaux Nederland bericht dat zij voornemens was een overeenkomst aan te gaan met een rechtsvoorganger van Exterior inzake de exploitatie van het reclame-arsenaal van RET. Daarop heeft JCDecaux Nederland een kort geding aanhangig gemaakt bij de rechtbank Rotterdam. Bij vonnis van 28 juni 2007 heeft de voorzieningenrechter RET verboden de exploitatie van haar reclame-arsenaal aan een derde te gunnen zonder eerst JCDecaux Nederland in de gelegenheid te stellen een aanbieding te doen. Nadat JCDecaux Nederland daartoe was uitgenodigd heeft RET Services in 2009 alsnog gecontracteerd met (de rechtsvoorganger van) Exterior voor een periode van 7 jaar.

8. RET Services en Exterior hebben op 15 maart 2016 een overeenkomst gesloten waarbij Exterior exclusieve exploitatierechten voor reclame opabri's, bussen, trams en metrostations in de regio Rotterdam heeft

verkregen, en Exterior zich heeft verbonden (i)abri's te plaatsen, (ii) het beheer en onderhoud van deabri's, reclamevitruines in metrostations en reclame-uitingen aangebracht op trams, bussen en metrovoertuigen van RET (hierna gezamenlijk: reclameobjecten) uit te voeren en (iii) een jaarlijkse vergoeding te betalen. De overeenkomst is gesloten voor een periode van 10 jaar, ingaande 1 januari 2017.

9. JCDecaux c.s. hebben bij brief van 18 maart 2016 RET gesommeerd om (i) af te zien van voortzetting van haar contractuele relatie met Exterior, (ii) over te gaan tot aanbesteding van de exploitatierechten, en (iii) JCDecaux c.s. uit te nodigen voor deze aanbesteding en hen daarbij een faire kans te bieden om mee te dingen.

10. RET heeft bij brief van 25 maart 2016 aan JCDecaux c.s. geantwoord dat geen gevolg wordt gegeven aan hun sommatie.

#### *De vordering en de beoordeling in eerste aanleg*

11. Daarop hebben JCDecaux c.s. zich tot de voorzieningenrechter gewend, waarbij zij hebben gevorderd - zakelijk weergegeven - RET Services te verbieden de met Exterior gesloten overeenkomst uit te voeren, RET te gebieden zulks te gedogen en RET en/of RET Services te gebieden het voorwerp van de met Exterior gesloten overeenkomst aan te besteden, op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van RET c.s. in de proceskosten. Exterior heeft - zakelijk weergegeven - gevorderd als tussenkomende dan wel voegende partij tot het geding te worden toegelaten, en als tussenkomende partij gevorderd RET c.s. te verbieden de overeenkomst gesloten met Exterior en RET Services te beëindigen, met veroordeling van JCDecaux c.s. in de proceskosten. RET c.s. en Exterior hebben verweer gevoerd tegen de vorderingen van JCDecaux c.s. JCDecaux c.s. hebben zich niet verzet tegen de tussenkomst/voeging van Exterior, maar overigens verweer gevoerd tegen de vordering van Exterior.

12. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Exterior tot tussenkomst/voeging toegestaan. De vorderingen van JCDecaux c.s. heeft de voorzieningenrechter afgewezen, met veroordeling van JCDecaux c.s. in de proceskosten van RET c.s. en Exterior. De vordering van Exterior is door de voorzieningenrechter afgewezen, zonder proceskostenveroordeling.

13. Samengevat heeft de voorzieningenrechter het volgende overwogen:

- De vorderingen van JCDecaux c.s. gericht tegen RET worden afgewezen, nu Exterior niet met RET maar met RET Services heeft gecontracteerd.
- De vorderingen van JCDecaux c.s. zijn naar hun aard spoedeisend. De jurisprudentie van het gerechtshof Amsterdam en dit hof waarin terughoudendheid wordt aangenomen bij het nemen van een beslissing die de strekking heeft een overeenkomst gesloten na een aanbestedingsprocedure aan te tasten, is niet van toepassing nu in dit geval geen aanbestedingsprocedure is gevolgd.
- Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kwalificeert de rechtsverhouding tussen RET Services en Exterior als een concessieovereenkomst voor een dienst. De Richtlijn betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (Richtlijn 2014/23/EU, PBEU L94 van 28 maart 2014, hierna: de Richtlijn of Richtlijn concessieovereenkomsten) is niet van toepassing nu de relevante feiten zich hebben voorgedaan voor 18 april 2016 (de datum van inwerkingtreding van de Richtlijn). Anticiperende toepassing van de Richtlijn zou in strijd komen met de rechtszekerheid.
- Krachtens artikel 1.7 sub c van de Aanbestedingswet 2012 moet een aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit in acht nemen, indien sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.
- JCDecaux c.s. hebben hun stelling dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang onvoldoende onderbouwd, tegenover de deugdelijk gemotiveerde betwisting van deze stelling door Exterior en RET Services. Het is onaannemelijk dat JCDecaux SA zelf belangstelling heeft voor de concessieovereenkomst, gezien de afstand tussen Frankrijk en Rotterdam. JCDecaux SA heeft er kennelijk voor gekozen de Nederlandse markt te bedienen met haar dochteronderneming JCDecaux Nederland. Dat wijst erop dat geen sprake is van een dienst met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

#### *De beoordeling in hoger beroep*

14. JCDecaux c.s. hebben verzocht het hoger beroep als spoedappel te behandelen, welk verzoek door het hof is toegewezen.

15. JCDecaux c.s. vorderen in hoger beroep - samengevat - (i) een verbod aan RET Services de met Exterior gesloten concessieovereenkomst uit te voeren, en een gebod aan RET de niet-uitvoering van deze overeenkomst te gedogen, en (ii) een gebod aan RET c.s. over te gaan tot de aankondiging van een aanbestedingsprocedure ter zake van deze overeenkomst, behoudens voor zover zij geheel afzien van het aangaan van deze overeenkomst, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van RET c.s. in de proceskosten.

16. Voor het geval het hof naar aanleiding van de eerste grief van JCDecaux c.s. tot het oordeel zou komen dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, vorderen RET c.s. in incidenteel appel - samengevat - afwijzing van de vorderingen van JCDecaux c.s. op grond van de overweging dat de rechtsverhouding tussen

RET Services en Exterior niet kwalificeert als een concessie-overeenkomst voor een dienst in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, met veroordeling van JCDecaux c.s. in de proceskosten.

17. Alvorens over te gaan tot bespreking van de grieven van JCDecaux c.s. stelt het hof vast dat JCDecaux c.s. geen grieven hebben gericht tegen de afwijzing door de voorzieningenrechter van de vorderingen gericht tegen RET. JCDecaux c.s. zijn derhalve niet ontvankelijk in hun vorderingen tegen RET.

