

LEGAL UPDATE

Belangrijke aanbestedingsrechtelijke vraagstukken helder uiteengezet

Datum: 11 oktober 2019

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 1 oktober jl. een leerzaam [arrest](#) gewezen. Het arrest is op 7 oktober jl. gepubliceerd. Deze zaak speelde tussen JCDecaux Nederland B.V. en NS Stations B.V., met Exterion Media B.V. als tussengekomen partij. De zaak is in eerste aanleg behandeld door de rechtbank Midden-Nederland. De rechtbank heeft een [tussenuitspraak](#) en een [einduitspraak](#) gedaan.

NS Stations, een onderdeel van het NS-concern dat zich bezighoudt met het beheren en exploiteren van stations, heeft als één van haar activiteiten het (doen) exploiteren van de advertentiemogelijkheden op stations. NS Stations heeft in dit kader in 2011 een concessieovereenkomst gesloten met Exterion en in 2015/2016 een overeenkomst gesloten met Ngage-Media. Volgens JCDecaux (concurrent van Exterion en Ngage) hadden deze overeenkomsten aanbesteed moeten worden. Het Hof beantwoordt in dit kader onder andere de vraag of NS Stations B.V. kwalificeert als een aanbestedende dienst en de vraag of de beide overeenkomsten kwalificeren als overeenkomsten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Voor wat betreft de vraag of NS Stations B.V. een aanbestedende dienst (meer specifiek: een publiekrechtelijke instelling) is, bepaalt het hof dat vaststaat dat sprake is van rechtspersoonlijkheid en overwegende mate van overheidsinvloed. De discussie spitst zich toe op de vraag of NS Stations B.V. specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Bij de beoordeling hiervan speelt niet alleen de statutaire omschrijving een rol, maar ook zeker de daadwerkelijke uitgevoerde activiteiten. Zolang een entiteit zich kwijt van haar taak ten behoeve van het algemeen belang, maakt het niet uit dat zij ook nog commerciële activiteiten (in concurrentie en/of met winstoogmerk) verricht, ook niet als dit er zelfs méér zijn dan de activiteiten die voorzien in algemeen belang. In dit geval oordeelt het hof dat NS Stations B.V. door het beheer en de exploitatie van stations voorziet in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Bij dat oordeel is ook het wettelijk- en het beleidskader betrokken en alle relevante feiten en omstandigheden, zoals bijvoorbeeld het feit dat reizigers over het algemeen alleen de perrons en sporen kunnen bereiken via het stationsgebouw. NS Stations B.V. kwalificeert dus als een aanbestedende dienst.

Ten tijde van het vergeven van de overeenkomsten in deze zaak bestond deel 2a van de Aanbestedingswet, dat per 1 juli 2016 in de Aanbestedingswet is opgenomen met regels speciaal voor concessieopdrachten, nog niet. Tot dat moment – en dus in deze zaak – moest bij het vaststellen of een concessieopdracht aanbesteed moest worden, altijd worden getoetst of sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Inmiddels is deze toets enkel nog relevant bij opdrachten onder de Europese drempelwaarde. Om te bepalen of een overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, spelen bijvoorbeeld de geraamde opdrachtwaarde, de technische aard en de plaats van uitvoering van de opdracht een rol, maar ook andere omstandigheden kunnen relevant zijn. De opdracht moet concreet worden beoordeeld. Niet vereist is dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben getoond. Het hof oordeelt dat er bij de onderhavige overeenkomsten sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang en NS Stations B.V. dus ten onrechte geen passende mate van openbaarheid heeft geboden. NS Stations B.V. heeft haar aanbestedingsrechtelijke verplichtingen geschonden en wordt daarom verboden om nog verder uitvoering te geven aan de overeenkomsten.

Als gevolg van deze schending door NS Stations B.V. stelt JCDecaux recht te hebben op schadevergoeding. Het hof oordeelt dat JCDecaux inzage moet krijgen in de overeenkomsten die in dit geschil aan de orde zijn geweest om haar schade te berekenen. Deze procedure zal worden vervolgd in een separate schadestaatprocedure.

Al met al worden in dit arrest belangrijke leerstukken uiteengezet en passeren belangrijke (Europese) uitspraken de revue. Het is dan ook zeker de moeite waard om – als u meer wilt weten dan de (beperkte) omvang van deze Legal Update toelaat – het arrest te lezen.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart en Julia Krijbolder.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl

Julia Krijbolder
+31 30 25 95 572
juliakrijbolder@vbk.nl