

JAAN 2014/62 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11-02-2014, HD 200.116.732-01,
ECLI:NL:GHSHE:2014:281

Inhouse-uitzondering, Wezenlijke wijziging, Wezenlijke wijziging die afbreuk doet aan het in-house criterium, Wezenlijke wijziging van, wegens in-house uitzondering, niet aanbestede overeenkomst, Aanbestedingsplicht, Vernietiging overeenkomst binnen zes maanden na sluiten overeenkomst

Publicatie	JAAN 2014 afl. 3
Publicatiedatum	28 april 2014
College	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Uitspraakdatum	11 februari 2014
Rolnummer	HD 200.116.732-01 LJN ECLI:NL:GHSHE:2014:281
Rechter(s)	mr. Begheyn mr. Arnoldus-Smit mr. Jansen
Partijen	1 Shanks Nederland BV gevestigd te [vestigingsplaats 1], 2. Orgaworld Nederland BV (voorheen Orgaworld BV) gevestigd te [vestigingsplaats 2], appellanten, hierna Shanks, advocaat mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht, tegen 1 Samenwerkingsverband Regio Eindhoven gevestigd te Eindhoven, 2. Regionaal Milieubedrijf Brabant Noord-Oost gevestigd te Cuijk, 3. Stadsgewest 's-Hertogenbosch gevestigd te 's-Hertogenbosch, 4. Regio West-Brabant gevestigd te Bergen op Zoom, 5. t/m 65. Brabantse Gemeenten, alle gevestigd in de gemeente die hun naam draagt, geïntimeerden; hierna Gemeenten c.s., advocaat mr. B.J.M.P. Cremers te Breda, alsmede 66. Attero-Zuid BV gevestigd te [vestigingsplaats 3]; geïntimeerde, hierna Attero-Zuid, advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.
Noot	mr. M.B. Klijn en mr. P. Heijnsbroek
Trefwoorden	Inhouse-uitzondering, Wezenlijke wijziging, Wezenlijke wijziging die afbreuk doet aan het in-house criterium, Wezenlijke wijziging van, wegens in-house uitzondering, niet aanbestede overeenkomst, Aanbestedingsplicht, Vernietiging overeenkomst binnen zes maanden na sluiten overeenkomst,
Regelgeving	Aanbestedingswet 2012 - 4.15 lid 2 Wira - 8 lid 2

» Samenvatting

De in dit geding betrokken gemeenten 5 t/m 65 werken samen in regionale samenwerkingsverbanden (onder meer in de geïntimeerden onder 1 t/m 4, de Regio's) om aan hun wettelijke plicht tot het

inzamelen en verwerken van afval te kunnen voldoen. Daartoe heeft ieder van de Regio's ten behoeve van de deelnemende gemeenten in 1996 een overeenkomst, de Dienstverleningsovereenkomst, gesloten met Attero-Zuid (toen nog geheten 'N.V. Sturing Afvalverwijdering Noord-Brabant', Afvalsturing). In die overeenkomsten hebben de 'aanbieders' (de Regio's voor de deelnemende gemeenten) zich verplicht tot aanbidding van al hun GFT-afval aan Afvalsturing, en heeft Afvalsturing zich verplicht zorg te dragen voor verdere verwerking van het aldus verzamelde afval bij derden-afvalverwerkers, met wie zij overeenkomsten zou sluiten. In art. 12 van de Dienstverleningsovereenkomst staat onder meer dat de overeenkomst in werking treedt op 1 januari 1995 en een looptijd heeft gelijk aan de periode dat Afvalsturing contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerker(s) heeft. In 2001 hebben de Provincie en de gemeenten hun aandelenbezit in Afvalsturing (kennelijk destijds omgezet in Attero-Zuid) verkocht aan een vennootschap 'PMG Milieu Services B.V.' (PMG Milieu). Weer later kwamen de aandelen van Afvalsturing in handen van een holding-vennootschap uit de Attero-groep, wat nog steeds het geval is. Aandeelhouders van zowel PMG Milieu als later van de Attero-holding zijn onder meer de in de Regio's samenwerkende en in de Dienstverleningsovereenkomst deelnemende gemeenten. Op de Dienstverleningsovereenkomst zijn tussen de Regio's en Attero-Zuid drie Addenda overeengekomen: Addendum I in 2001, Addendum II in 2009 en Addendum III in 2010. In Addendum III zijn wijzigingen opgenomen ten aanzien van de duur van de Dienstverleningsovereenkomst (de contractuele verplichtingen van Attero-Zuid ten opzichte van de verwerkers lopen ten minste tot 1 februari 2017), en met betrekking tot de duurzaamheidscriteria en de prijs vermeld in de Dienstverleningsovereenkomst.