18. Het meest verstrekkende verweer tegen de vorderingen van JCDecaux c.s. is het verweer van Exterior dat het onderhavige geschil niet geschikt is om behandeld te worden in kort geding. Het hof zal dit verweer als eerste behandelen. Daarbij zal het hof veronderstellen dat sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten met een grensoverschrijdend belang. De vraag of dat daadwerkelijk het geval is komt hierna aan de orde. Exterior voert aan dat JCDecaux c.s. geen spoedeisend belang hebben bij toewijzing van hun vorderingen, en dat de vorderingen van JCDecaux c.s. niet in kort geding toewijsbaar zijn, nu zij ertoe strekken de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst onmogelijk te maken, die niet meer vernietigd kan worden doordat JCDecaux c.s. niet tijdig een bodemprocedure aanhangig hebben gemaakt.

19. Exterior heeft in dit verband een beroep gedaan op jurisprudentie van onder meer dit hof waarbij is overwogen dat na gunning van een opdracht niet meer ingegrepen kan worden in de intussen gesloten overeenkomst, behalve wanneer de verliezende inschrijver gesteld en aannemelijk gemaakt heeft dat de overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de in artikel 4.15, eerste lid Aanbestedingswet 2012 (thans: artikel 4.15, eerste lid Aanbestedingswet 2016) genoemde gronden vernietigd zal worden in een bodemgeschil, dan wel de aanbestedende dienst misbruik van bevoegdheid maakt of anderszins onrechtmatig handelt jegens de verliezende inschrijver (zie onder meer hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816). Deze jurisprudentie onderstreept volgens Exterior dat de vorderingen van JCDecaux c.s. niet in kort geding kunnen worden toegewezen vanwege het ingrijpende en definitieve karakter ervan.

20. Dit verweer faalt, om de volgende redenen.

21. De vorderingen van JCDecaux c.s. zijn spoedeisend. De door RET Services met Exterior gesloten overeenkomst gaat in op 1 januari 2017. Een beslissing in een bodemprocedure zou normaal gesproken eerst kunnen worden gegeven nadat al enige tijd uitvoering is gegeven aan de overeenkomst. De prestaties die Exterior gedurende die periode heeft verricht kunnen dan niet meer worden teruggedraaid. Indien JCDecaux c.s. hun doel willen verwezenlijken – te weten alsnog in aanmerking komen voor uitvoering van de overeenkomst vanaf de aanvang – zijn zij derhalve aangewezen op een kort geding.

22. JCDecaux c.s. vragen geen declaratoir of constitutief oordeel, dat niet in kort geding kan worden gegeven. Hun vorderingen - voor zover gericht tegen RET Services - komen neer op een verbod de overeenkomst met Exterior uit te voeren en voor het geval RET Services deze overeenkomst alsnog wil aangaan, een gebod om daarbij de Aanbestedingswet 2016 in acht te nemen. Dergelijke maatregelen hebben het karakter van een voorlopige voorziening en zijn declaratoir noch constitutief, ook niet wanneer zij tot gevolg hebben dat de met Exterior gesloten overeenkomst (tijdelijk) niet kan worden uitgevoerd.

23. De stelling van Exterior dat JCDecaux c.s. niet tijdig een bodemprocedure aanhangig hebben gemaakt, zodat de overeenkomst tussen RET Services en Exterior niet meer kan worden vernietigd, miskent dat artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 in het onderhavige geval niet van toepassing is. (Verwijzingen naar de Aanbestedingswet 2012 hebben betrekking hebben op de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van RET Services met Exterior in maart 2016 geldende tekst.) Artikel 4.15, eerste lid, sub a ziet op de vernietiging van overeenkomsten die, *in strijd met deel 2 of deel 3* van de Aanbestedingswet 2012, zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht zijn gesloten. Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst tussen RET Services en Exterior was op een concessieovereenkomst voor diensten echter uitsluitend deel 1 (en in het bijzonder afdeling 1.2.2) van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Indien sprake is van een dergelijke overeenkomst, zoals JCDecaux c.s. stellen, kunnen zij dus geen vernietiging vorderen van de overeenkomst op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012, zodat ook de vervaltermijn van zes maanden van artikel 4.15, tweede lid onder b, niet van toepassing is.

24. De jurisprudentie van onder meer dit hof waarin terughoudendheid wordt betracht bij het nemen van een beslissing die de strekking heeft een overeenkomst gesloten na een aanbestedingsprocedure aan te tasten, ziet op situaties waarbij sprake is van overeenkomsten waarvan de vernietiging kan worden gevorderd op een van de gronden genoemd in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012. Indien die jurisprudentie ook gevolgd zou worden in een situatie als de onderhavige, waarin (als overwogen) in een bodemprocedure op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 geen vernietiging van de overeenkomst kan worden gevorderd, zou dat betekenen dat in een dergelijke situatie (ook in eerste aanleg) geen voorlopige voorziening kan worden getroffen omdat vernietiging van de gesloten overeenkomst door de bodemrechter niet in het verschiet ligt. Een gepasseerde gegadigde zou dan niet kunnen opkomen tegen de gunning van een concessieovereenkomst aan een derde zonder openbare aankondiging van het voornemen daartoe. Een dergelijke uitkomst valt niet te verenigen met het effectiviteitsbeginsel, op grond waarvan burgers rechten en verplichtingen die uit het Unierecht voortvloeien, voor de rechter geldend moeten kunnen maken. Daaruit volgt dat de betreffende

jurisprudentie van onder meer dit hof waarop Exterior zich beroept, in het onderhavige geval niet van toepassing is.

25. Krachtens artikel 1.7 sub c Aanbestedingswet 2012 zijn op concessieovereenkomsten voor diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang de algemene beginselen van afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. Deze algemene beginselen houden onder meer een verplichting in voor een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (artikel 1.8 Aanbestedingswet 2012) alsmede een verplichting om transparant te handelen, en daarbij in ieder geval zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van de opdracht (artikel 1.9, eerste en tweede lid Aanbestedingswet 2012).

26. Het sluiten van een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 met een duidelijk grensoverschrijdend belang zonder inachtneming van de beginselen van afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 is onrechtmatig jegens gepasseerde gegadigden. Deze gepasseerde gegadigden kunnen opkomen tegen dergelijk onrechtmatig handelen in een bodemprocedure, indien ook aan de overige vereisten van artikel 6:162 BW is voldaan. Zij kunnen in die bodemprocedure weliswaar geen vernietiging van de gesloten concessieovereenkomst vorderen, nu artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is, maar zij kunnen wel andere vorderingen instellen, zoals een verbod (verder) uitvoering te geven aan een reeds gesloten overeenkomst en binnen bepaalde grenzen ook een gebod om het sluiten van een nieuwe concessieovereenkomst aan te kondigen. Om de hiervoor in r.o. 24 genoemde redenen sluit artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 het instellen van dergelijke vorderingen niet uit. In kort geding moet de rechter zich een voorlopig oordeel vormen over de kans dat dergelijke vorderingen in een bodemprocedure zullen worden toegewezen. Die toets zal het hof ook in het onderhavige geval aanleggen.