In 2012 is Shanks een bodemprocedure gestart, waarin zij onder meer heeft gevorderd de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda, althans Addendum III, te vernietigen en de Gemeenten c.s. te gebieden per direct een Europese (her)aanbesteding te organiseren. De rechtbank (Rb. 's-Hertogenbosch 24 oktober 2012, nr. 222864 / HA ZA 10-2803) heeft geoordeeld dat de bestaande situatie materieel niet in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht.

Slechts de **eerste grief** van Shanks in het onderhavige hoger beroep heeft betrekking op het aanbestedingsrecht en keert zich tegen het oordeel van de rechtbank dat Shanks onvoldoende heeft onderbouwd dat, nadat geïntimeerden rechtmatig de Dienstverleningsovereenkomst zijn aangegaan op grond van de in-house uitzondering, sprake is geweest van een wijziging die tot heraanbesteding noopte. Het hof begrijpt dat Shanks niet alleen doelt op een wijziging aan de zijde van de opdrachtgever in die zin dat de in-house uitzondering niet langer opging, maar ook op de wijzigingen in de Dienstverleningsovereenkomst die het gevolg zijn van de toevoeging van de Addenda I, II en/of III.

Het hof stelt een tweetal zaken voorop:

A. Shanks heeft erkend dat de Gemeenten c.s. bij het aangaan van de Dienstverleningsovereenkomst niet aanbestedingsplichtig waren vanwege de in-house uitzondering. Dit betekent ook dat het de Gemeenten c.s., in ieder geval zolang deze uitzondering gold, vrij stond alle gewenste wijzigingen in deze Dienstverleningsovereenkomst aan te brengen, hoe wezenlijk die wijzigingen in de overeenkomst ook waren. De vraag of – zoals Shanks aanvoert – sprake is geweest van wezenlijke wijzigingen in de Dienstverleningsovereenkomst is dan ook slechts relevant als ten aanzien van deze overeenkomst na 1996 aanbestedingsplichtigheid is ontstaan, doordat niet langer van een in-house situatie sprake is als gevolg van wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever (bijvoorbeeld omdat de aandelen in de in-house partner door de desbetreffende overheid aan derden zijn verkocht).

B. Uit een oogpunt van rechtszekerheid kan de onverbindendheid van een overeenkomst slechts gedurende een beperkte termijn worden ingeroepen. Naar Nederlands recht heeft deze onverbindendverklaring plaats door vernietiging door de rechter en moet de vordering in een geval als dit binnen zes maanden na het sluiten van de overeenkomst worden ingesteld (art. 4:15 lid 2 Aanbestedingswet 2012, art. 8 lid 2 Wira). De door Shanks gevorderde vernietiging is dus slechts mogelijk inzake overeenkomsten (of wijzigingen die daarop betrekking hebben) die zijn gesloten respectievelijk ingevoerd minder dan zes maanden voor het instellen van de vordering door Shanks. Het hof stelt vast dat alleen ten aanzien van Addendum III de vordering tijdig is ingesteld.

Het hof overweegt dat in het algemeen (als **hoofdregeel**) geldt dat om redenen van rechtszekerheid de eventuele verplichting van de aanbestedende dienst om een aanbestedingsprocedure met voorafgaande bekendmaking te organiseren moet worden beoordeeld op basis van de op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht(en) heersende omstandigheden. Deze hoofdregeel geldt in een aantal situaties niet, zoals het kort na de gunning overdragen van aandelen aan een particuliere maatschappij of aan particuliere aandeelhouders. Maar het hof is van oordeel dat in dit geval die situaties zich niet voordoen. Attero-Zuid is steeds in handen gebleven van overheden, waaronder de Gemeenten c.s. Dat er een herschikking is gekomen in de positie van de verschillende deelnemende publieke partijen is naar het oordeel van het hof onvoldoende om van deze hoofdregeel af te wijken. **De hoofdregeel brengt met zich mee dat eventuele wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever die afbreuk doen aan het in-house criterium, maar zich voordoen na het tot stand komen van de overeenkomst, niet kunnen worden ingeroepen om op die grond die overeenkomst aan te tasten.** Of de hiervoor beschreven hoofdregeel tevens meebrengt dat de wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever die afbreuk doen aan het in-house criterium niet kunnen worden ingeroepen om **nadien volgende wijzigingen van de Dienstverleningsovereenkomst** (door middel van de Addenda I, II en III) aan te tasten, is een vraag die het hof in het midden kan laten.

Zelfs wanneer die vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, volgt uit het voorgaande dat in dat geval alleen de wijzigingen in Addendum III hoeven te worden onderzocht. Gelet op de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn deze wijzigingen bovendien alleen relevant als het daarbij gaat om **wezenlijke wijzigingen**. Naar het oordeel van het hof was echter bij geen van de wijzigingen in Addendum III waarop Shanks c.s. een beroep doet sprake van een wezenlijke wijziging. Het hof overweegt daartoe als volgt.

Met een beroep op het Prettetext-arrest (HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06) overweegt het hof wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging. Van een wezenlijke wijziging is onder meer ook sprake wanneer de wijziging het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. Daarnaast overweegt het hof dat het aan een derde is, die de geldigheid van die overeenkomst wenst aan te tasten, om feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, die duiden op het wezenlijke karakter van de wijziging in de hiervoor bedoelde zin. Vervolgens beoordeelt het hof ten aanzien van de volgende wijzigingen in **Addendum III** of sprake is van een wezenlijke wijziging:

a. Duur: Partijen zijn overeengekomen dat de Gemeenten c.s. aan de Dienstverleningsovereenkomst gebonden waren zolang Attero-Zuid verplichtingen jegens afnemers had. Daarmee hebben de gemeenten zich hunnerzijds voor onbepaalde tijd (althans voor slechts door Attero te bepalen tijd) verbonden. In Addendum III wordt verwezen naar de oorspronkelijke duur van de overeenkomst, en geconstateerd dat de verplichtingen waarop de looptijd is gebaseerd inmiddels lopen tot 2017. Steeds is de looptijd dus gekoppeld geweest aan de lopende verplichtingen van Attero-Zuid/Afvalsturing jegens derden, zodat naar het oordeel van het hof van een wezenlijke wijziging in Addendum III geen sprake is, noch ten aanzien van de oorspronkelijke Dienstverleningsovereenkomst noch ten aanzien van die overeenkomst na toevoeging van Addendum I.

b. Prijs: Vast staat dat de tussen partijen overeengekomen prijzen door de wijziging in Addendum III lager werden dan voorheen het geval was. Daarmee is het economisch evenwicht van de overeenkomst niet gewijzigd in het voordeel van Attero-Zuid in de zin van het Prettetextarrest, de prijsstelling wordt immers gunstiger voor de Gemeenten c.s. Daarmee is naar het oordeel van het hof ten aanzien van de verandering in prijsstelling ook geen sprake van een wezenlijke wijziging.

c. Duurzaamheidscriteria: Het hof overweegt dat het enkele feit dat de Gemeenten c.s. door middel van het sluiten van Addendum III bij de Dienstverleningsovereenkomst met Attero-Zuid een duurzamere verwerking van gft-afval zijn overeengekomen deze wijziging nog niet bestempelt tot een wezenlijke wijziging in de zin zoals door het Hof van Justitie gedefinieerd. Dat, zoals Shanks c.s. aanvoert, partijen (Attero-Zuid en de Gemeenten c.s.) de wijziging zeer belangrijk vonden is daartoe niet voldoende. Een belangrijke wijziging hoeft immers niet wezenlijk te zijn; een wijziging die het economisch evenwicht van een overeenkomst inzake aanbesteding niet in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt, hoe belangrijk die in economisch opzicht ook moge zijn voor de

opdrachtgever, houdt geen wezenlijke wijziging in de hier bedoelde zin in (Pressetextarrest, overwegingen 85-87). Shanks c.s. heeft niet gesteld, noch is gebleken dat door deze afspraak (die voor Attero-Zuid de verplichting tot goedkoper en duurzamer werken impliceert) het economisch evenwicht tussen partijen in het voordeel van Attero-Zuid is gewijzigd; veeleer ligt voor de hand dat, als Attero-Zuid duurzamer en goedkoper moet werken, het tegendeel het geval is, aldus het hof.