27. Dat het hof zich zal richten naar het te verwachten oordeel van de bodemrechter betekent niet dat JCDecaux c.s. verplicht zijn een bodemprocedure te beginnen, of dat het (nog) niet instellen van een bodemprocedure door JCDecaux c.s. in de weg staat aan toewijzing van de vorderingen, zoals Exterior heeft gesteld. Indien Exterior een oordeel van de bodemrechter wenst, kan zij daartoe ook zelf een procedure aanhangig maken.

28. Het bovenstaande betekent dat het onder r.o. 18 en 19 verwoorde verweer van Exterior faalt en dat het hof thans aan een inhoudelijke behandeling van de grieven toekomt. De eerste grief van JCDecaux c.s. is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

29. Het begrip "duidelijk grensoverschrijdend belang" is afkomstig uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: Hof van Justitie). Volgens deze rechtspraak kan een dergelijk belang met name voortvloeien uit het economische belang van de geplande overeenkomst, de plaats van uitvoering ervan of de technische kenmerken ervan (zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 14 november 2013 in zaak C-221/12, Belgacom/WVEM e.a., ECLI:EU:C:2013:736, r.o. 29).

30. In de Aanbestedingswet 2012 is het begrip "duidelijk grensoverschrijdend belang" niet verder uitgewerkt. Volgens de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 (Kamerstukken II 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 50) is de wetgever ervan uitgegaan dat het Hof van Justitie meer duidelijkheid zou geven over dit begrip in toekomstige rechtspraak. De onder r.o. 29 genoemde criteria die kunnen worden meegewogen om te kunnen vaststellen of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie echter (nog) niet verder uitgewerkt. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet van geval tot geval worden bezien of sprake is van een dergelijk belang. Het staat de rechter daarbij vrij om alle gegevens gedetailleerd te beoordelen.

31. JCDecaux c.s. hebben ter onderbouwing van hun stelling dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang onder meer verwezen naar de Richtlijn concessieovereenkomsten. Deze Richtlijn is van toepassing op concessies waarvan de waarde gelijk is aan of groter dan € 5.186.000 (artikel 8, eerste lid). Volgens overweging 23 van de Richtlijn geeft deze drempel het "*duidelijke grensoverschrijdende belang weer van concessies voor ondernemers die gevestigd zijn in andere lidstaten dan die van de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie*".

32. De Richtlijn concessieovereenkomsten diende op uiterlijk 18 april 2016 door de lidstaten te zijn geïmplementeerd. In Nederland is de Richtlijn eerst op 1 juli 2016 geïmplementeerd. Ten tijde van sluiting van de overeenkomst tussen RET Services en Exterior was de Richtlijn dus nog niet geïmplementeerd en was ook de implementatiedatum nog niet verstreken. Daarom dient de Richtlijn volgens RET c.s. en Exterior buiten beschouwing te blijven.

33. Alhoewel de overeenkomst tussen RET Services en Exterior is gesloten op een tijdstip waarop de Richtlijn concessieovereenkomsten nog niet was geïmplementeerd of directe werking had, kan naar het oordeel van het hof voor de vaststelling van het vereiste economische belang van de overeenkomst een aanwijzing worden

ontleend aan de drempelwaarde van de Richtlijn. Het gaat hier immers om de invulling door de Uniewetgever van een reeds ten tijde van sluiting van de overeenkomst tussen RET Services en Exterior bestaand, in de rechtspraak van het Hof van Justitie ontwikkeld begrip. Bij gebreke van enige aanwijzing voor het tegendeel valt aan te nemen dat de Uniewetgever heeft willen aansluiten bij dat bestaande begrip en daar nader invulling aan heeft willen geven.

34. In dit verband neemt het hof ook in aanmerking dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie onder meer het hiervoor aangehaalde arrest in de zaak Belgacom, r.o. 31) voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat vast komt te staan dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit. Het begrip "duidelijk grensoverschrijdend belang" is dus in zoverre een abstract begrip. Bij de invulling van een dergelijk abstract begrip kan de geraamde waarde van de opdracht een bruikbare aanwijzing zijn. Dat geldt temeer in een situatie zoals de onderhavige, waarin geen aankondiging van de opdracht heeft plaatsgevonden en de concrete belangstelling van buitenlandse marktdeelnemers dus niet is gepeild.

35. Om aan de waarde van de overeenkomst een indicatie te ontleen voor de toepassing van het begrip "duidelijk economisch belang" moet die waarde worden bepaald. Daarbij zal het hof als indicatie hanteren hoe die waarde moet worden bepaald volgens artikel 8, tweede lid van de Richtlijn, namelijk aan de hand van de *"..... totale tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief btw, zoals deze door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie is geraamd, als tegenprestatie voor de werken en diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken, en ook voor de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten zijn verricht"*. JCDecaux c.s. hebben gesteld dat deze waarde moet worden bepaald aan de hand van een raming van de omzet die Exterior zal behalen gedurende de looptijd van de overeenkomst met de exploitatie van de reclameobjecten. JCDecaux c.s. hebben deze omzet geraamd op circa € 100 miljoen. De hoogte van dat bedrag is door RET c.s. en Exterior niet gemotiveerd bestreden. RET c.s. hebben op hun beurt aangevoerd dat uitgegaan moet worden van de waarde die moet worden toegekend aan de plaatsing, beheer en onderhoud van de reclameobjecten, die Exterior ten behoeve van RET c.s. verricht. Ten aanzien van die waarde hebben RET c.s. gesteld - zonder een concreet bedrag te noemen - dat deze niet hoog genoeg is om buitenlandse gegadigden aan te trekken.

36. Het hof neemt bij de bepaling van de waarde van de overeenkomst in aanmerking dat de reden dat de waarde van de overeenkomst in de rechtspraak van het Hof van Justitie gezien wordt als een indicatie van het grensoverschrijdende belang, is gelegen in de relatie die wordt verondersteld tussen de waarde van de overeenkomst en de interesse van buitenlandse gegadigden. Naar het oordeel van het hof moet bij de vaststelling van de waarde van de overeenkomst dus met name worden gekeken naar die elementen die bepalend zijn voor de mogelijke interesse van buitenlandse gegadigden.

37. In het onderhavige geval valt aan te nemen dat de interesse van buitenlandse gegadigden met name zal worden bepaald door de omzet die de concessiehouder kan behalen met de exploitatie van de reclameobjecten. Het ligt derhalve naar het oordeel van het hof voor de hand die omzet als uitgangspunt te nemen bij de vaststelling van het economische belang. Tegenover die omzet staan als tegenprestaties de door de concessiehouder te verrichten diensten op het vlak van plaatsing, beheer en onderhoud van de reclameobjecten en de afdracht die de concessiehouder aan RET Services moet betalen. RET c.s. gaan er ten onrechte vanuit dat de omzet die bij de bepaling van de waarde van de overeenkomst in aanmerking wordt genomen, (geheel) behaald moet worden met diensten die de concessiehouder ten behoeve van RET Services verricht. Eigen aan een concessie is dat de beloning van de concessiehouder bestaat uit het recht het object van de concessie te exploiteren. Die exploitatie bestaat niet (of in ieder geval niet uitsluitend) uit diensten die de concessiehouder ten behoeve van de concessieverlener verricht, maar (ook) uit diensten die de concessiehouder aan derden verleent. De omzet die de concessiehouder daarmee kan realiseren is (mede) bepalend voor de aantrekkingskracht van de concessie, en kan bij een raming van de waarde van de concessie dan ook niet buiten beschouwing worden gelaten.

38. De omzet van circa € 100 miljoen die met de onderhavige overeenkomst kan worden behaald is naar het oordeel van het hof zo substantieel, dat een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een passende mate van openbaarheid belangstelling zouden hebben getoond. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat dit bedrag een veelvoud is van de drempelwaarde conform de Richtlijn concessieovereenkomsten, waarbij volgens de Uniewetgever buitenlandse belangstelling kan worden verondersteld. Een reële mogelijkheid van buitenlandse belangstelling is voldoende om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te nemen. Bij een reële mogelijkheid van buitenlandse belangstelling kan het achterwege laten van een passende mate van openbaarheid immers leiden tot een schending van de fundamentele regels van het VWEU en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Exterior heeft betoogd dat het waarschijnlijk moet zijn dat ondernemingen uit andere lidstaten bij een marktbevraging belangstelling zouden hebben getoond, maar dat valt niet uit de rechtspraak van het Hof van Justitie af te leiden.

39. Aan de andere door het Hof van Justitie genoemde factoren - de technische kenmerken en de plaats van uitvoering van de opdracht - kunnen in het onderhavige geval geen aanwijzingen voor of tegen een duidelijk grensoverschrijdend belang worden ontleend. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie onder meer het eerder aangehaalde arrest in de zaak Belgacom, r.o. 29) volgt echter dat een substantieel economisch belang op zichzelf kan volstaan als indicatie van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

40. Zoals hiervoor is opgemerkt, is voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist dat gegadigden uit andere lidstaten daadwerkelijk belangstelling hebben getoond. Het ontbreken van buitenlandse gegadigden bij andere aanbestedingen van soortgelijke overeenkomsten sluit derhalve niet uit dat sprake kan zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Daarbij komt dat JCDecaux Nederland, Exterior en de derde grote speler in deze markt in Nederland, Clear Channel Netherlands B.V., alle drie deel uitmaken van internationale concerns. (Potentiele) buitenlandse belangstelling kan er ook uit bestaan dat ondernemingen uit andere lidstaten zich permanent in Nederland hebben gevestigd, of Nederlandse ondernemingen hebben geacquireerd. Anders dan de voorzieningenrechter heeft aangenomen, wijst het feit dat JCDecaux Nederland en niet JCDecaux SA heeft ingeschreven op andere aanbestedingen voor soortgelijke diensten dus niet zonder meer op het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

41. Op grond van de voorgaande overwegingen komt het hof tot de conclusie dat het voorshands aannemelijk is dat de overeenkomst tussen RET Services en Exterior een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, zodat de eerste grief van JCDecaux c.s. slaagt en het vonnis van de voorzieningenrechter te dien aanzien niet in stand kan blijven. Daarmee dient het hof ook de overige stellingen van JCDecaux c.s. en de overige verweren van RET c.s. en Exterior in eerste aanleg en hoger beroep te beoordelen.

42. Het eerste verweer dat het hof dient te beoordelen betreft de status van RET Services. RET c.s. en Exterior hebben gesteld dat RET Services geen aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, zodat de algemene beginselen van afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op RET Services van toepassing zijn.

43. Tussen partijen is niet in geschil dat RET een aanbestedende dienst (en een speciale-sectorbedrijf) in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 is, en als zodanig is onderworpen aan artikel 1.7 Aanbestedingswet 2012. Nu de onderhavige overeenkomst is gesloten door RET Services, zal echter moeten worden vastgesteld of ook RET Services, als 100% dochtermaatschappij van RET, als aanbestedende dienst en/of speciale-sectorbedrijf kan worden beschouwd.

44. JCDecaux c.s. stellen dat dat het geval is. Volgens hen is sprake van een interne verdeling van taken binnen de groep, en is RET Services bij de verlening van externe opdrachten ten behoeve van de taken die aan haar door RET zijn opgedragen, aan dezelfde regels gebonden als RET. RET c.s. en Exterior bestrijden dat RET Services onderworpen is aan artikel 1.7 Aanbestedingswet 2012. Volgens hen kan RET Services niet met RET worden vereenzelvigd en is zij zelf geen speciale-sectorbedrijf of aanbestedende dienst.

45. RET Services kan worden gezien als een publiekrechtelijke instelling (en daarmee als een aanbestedende dienst) indien zij (i) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, (ii) rechtspersoonlijkheid bezit en (iii) - onder meer - het beheer is onderworpen aan toezicht door een andere publiekrechtelijke instelling of de leden van het bestuur voor meer dan de helft door een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen. Niet is betwist dat aan voorwaarde (ii) en (iii) is voldaan. Uit het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ECLI:EU:C:1998:4, volgt echter dat het enkele feit dat RET Services een 100% dochtermaatschappij is van RET (en als zodanig rechtspersoonlijkheid heeft), niet volstaat om RET Services zelf ook als publiekrechtelijke instelling te kwalificeren. Daarnaast dient RET Services te voldoen aan de voorwaarde, dat zij is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.

46. Blijkens een door JCDecaux c.s. als productie 21 overgelegd uittreksel uit het handelsregister houdt RET Services zich bezig met het verrichten van activiteiten die verband houden met het openbaar vervoer van RET en een bijdrage kunnen leveren aan de verbetering van de kwaliteit van dit openbaar vervoer. Tot die activiteiten behoren onder meer de activiteiten die RET Services in het kader van de concessieovereenkomst aan Exterior heeft uitbesteed, zoals de plaatsing, beheer en onderhoud van de reclameobjecten. RET Services is derhalve door RET belast met activiteiten die in ieder geval ten dele voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Daarmee kan RET Services naar het voorlopig oordeel van het hof worden beschouwd als een publiekrechtelijke instelling.