Het hof is van oordeel dat Shanks onvoldoende afzonderlijk onderbouwd heeft dat de drie door haar genoemde aanpassingen (in duur, duurzaamheid en prijs) gezamenlijk een wezenlijke wijziging inhouden. De conclusie van het hof is dat grief 1 niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank kan leiden.

» Uitspraak

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 222864/HA ZA 10-2803)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven, tevens houdende eiswijziging, tevens houdende producties;
- de memorie van antwoord van de Gemeenten c.s.;
- de memorie van antwoord van Attero met producties.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1. De grieven richten zich niet tegen de vaststelling van de feiten in rechtsoverweging 2 van het bestreden vonnis. Het hof gaat van dezelfde feiten uit en zal die hierna opnieuw relateren.

4.2 Het gaat in deze zaak om het volgende.

a) De in dit geding betrokken gemeenten 5 t/m 65 zijn op grond van de Wet milieubeheer gehouden het in hun gemeenten vrijkomende afval in te zamelen en zij dienen dat op milieutechnisch verantwoorde wijze te doen verwerken. Teneinde dat doelmatig te doen, werken zij - al dan niet middels een gezamenlijke reinigingsdienst - samen in regionale samenwerkingsverbanden (onder meer in de geïntimeerden onder 1 t/m 4) die gemeenschappelijke regelingen en/of plusregio's en dus openbare lichamen zijn in de zin van de Wet gemeenschappelijke regelingen.

b) Daartoe heeft - materieel gesproken - ieder van de (rechtsvoorgangers van de) Regio's ten behoeve van de deelnemende gemeenten in 1996 een overeenkomst (hierna: de Dienstverleningsovereenkomst) gesloten met Attero-Zuid (toen nog geheten "N.V. Sturing Afvalverwijdering Noord-Brabant"; hierna: Afvalsturing).

In die overeenkomsten hebben de "aanbieders" (de Regio's voor de deelnemende gemeenten) zich verplicht tot aanbidding van al hun GFT-afval aan Afvalsturing (artikel 2 van productie 8 bij akte d.d. 8

december 2010 in eerste aanleg). De aanbiedende gemeenten betaalden daarvoor aan Afvalsturing een tarief van f 110,00 (alle prijzen in dit arrest zijn excl. BTW) per ton (artikel 6). Afvalsturing zou vervolgens zorg dragen voor verdere verwerking van het aldus verzamelde afval bij derden-afvalverwerkers, met wie zij overeenkomsten zou sluiten.

Met betrekking tot haar looptijd hield de Dienstverleningsovereenkomst in:

“Artikel 12 Duur van de overeenkomst

1. Deze overeenkomst treedt in werking op 1 januari 1995 en heeft een looptijd gelijk aan de periode dat Afvalsturing contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerker(s) heeft.
2. Tussentijdse beëindiging van onderhavige overeenkomst door aanbieder en/of SRE is slechts mogelijk indien bijzondere redenen aanbieder hiertoe nopen en aanbieder alle hiermee samenhangende door Afvalsturing te lijden schade, vast te stellen door een onafhankelijke derde, aan Afvalsturing vergoedt.

Artikel 14 Regelmatig overleg, wijzigingen, aanvullingen

1. Partijen zullen regelmatig overleg voeren over de inhoud en werking van de in deze overeenkomst gemaakte afspraken.
2. Partijen verbinden zich om wederzijds al datgene te doen wat nodig is om tot een goede uitvoering van deze overeenkomst te komen.
3. Wijzigingen of aanvullingen op deze overeenkomst gelden slechts voor zover zij tussen partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen en schriftelijk zijn vastgelegd.