47. Bovendien heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat entiteiten met de hoedanigheid van aanbestedende dienst, die in hun boekhouding een interne scheiding nastreven tussen de activiteiten die zij uitoefenen ter vervulling van hun taak te voorzien in behoeften van algemeen belang, en de activiteiten die zij uitoefenen onder mededingingsvoorwaarden, niettemin voor alle door hen geplaatste opdrachten binnen de werkingssfeer van de aanbestedingsregels vallen (arrest van 10 april 2008 in zaak C-393/06, *Aigner*, r.o. 50 e.v.). Het Hof van Justitie verwijst in de betreffende rechtsoverwegingen naar de conclusie van de advocaat-

generaal in deze zaak, die deze uitkomst rechtvaardigt met een beroep op de doelstelling van de aanbestedingsregels dat de entiteiten die bevoegd zijn opdrachten aan te besteden, zich uitsluitend door economische criteria en niet door nationale voorkeuren laten leiden (zie punt 61 van de conclusie).

48. In de zaak Aigner ging het om commerciële en niet-commerciële activiteiten van eenzelfde rechtspersoon. In de onderhavige zaak zijn commerciële activiteiten van RET (deels) ondergebracht in een aparte rechtspersoon RET Services, maar dat enkele feit sluit naar het oordeel van het hof niet uit dat die rechtspersoon zich bij het verlenen van opdrachten door niet-economische criteria laat leiden. Dat risico is in het bijzonder aanwezig nu RET Services een 100% dochtermaatschappij van RET is waarvan de bestuurders worden benoemd door RET, RET Services activa exploiteert die RET gebruikt bij openbaar vervoeractiviteiten, de activiteiten van RET Services dienstbaar zijn aan de activiteiten van RET en de door RET Services gegenereerde opbrengsten aan die activiteiten ten goede komen.

49. Zelfs als RET Services niet als publiekrechtelijke instelling kan worden beschouwd, dient RET Services derhalve met RET te worden vereenzelvigd, voor zover het betreft de toepassing van de aanbestedingsregels. Zou daarover anders worden gedacht, dan zou een aanbestedende dienst zich eenvoudig aan de aanbestedingsregels kunnen onttrekken door bepaalde activiteiten in een aparte rechtspersoon onder te brengen. Het hof neemt bij zijn oordeel ook in aanmerking dat tijdens het pleidooi namens RET c.s. is aangegeven dat het louter een kwestie van interne bedrijfsstructuur is die heeft meegebracht dat de taken waarop de overeenkomst met Exterior betrekking heeft, in RET Services zijn ondergebracht. De vraag of er sprake is van een aanbestedingsplicht kan niet van dergelijke min of meer toevallige omstandigheden afhankelijk zijn.

50. Een en ander brengt het hof tot het voorlopig oordeel dat RET Services kan worden beschouwd als een aanbestedende dienst en/of speciale-sectorbedrijf, zodat dit verweer van RET c.s. en Exterior moet worden verworpen. Het daarop voortbouwende verweer van Exterior dat JCDecaux c.s. geen belang hebben bij hun vorderingen stuit ook daarop af.

51. Het volgende verweer van RET c.s. betreft de aard van de overeenkomst tussen RET Services en Exterior. Volgens RET c.s. kan de rechtsverhouding tussen RET Services en Exterior niet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, nu (i) RET Services geen opdracht tot het verrichten van diensten aan Exterior heeft verstrekt, maar een recht op exploitatie van reclameobjecten, en (ii) Exterior geen betaling ontvangt van RET Services, maar aan RET Services moet betalen. JCDecaux c.s. weerspreken de stellingen van RET c.s. Volgens hen heeft RET Services Exterior een aantal dienstenverplichtingen opgelegd ten aanzien van de plaatsing en onderhoud van de reclameobjecten, in ruil waarvoor Exterior het recht heeft verkregen deze objecten te exploiteren.

52. Een concessieovereenkomst voor diensten is in artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 gekwalificeerd als “een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht of speciale-sectoropdracht voor diensten waarbij de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat uit het recht de dienst te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een betaling”. Naar het voorlopig oordeel van het hof voldoet de overeenkomst tussen RET Services en Exterior aan deze definitie. Exterior verleent diensten aan RET Services, in de vorm van plaatsing en onderhoud van de reclameobjecten. De tegenprestatie voor deze diensten bestaat uit het recht de reclameobjecten te exploiteren. Dat Exterior naast het recht de reclameobjecten te exploiteren een vergoeding betaalt aan RET Services staat aan het karakter van een concessieovereenkomst niet in de weg.

53. Voor deze opvatting vindt het hof steun in het eerder aangehaalde arrest van het Hof van Justitie in de zaak Belgacom. In dat arrest heeft het Hof van Justitie eveneens geconcludeerd dat sprake was van een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn, terwijl in dat geval in het geheel geen diensten aan de opdrachtgever(s) werden verleend, en de concessiehouder eveneens een vergoeding betaalde aan de opdrachtgever(s) voor het recht de betreffende activa te exploiteren.

54. Het verweer van RET c.s. dat de rechtsverhouding tussen RET Services en Exterior niet kan worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, faalt derhalve. Daarmee faalt ook de grief in het voorwaardelijk incidenteel appel.

55. RET c.s. en Exterior hebben verder aangevoerd dat - zo er al sprake zou zijn van een concessieovereenkomst in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 - bij de verlening van deze concessie de verplichtingen van Afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet 2012 niet in acht genomen behoeften te worden, nu het een verlenging betrof van de overeenkomst die in 2009 tussen RET Services en Exterior was gesloten, en bij de totstandkoming van die overeenkomsten aan de verplichtingen van transparantie en gelijke behandeling was voldaan. JCDecaux c.s. hebben deze stelling van RET c.s. en Exterior bestreden.

56. Bij de beoordeling van dit verweer gaat het hof uit van de tekst van de modelmantelovereenkomst die door JCDecaux c.s. als productie 12a in eerste aanleg is overgelegd. RET c.s. en Exterior hebben de daadwerkelijk in 2009 gesloten overeenkomst(en) niet overgelegd. Zij hebben echter niet betwist dat in die

overeenkomst(en) ter zake van de verlenging afspraken zijn gemaakt die overeenstemmen met de inhoud van de modelmantelovereenkomst.

57. Artikel 10 van de modelmantelovereenkomst luidt voor zover hier relevant als volgt:

10.1 *RET (bedoeld is RET Services, toevoeging hof) verplicht zich uiterlijk 1 januari 2016 EXPLOITANT schriftelijk te verzoeken tot het uitbrengen van een nieuwe offerte betreffende een verlenging of vernieuwing van de Mantelovereenkomst en/of (een of meer van) de Onderliggende Overeenkomsten met eenzelfde periode.*

10.2 *Indien EXPLOITANT niet binnen 30 kalenderdagen na het schriftelijk verzoek van RET haar offerte aan RET uitbrengt, wordt het verzoek als door EXPLOITANT afgewezen beschouwd.*

10.3 *Indien EXPLOITANT wél binnen 30 kalenderdagen na het schriftelijk verzoek van RET haar offerte aan RET uitbrengt, zal RET, indien de offerte haar convenieert, een nieuwe overeenkomst met EXPLOITANT sluiten dan wel de beëindigde overeenkomst met EXPLOITANT (verder) verlengen.*

10.4 *RET verplicht zich voorts jegens EXPLOITANT in het geval zij een offerte van een derde partij verkrijgt die gunstiger is dan de hierboven bedoelde uitgebrachte offerte van EXPLOITANT, EXPLOITANT schriftelijk te verzoeken tot het uitbrengen van een nieuwe offerte, met inachtnaam van de bepalingen en voorwaarden van de offerte van die derde partij.*

10.5 *Indien EXPLOITANT niet binnen 30 kalenderdagen na het schriftelijk verzoek haar nieuwe offerte aan RET uitbrengt, wordt het verzoek als door EXPLOITANT afgewezen beschouwd.*

10.6 *Indien EXPLOITANT wél binnen 30 kalenderdagen na het schriftelijk verzoek van RET haar nieuwe aan RET offert?e uitbrengt (sic!), zal RET, indien de offerte haar convenieert, voor dezelfde periode een nieuwe overeenkomst met EXPLOITANT sluiten, dan wel de beëindigde overeenkomst met EXPLOITANT (verder) verlengen."*

58. Op grond van deze bepaling heeft Exterior geen *recht* op verlenging. RET Services kan er ook voor kiezen een nieuwe overeenkomst te sluiten, of in het geheel geen overeenkomst aan te gaan. Exterior krijgt slechts de gelegenheid een offerte uit te brengen, indien RET Services tot verlenging of vernieuwing besluit. Bovendien kan RET Services ook offertes van derden inwinnen, in welk geval Exterior slechts de gelegenheid krijgt die offertes te evenaren.

59. Aangezien RET Services op grond van artikel 10 van de modelmantelovereenkomst de mogelijkheid heeft om de bestaande overeenkomst niet te verlengen, maar in plaats daarvan een nieuwe overeenkomst aan te gaan (of in het geheel geen overeenkomst aan te gaan), kan RET Services zich naar het voorlopig oordeel van het hof niet met een beroep op de door dit artikel geboden verlengingsmogelijkheid onttrekken aan de verplichting ingevolge artikel 1.7 Aanbestedingswet 2012 om bij het verlenen van een concessie voor de onderhavige diensten de voorschriften van afdeling 1.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 in acht te nemen. Anders gezegd: artikel 10 biedt RET Services een keuze, en omdat RET Services die keuze op een zodanige manier kan uitoefenen dat zij de aanbestedingsregels kan naleven, kan zij dit artikel niet inroepen om deze regels te negeren.

60. Daarbij komt dat de verlengingsmogelijkheid van artikel 10 van de modelmantelovereenkomst voorziet in verlenging met eenzelfde periode als de oorspronkelijke looptijd, dat wil zeggen 7 jaar. De overeenkomst gesloten tussen RET Services en Exterior heeft echter een looptijd van 10 jaar. RET Services en Exterior lijken dus niet van de verlengingsmogelijkheid van artikel 10 gebruik te hebben gemaakt.

61. Dit verweer van RET c.s. en Exterior faalt derhalve.

62. Daarmee zijn alle verweren van RET c.s. en Exterior besproken en verworpen. Het hof komt tot de voorlopige slotsom dat de bodemrechter waarschijnlijk zal oordelen dat RET Services bij het sluiten van de overeenkomst met Exterior in maart 2016 de voorschriften van afdeling 1.2.2 van de Aanbestedingswet 2012 in acht had moeten nemen, zorg had moeten dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het sluiten van de concessieovereenkomst, en Exterior en andere potentiële gegadigden voor deze overeenkomst op gelijke en niet-discriminerende wijze had moeten behandelen.

63. Het hof zal derhalve het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigen. Gegeven de aanmerkelijke kans dat de bodemrechter zal oordelen dat RET Services bij het aangaan van de overeenkomst met Exterior haar verplichtingen ingevolge de Aanbestedingswet 2012 heeft geschonden, zal het hof, opnieuw recht doende, de vordering van JCDecaux c.s. om RET Services te verbieden de met Exterior gesloten overeenkomst uit te voeren, alsnog toewijzen.

64. JCDecaux c.s. hebben eveneens gevorderd dat het hof RET Services zal gebieden om aan te kondigen dat de concessieovereenkomst met inachtneming van de Aanbestedingswet 2016 zal worden aanbesteed, behoudens voor zover RET Services afziet van het aangaan van de concessieovereenkomst.

65. Indien RET Services de uitvoering van de met Exterior gesloten overeenkomst staakt en een nieuwe concessieovereenkomst wil sluiten met eenzelfde strekking, zal zij daarbij de bepalingen van de



Aanbestedingswet 2016 in acht moeten nemen, indien sprake is van een concessieopdracht voor diensten in de zin van artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2016, en de geraamde waarde van de overeenkomst hoger is dan € 5.186.000.

66. De definitie van concessieopdracht voor diensten in de Aanbestedingswet 2016 verschilt, voor zover relevant voor deze zaak, niet van de definitie van een concessieovereenkomst voor diensten in de Aanbestedingswet 2012. Verder heeft het hof hiervoor reeds uitgemaakt dat het voorshands aannemelijk is dat de geraamde waarde van de (thans gesloten) overeenkomst hoger is dan € 5.186.000. Naar het voorlopig oordeel van het hof zal RET Services derhalve de procedure voor het plaatsen van concessieopdrachten in de Aanbestedingswet 2016 moeten volgen, indien zij besluit dezelfde concessieovereenkomst opnieuw aan te gaan (waarbij het hof ervan uitgaat dat deze concessieovereenkomst, wat de inhoud ervan betreft, gelijk is aan de modelmantelovereenkomst die JCDecaux c.s. als productie 12a in eerste aanleg hebben overgelegd). Daarom zal het hof ook deze vordering van JCDecaux c.s. toewijzen. Het hof voegt daar echter aan toe dat de verplichting om deze procedure te volgen alleen geldt indien RET Services een overeenkomst aan wil gaan die voldoet aan de definitie van een concessieopdracht voor diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2016. Mocht RET Services besluiten een overeenkomst aan te gaan die qua inhoud afwijkt van de modelmantelovereenkomst, dan zal opnieuw moeten worden bezien of deze overeenkomst valt onder deze definitie. Aan het gebod om de concessieovereenkomst aan te besteden zal het hof een termijn verbinden van twee maanden, aangezien de voorbereiding van de aanbesteding enige tijd kan vergen.

67. JCDecaux c.s. hebben gevorderd dat het hof aan overtreding van het gevorderde verbod en gebod zal verbinden dat RET Services een direct opeisbare dwangsom van € 1.500.000 verbeurt. Deze vordering zal het hof afwijzen. Gezien het feit dat RET Services een 100% dochtermaatschappij is van RET die op haar beurt wordt gecontroleerd door de gemeente Rotterdam, gaat het hof ervan uit dat RET Services zich ook zonder de dreiging van verbeurte van een dwangsom aan de door het hof uit te spreken veroordelingen zal houden.