[4]”

c) Ten tijde van het sluiten van de Dienstverleningsovereenkomst werden de aandelen in Afvalsturing exclusief gehouden door de Provincie Noord Brabant (200 aandelen) en de verschillende gemeenten, al dan niet via de Regio's (1.800 aandelen).

d) In 2001 hebben de Provincie en de Gemeenten hun aandelenbezit in Afvalsturing (kennelijk destijds omgezet in of gefuseerd tot “Essent Milieu Zuid B.V.”, later Attero-Zuid) verkocht aan een vennootschap “PMG Milieu Services B.V.” (hierna: PMG Milieu). Weer later kwamen de aandelen van Afvalsturing in handen van een holding-vennootschap uit de Attero-groep, wat nog steeds het geval is.

Aandeelhouders van zowel PMG Milieu als later van de Attero-holding waren een aantal provincies, waaronder Noord Brabant, en een groot aantal over het gehele land verspreide gemeenten, waaronder de in de Regio's samenwerkende en in de Dienstverleningsovereenkomst deelnemende Gemeenten.

e) Op de Dienstverleningsovereenkomst zijn tussen de Regio's en Attero-Zuid/Afvalsturing drie Addenda overeengekomen (productie 8 bij dagvaarding in eerste aanleg, hierna Addendum I, II en III te noemen):

- Addendum I van 23 november 2001 is tot stand gekomen “als gevolg van het feit dat de aandelen van Afvalsturing zijn/worden overgenomen door PMG Milieu Services” en waarbij partijen de overeenkomst wilden aanpassen en nader regelen.

Artikel 1 van dit Addendum bevat de bepaling dat bij de vaststelling van de tarieven een “tarieven model GFT afval 2001” (bijlage bij dat Addendum) bepalend zal zijn.

Artikel 2 betreft een regeling van de belangenbehartiging door de participerende gemeenten bij Attero-Zuid/Afvalsturing.

Artikel 3 bepaalt dat het een looptijd heeft gelijk aan de Dienstverleningsovereenkomst, welke "eindigt op [het] moment dat de contractuele verplichtingen van Afvalsturing jegens de verwerkers eindigen en welke verplichtingen in ieder geval lopen tot 2012".

- Addendum II van 26 november 2009 (partijnaam Attero-Zuid destijds "Essent Milieu Zuid B.V."), bevat een aanpassing van het in Addendum I vastgelegde tarievenmodel.

- Addendum III van 23 juli 2010 bevat onder meer het volgende.

Artikel B ("Uitwerking van artikel 12 lid 1 van de Dienstverleningsovereenkomst") luidt als volgt:

"1. Artikel 12 lid 1 van de Dienstverleningsovereenkomst regelt dat de looptijd van de Dienstverleningsovereenkomst gelijk is aan de periode dat Attero contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerker(s) heeft.

2. Partijen stellen vast dat Attero contractuele verplichtingen heeft ten opzichte van verwerker(s) tot tenminste 1 februari 2017"

Artikel C ("Uitwerking art. 14 lid 1 van de Dienstverleningsovereenkomst") luidt als volgt:

"1. Art. 14 lid 1 van de Dienstverleningsovereenkomst regelt dat partijen regelmatig overleg voeren over de inhoud en werking van de in de Dienstverleningsovereenkomst gemaakte afspraken.

2. Partijen wensen in het kader van de in de overwegingen bij de Dienstverleningsovereenkomst genoemde doelmatige en milieuhygiënisch verantwoorde afvalverwijdering in de provincie Noord-Brabant de inhoud van de Dienstverleningsovereenkomst nader uit te werken. Partijen verstaan onder milieuhygiënisch verantwoorde afvalverwijdering het met de verwerking van GFT realiseren van de continue verbetering van de CO2-prestatie ten opzichte van de huidige verwerking door: het inzetten van technieken als het afscheiden van biomassa t.b.v. brandstof (4%), vergisten t.b.v. groengasproductie (>70%) en (na)composteren t.b.v. compostproductie."

Artikel D ("Toepassing van art. II lid 2 van het Tarievenmodel GFT") houdt een aanpassing in van het Tarievenmodel, op grond waarvan Attero vanaf 1 januari 2010 een (verlaagd) tarief van € 55,- per ton GFT zal berekenen, en vanaf 1 juni 2012 een tarief van € 45,- per ton GFT.

f) In mei 2010 is de overeenkomst tussen Attero/Afvalsturing en de afnemer [afnemer 1] verlengd tot 1 februari 2017; in verband met die verlenging is artikel B van Addendum III tot stand gekomen.

g) Door de advocaat van Shanks c.s. is een klacht ingediend bij de Europese Commissie over onrechtmatig verleende staatssteun aan Attero.

Bij brief van 9 november 2011 (productie 53 ten behoeve van het pleidooi in eerste aanleg) heeft de Europese Commissie aan deze advocaat onder meer het volgende bericht:

"U heeft met betrekking tot bovengenoemde zaak een klacht bij de Commissie ingediend over de toekenning van vermeende staatssteun aan Attero Zuid B.V.

De diensten van de Commissie hebben de niet-vertrouwelijke versie van uw klacht aan de nationale autoriteiten toegezonden. Deze hebben de desbetreffende diensten meegedeeld dat de zaak volgens hen geen onrechtmatige steun omvat. Hiertoe hebben zij steekhoudende argumenten naar voren gebracht. Ter informatie sluiten wij een afschrift van de niet-vertrouwelijke versie van het antwoord in. Wellicht wordt uw vermoeden inzake de onrechtmatige steun hiermee weggenomen.

Op basis van deze informatie zijn de bevoegde diensten van het Directoraat-generaal Concurrentie tot de volgende voorlopige conclusie gekomen.

De maatregel waartegen bezwaar wordt gemaakt lijkt geen staatssteun te vormen in de zin van artikel 107 (1) VWEU.

Indien u evenwel de bijgesloten conclusies wenst te betwisten of u nieuwe bijzonderheden ter kennis worden gebracht waaruit een inbreuk op de staatssteunregels zou blijken, dan verzoek ik u mijn diensten hiervan zo spoedig mogelijk in kennis te stellen. Indien de diensten van de Commissie niet binnen een maand na de datum van deze brief bericht van u ontvangen, wordt de klacht als ingetrokken beschouwd.”

4.3 In eerste aanleg heeft Shanks c.s. na aanpassing van de eis bij repliek en nadere correctie bij akte van 8 maart 2012 – samengevat – gevorderd:

- primair - de Dienstverleningsovereenkomst inclusief Addenda, althans Addendum III te vernietigen en de Gemeenten c.s. te gebieden per direct een Europese (her)aanbesteding te organiseren, alsmede de Gemeenten c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op schadevergoeding aan Shanks c.s. ter hoogte van € 5.000.000, met verwijzing van de procedure naar de schadestaatprocedure;

- subsidiair - Addendum III van de Dienstverleningsovereenkomst te vernietigen en (een deel van de) gedaagden te gebieden deze op te zeggen of te beëindigen, Attero te veroordelen te gehengen en te gedogen dat daaraan geen verdere uitvoering wordt gegeven, de Gemeenten c.s. te gebieden per direct een Europese (her)aanbesteding te organiseren voor zover zij de opdracht tot afvalverwerking nog in de markt wensen te zetten, met hoofdelijke veroordeling van de Gemeenten c.s. tot betaling van een voorschot op schadevergoeding aan Shanks c.s. ter hoogte van € 5.000.000 met verwijzing van de procedure naar de schadestaatprocedure;

- meer subsidiair - (een aantal van) de gedaagden te gebieden de Dienstverleningsovereenkomst op te zeggen of te beëindigen en hen te verbieden verdere uitvoering te geven aan deze overeenkomst, Attero te veroordelen te gehengen en te gedogen dat daaraan geen verdere uitvoering wordt gegeven, de Gemeenten c.s. te gebieden per direct een Europese (her)aanbesteding te organiseren voor zover zij de opdracht tot afvalverwerking nog in de markt wensen te zetten, met hoofdelijke veroordeling van de Gemeenten c.s. tot betaling van een voorschot op schadevergoeding aan Shanks ter hoogte van € 5.000.000 met verwijzing van de procedure naar de schadestaatprocedure;

- meest subsidiair - de Dienstverleningsovereenkomst nietig te verklaren, althans gedaagden te verbieden verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst totdat is komen vast te staan dat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de verleende overheidssteun aan Attero en de Europese Commissie heeft kunnen onderzoeken en beoordelen of de steunmaatregelen in overeenstemming zijn met de artikelen 107 en 108 VWEU,

steeds met veroordeling van gedaagden in de buitengerechterlijke kosten en de kosten van het geding.