68. De tweede grief van JCDecaux c.s. is gericht tegen de door de voorzieningenrechter uitgesproken proceskostenveroordeling. Gezien het feit dat JCDecaux c.s. alsnog grotendeels in het gelijk worden gesteld, slaagt ook deze grief en zal het hof de proceskostenveroordeling uitgesproken door de voorzieningenrechter vernietigen en, opnieuw recht doende, RET Services en Exterior in de proceskosten veroordelen.

69. Ten aanzien van het incidenteel appel van RET c.s. heeft het hof hiervoor reeds geoordeeld dat de grief van RET c.s. faalt. Nu het incidenteel appel nodeloos is ingesteld zal het hof een kostenveroordeling achterwege laten. (*Enz., enz., Red.*)

#### Noot Inleiding

1. De centrale vraag in dit arrest is of RET Services B.V. (hierna: RET Services), een 100 % dochteronderneming van Rotterdamse Elektrische Tram N.V., de exclusieve exploitatierechten voor reclame op abri's, vitrines, bussen en trams onderhands aan een ondernemer (hierna: de concessiehouder) mocht gunnen. Het arrest is gewezen onder het recht dat gold voor de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 per 1 juli 2016 en het verstrijken van de termijn voor implementatie van Richtlijn 2014/23/EU (hierna: de concessierichtlijn). [2] Het Hof Den Haag diende daarom te toetsen of de door RET Services gesloten overeenkomst, die door het hof wordt gekwalificeerd als een concessie voor diensten, een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' heeft.

2. Inmiddels is de concessierichtlijn geïmplementeerd, [3] waarvoor een nieuw deel (deel 2a) in de Aanbestedingswet 2012 is ingevoegd, en moeten concessies voor diensten met een geraamde waarde van € 5.225.000,- of hoger in beginsel worden aanbesteed. Het leerstuk van een duidelijk grensoverschrijdend belang blijft niettemin van betekenis voor de rechtspraktijk, met name voor concessies en opdrachten met een geraamde waarde die lager is dan de toepasselijke drempelbedragen. [4] In deze noot besteed ik aandacht aan de beoordeling van een duidelijk grensoverschrijdend belang en de rechtsbescherming van ondernemers bij een beroep op dit leerstuk. [5]

#### Duidelijk grensoverschrijdend belang

3. Uit een lange reeks arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) volgt dat opdrachten en concessies waarop de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn [6], niettemin onderworpen zijn aan de fundamentele verdragsregels en de daaruit voortvloeiende rechtsbeginselen, in het bijzonder het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Op grond van deze verdragsregels en rechtsbeginselen zijn aanbestedende diensten gehouden een passende mate van openbaarheid te garanderen ten aanzien van opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang. [7] Deze rechtsregel is inmiddels geïmplementeerd in artikel 1.9 lid 2 juncto artikel 1.7 aanhef en sub b van de Aanbestedingswet 2012.

4. Het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang moet worden onderzocht aan de hand van objectieve factoren. Volgens het HvJ EU kunnen met name het aanzienlijke bedrag van de betrokken opdracht in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht en de

specifieke kenmerken van de betrokken producten op een duidelijk grensoverschrijdend belang duiden. Er kan tevens rekening worden gehouden met het bestaan van klachten van in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers, mits wordt nagegaan of het werkelijke klachten betreft en geen schijnklachten. [8]

5. Het Hof Den Haag kent in bovenstaande uitspraak uitsluitend betekenis toe aan de waarde van de concessie. Aan de overige criteria zijn volgens het hof geen aanwijzingen voor of tegen een duidelijk grensoverschrijdend belang te ontlenen (r.o. 39). De klagende ondernemer had de omzet uit de exploitatie van de reclameobjecten geraamd op circa € 100 miljoen, welk bedrag naar het oordeel van het hof niet gemotiveerd is bestreden door RET Services en de concessiehouder (r.o. 35). Een omzet van circa € 100 miljoen is volgens het hof zo substantieel, dat een reële mogelijkheid bestaat dat ondernemers uit andere lidstaten belangstelling zouden hebben getoond, indien RET Services een passende mate van openbaarheid zou hebben betracht. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat dit bedrag een veelvoud is van de drempelwaarde van de concessierichtlijn (€ 5.225.000,- excl. btw), waarbij volgens de Uniewetgever buitenlandse belangstelling kan worden verondersteld (r.o. 38).

6. De concessiehouder had betoogd dat buitenlandse belangstelling 'waarschijnlijk' moet zijn, maar volgens het hof valt dit niet uit de rechtspraak van het HvJ EU af te leiden. Het Hof Den Haag neemt met 'een reële mogelijkheid' van buitenlandse belangstelling genoeg voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Heeft het hof daarmee de juiste maatstaf gehanteerd?

7. Recent heeft het HvJ EU in het *Tecnoedi*-arrest benadrukt dat het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet louter hypothetisch kan worden afgeleid uit bepaalde gegevens die *in abstracto* aanwijzingen daarvan kunnen opleveren. Een duidelijk grensoverschrijdend belang moet blijken uit de beoordeling *in concreto* van de betreffende opdracht. [9] De nationale rechter dient dus terughoudend te zijn met het doen van aannames. Aan de andere kant kan niet worden vereist dat ondernemers uit andere lidstaten daadwerkelijk belangstelling hebben getoond, met name niet in situaties waarin de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zonder enige vorm van transparantie een concessie of opdracht heeft gegund. Dit volgt uit het *Belgacom*-arrest, [10] waarnaar het Hof Den Haag terecht verwijst en waarvan het HvJ EU in het *Tecnoedi*-arrest niet is terug gekomen. De mate waarin de belangstelling van ondernemers uit andere lidstaten vast moet komen te staan om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te kunnen nemen, is in mijn ogen dan ook nog steeds niet uitgekristalliseerd.

8. Een interessante vraag die in het arrest van het Hof Den Haag aan de orde komt, is in hoeverre nog sprake is van belangstelling van buitenlandse ondernemers, indien naar verwachting niet die buitenlandse partijen zelf, maar hun in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen op de aanbesteding zullen inschrijven. Volgens het hof kan de belangstelling van buitenlandse ondernemers ook tot uiting komen in de permanente vestiging in Nederland of acquisitie van Nederlandse ondernemingen (r.o. 40). Het feit dat de Nederlandse vestigingen van die buitenlandse partijen op eerdere, vergelijkbare aanbestedingen hebben ingeschreven, wijst daarom niet zonder meer op het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang, aldus het hof.