4.4 Inzake de aanbestedingsrechtelijke grondslag van de vorderingen heeft de rechtbank vooropgesteld dat, wilden de vorderingen kunnen worden toegewezen, eerst diende vast komen te staan of de bestaande situatie materieel in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht (overweging 4.2 vonnis). Zij heeft geoordeeld dat daarvan geen sprake is. Zij heeft daartoe overwogen dat Shanks c.s. heeft erkend dat de Dienstverleningsovereenkomst in 1996 rechtmatig is aangegaan omdat deze viel onder de “inhouse-uitzondering”, en dat zolang deze situatie zich niet wijzigde deze overeenkomst rechtmatig bleef (overweging 4.3 en 4.4, eerste twee zinnen vonnis). Shanks c.s. heeft geen stellingen ingenomen over de vraag of sprake was (na 2001) van deelname van privaat kapitaal, en de Gemeenten en Attero hebben ontkend dat er op enig moment een einde is gekomen aan de inhouse-uitzondering, en de Gemeenten zijn nog steeds (indirect) aandeelhouder van Attero (overweging 4.4, derde en volgende zinnen vonnis). De enkele stelling dat met de aandelenoverdracht in 2001 (hiervoor genoemd in rechtsoverweging 4.2 onder 2(d)) niet langer werd

voldaan aan het merendeel- en het toezichtcriterium heeft Shanks c.s. gelet op het verweer van de wederpartij onvoldoende onderbouwd (overweging 4.5 vonnis).

Voor zover de vorderingen van Shanks c.s. zijn gebaseerd op schending van regels van staatssteun heeft de rechtbank deze eveneens afgewezen (overweging 4.6 en volgende vonnis).

Zij heeft geoordeeld dat tegen de achtergrond van het (hiervoor in rechtsoverweging 4.2. onder (g) aangehaalde) voorlopige oordeel van de Europese Commissie in de brief van 9 november 2011 Shanks c.s. onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat sprake is van selectieve begunstiging in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU. Shanks c.s. heeft onvoldoende feiten gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het door Attero uit hoofde van de Dienstverleningsovereenkomst en Addenda gehanteerde tarief niet marktconform is (geweest) en dat dus sprake is (geweest) van een begunstiging, laat staan van selectieve begunstiging in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU.

Aanbesteding (grief 1)

4.5 Per 1 april 2013 is de Aanbestedingswet 2012 in werking getreden. Partijen hebben, nu het laatste processtuk dateert van 26 maart 2013, niet kunnen ingaan op deze wijziging.

Het geschil tussen partijen betreft onder meer het beroep van geïntimeerden op artikel 8 Wira. De Gemeenten c.s. en Attero hebben zich op deze bepaling beroepen ter ondersteuning van hun stelling dat de stelling van Shanks dat sprake is van strijd met het aanbestedingsrecht in ieder geval niet opgaat met betrekking tot de oorspronkelijke Dienstverleningsovereenkomst en de daaraan toegevoegde Addenda I en II, omdat de in artikel 8 genoemde termijnen waren verstreken op het tijdstip van instellen van de vordering door Shanks.

Het hof is van oordeel dat het per 1 april 2013 geldende recht gelet op artikel 4.30 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is op het onderhavige geschil.

Overigens houdt deze wet wat dit betreft geen veranderingen in vergeleken met het voordien geldende recht. Volgens de memorie van toelichting op Hoofdstuk 4.3 van de wet (Kamerstukken 32 440 nr. 3, p. 115) corresponderen – behoudens een aanvulling op artikel 4.20 eerste lid – de artikelen 4.15 tot en met 4.25 met de artikelen van de Wira (artikel 8 correspondeert met artikel 4.15), terwijl voor de toelichting op deze artikelen ook wordt verwezen naar de memorie van toelichting op de Wira.

Partijen kunnen zich evenwel desgewenst over de vraag of de Aanbestedingswet 2012 van belang is voor het onderhavige geschil, en zo ja op welke wijze, uitlaten bij nader te noemen memorie na tussenarrest.

Voorts constateert het hof dat het Europees Parlement op 15 januari 2014 heeft ingestemd met nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, die binnen twee jaar na inwerkingtreding moeten zijn geïmplementeerd door de lidstaten. Het hof laat deze verder buiten beschouwing.