9. Iets meer dan een maand later kwam het Hof Den Bosch in een vergelijkbare zaak, met gedeeltelijk dezelfde procespartijen, tot een ander oordeel. Dit hof overwoog dat grensoverschrijdende belangstelling 'niet alleen' uit vennootschapsrechtelijke banden van in Nederland gevestigde ondernemers met buitenlandse ondernemers is af te leiden. [11] Het Hof Den Bosch lijkt er - in tegenstelling tot het Hof Den Haag - van uit te gaan dat grensoverschrijdende belangstelling is 'uitgewerkt', zodra een buitenlandse ondernemer een vestiging opent in de lidstaat waar de concessie (of opdracht) wordt gegund. Bij een dergelijke rechtsopvatting valt een kanttekening te plaatsen. De in artikel 1.9 lid 2 juncto artikel 1.7 aanhef en sub b van de Aanbestedingswet 2012 gecodificeerde transparantieverplichting vindt mede haar oorsprong in de vrijheid van vestiging, welk recht is verankerd in artikel 49 VWEU. [12] Een buitenlandse ondernemer zou ervan weerhouden kunnen worden een vestiging in een andere lidstaat te openen en geopend te houden, indien aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven concessies onderhands, zonder enige vorm van transparantie, gunnen. Onderhandse gunning zou daarom als een inbreuk op de vrijheid van vestiging kunnen worden beschouwd, ook als niet een buitenlandse ondernemer zelf, maar haar Nederlandse vestiging op de aanbesteding zou inschrijven. Vennootschapsrechtelijke banden van Nederlandse ondernemers met buitenlandse partijen zouden naar mijn mening een indicatie kunnen zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Voor zover mij bekend is dit aspect nog niet aan de orde gekomen in de rechtspraak van het HvJ EU.

#### Rechtsbescherming

10. Op unierechtelijk niveau zijn twee richtlijnen vastgesteld die eisen stellen aan de rechtsbescherming van ondernemers op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten. [13] Op grond van artikel 2 quinquies lid 1 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen moeten lidstaten ervoor zorgen dat een overeenkomst nietig kan worden verklaard, indien de betreffende opdracht in strijd met de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn zonder voorafgaande bekendmaking in het publicatieblad van de Europese Unie is gegund. Door middel van de concessierichtlijn is de werkingssfeer van de rechtsbeschermingsrichtlijnen uitgebreid tot concessies die

onder de concessierichtlijn vallen. Artikel 2 quinquies lid 1 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen is geïmplementeerd in artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012.

11. Uit de rechtspraak van verschillende gerechtshoven volgt dat voor ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst slechts plaats is, indien deze op een van de in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden vernietigbaar is. [14] Deze rechtspraak is inmiddels bevestigd en zelfs verder aangescherpt door de Hoge Raad. [15] In bovenstaande zaak werd ook een beroep gedaan op deze rechtspraak. Het Hof Den Haag verwerpt dit beroep, omdat artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 toepassing mist. Ten tijde van de gunning van de concessie door RET Services was de concessierichtlijn immers nog niet geïmplementeerd en was de implementatietermijn van die richtlijn nog niet verstreken. Het hof overweegt dat indien deze rechtspraak zou worden gevolgd, gepasseerde ondernemers niet tegen de gunning van de concessieovereenkomst zouden kunnen opkomen, omdat vernietiging daarvan in een bodemprocedure niet in het verschieft ligt. Deze uitkomst zou volgens het hof niet te verenigen zijn met het effectiviteitsbeginsel (r.o. 23-24). Het Hof beveelt RET Services de uitvoering van de met de concessiehouder gesloten overeenkomst te staken.

12. De redenering van het Hof Den Haag is te volgen, maar een kanttekening is op haar plaats. Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moeten ondernemers ook ten aanzien van concessies en opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang over rechtsmiddelen beschikken om de rechten die zij aan het Unierecht ontleen te kunnen handhaven. Maar dat betekent, anders dan het Hof Den Haag lijkt te veronderstellen, niet dat de nationale rechter een speciale-sectorbedrijf dat een concessie zonder een passende mate van transparantie heeft gegund, zonder meer moet dwingen de in strijd met het Unierecht gesloten overeenkomst te beëindigen. Het HvJ EU heeft dit reeds voor aanbestedende diensten bevestigd in het *Wall*-arrest. [16] De nationale rechter dient zijn eigen recht toe te passen, onder voorwaarde dat die regels niet minder gunstig zijn dan de regels die gelden voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontleen niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel). [17] Artikel 6:103 BW opent de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen in een andere vorm dan betaling van een geldsom en biedt daarmee een grondslag om een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf te bevelen de overeenkomst te beëindigen, indien de opdracht of concessie in strijd met de transparantieplicht onderhands is gegund. Als voorwaarde geldt dat deze vorm van genoegdoening mogelijk en passend is. De rechter kan daarbij onder meer rekening houden met de wettelijke en contractuele mogelijkheden van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om de overeenkomst te beëindigen. [18] Wanneer de zaak in kort geding wordt behandeld, dient bovendien een belangenafweging plaats te vinden. Een bevel tot beëindiging van de overeenkomst is in geval van een schending van de in artikel 1.9 lid 2 juncto artikel 1.7 aanhef en sub b van de Aanbestedingswet 2012 neergelegde transparantieplicht dus zeker geen automatisme.

A.J. van Heeswijck

[1] Arthur van Heeswijck is zelfstandig advocaat en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

[2] Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, Pb 2014, L 94/1.

[3] Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016, 241.

[4] Zie ook S.A.D. van Garsse en S. Verhoeven, 'Het grensoverschrijdend belang en de rechtspraak van het Hof van Justitie', *TA* 2015/5.

[5] Zie over de kwalificatie door het hof van RET Services als aanbestedende dienst de noot van Essers onder dit arrest in *JAAAN* 2016/247.

[6] Naast de reeds genoemde concessierichtlijn zijn dit thans Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, Pb 2014, L 94/65 en Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, Pb 2014, L 94/243.

[7] Zie o.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*); HvJ EG 3 december 2001, C-59/00 (*Vestergaard*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*); HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (*Correos*); HvJ EH 15 mei 2008, de gevoegde zaken C-146/06 en C-147/06 (*SECAP en Santorso*).

[8] HvJ EU 11 december 2014, C-113/13 (*Azienda sanitaria locale n. 5*), r.o. 49.

[9] HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15 (*Tecnoedi/Comuno di Fossano*), r.o. 22.

[10] HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*), r.o. 31.

[11] Hof Den Bosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304.

[12] HvJ EU HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 47; HvJ EU 10 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 33.

[13] Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, Pb 1989, L 395/33 en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb 1992, L 76/14. Beide richtlijnen zijn ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, Pb 2007, L 335/31.

[14] Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365; Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ5659; Hof Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ6570; Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816; Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812; Hof Den Bosch 29 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5304.

[15] HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, JAAN2017/7, m.nt. De Ruiters & De Groot.

[16] HvJ EU 10 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 65.

[17] HvJ EU 10 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 64-65.

[18] A.J. van Heeswijck, 'Rechtsbescherming bij opdrachten en concessie met een duidelijk grensoverschrijdend belang', TBR 2014/117, p. 635.