4.6 Grief 1 keert zich tegen overweging 4.4 (derde en volgende zinnen) en overweging 4.5 van het bestreden vonnis. Shanks c.s. formuleert wat dat betreft een groot aantal subgrieven van uiteenlopende aard.

4.7 Het hof overweegt inzake deze grief als volgt.

De grief keert zich niet tegen de eerste twee zinnen van rechtsoverweging 4.4. Het oordeel van de rechtbank (in die eerste twee zinnen) dat Shanks c.s. heeft erkend dat de Dienstverleningsovereenkomst in 1996 rechtmatig is aangegaan omdat deze viel onder de “inhouse-uitzondering”, en dat deze overeenkomst rechtmatig bleef zolang deze situatie niet wijzigde is door Shanks c.s. dus niet bestreden. Wel keert de grief zich ertegen dat de rechtbank heeft gesteld dat Shanks c.s. onvoldoende heeft onderbouwd dat – zo begrijpt het hof de stellingen van Shanks c.s. – nadien sprake is geweest van een wijziging die tot heraanbesteding noopte. Het hof begrijpt dat Shanks c.s. niet alleen doelt op een wijziging aan de zijde van de opdrachtgever in die zin dat de inhouse-uitzondering niet langer opging, maar ook op de wijzigingen in de

Dienstverleningsovereenkomst die het gevolg zijn van de toevoeging van de Addenda I, II en/of III, te weten wijzigingen in duur, prijs en vereisten inzake duurzaamheid bij de verwerking van het aangeboden afval (memorie van grieven par. 2.23 – 2.31).

Op laatstgenoemde aspecten is de rechtbank in het geheel niet ingegaan, zodat de aldus begrepen grief wat dat betreft slaagt. Het hof zal dan ook de vordering voor zover betrekking hebbend op aanbesteding in haar geheel opnieuw beoordelen.

Algemene opmerkingen

4.8 Bij de beoordeling van de grief stelt het hof het volgende voorop.

Shanks heeft erkend dat de Dienstverleningsovereenkomst in 1996 rechtmatig is aangegaan omdat deze viel onder de “inhouse-uitzondering”. Daarmee heeft Shanks erkend dat de Gemeenten c.s. bij het aangaan van de Dienstverleningsovereenkomst niet aanbestedingsplichtig waren, omdat in de Dienstverleningsovereenkomst vervatte verrichtingen intern werden uitgevoerd. Dat betekent ook het de Gemeenten c.s., in ieder geval zolang deze uitzondering gold, vrij stond alle gewenste wijzigingen aan te brengen in deze Dienstverleningsovereenkomst, hoe wezenlijk die wijzigingen in de overeenkomst ook waren.

De vraag of – zoals Shanks aanvoert – sprake is geweest van wezenlijke wijzigingen in de Dienstverleningsovereenkomst is dan ook slechts relevant als ten aanzien van deze overeenkomst na 1996 aanbestedingsplichtigheid is ontstaan, dit doordat niet langer van een inhouse-situatie sprake is door wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever (bijvoorbeeld omdat de aandelen in de inhouse-partner door de desbetreffende overheid aan derden zijn verkocht of omdat er wijzigingen zijn gekomen in de regeling van het toezicht op de inhouse-partner; het hof zal dergelijke wijzigingen hierna aanduiden als “wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever”).

Daarbij is dan ook de vraag aan de orde of het verval van de inhouse-uitzondering ook consequenties heeft voor ten tijde van dit verval reeds lopende overeenkomsten, zoals de tussen de Gemeenten c.s. en Attero gesloten Dienstverleningsovereenkomst.

Deze vragen – die naar het hof begriipt door Shanks c.s. (al dan niet impliciet) aan de orde worden gesteld en door de Gemeenten c.s. (al dan niet impliciet) worden weersproken – zal het hof hierna bespreken.

4.9 Voorts dient voorop te worden gesteld, dat in de considerans van de wijzigingsrichtlijn 2007/66/EG (punt 27) wordt overwogen dat uit een oogpunt van rechtszekerheid de onverbindendheid van een overeenkomst slechts gedurende een beperkte termijn kan worden ingeroepen. Naar Nederlands recht heeft deze onverbindendverklaring plaats door vernietiging door de rechter (MvT Wira, par. 4.2.3, zoals hiervoor overwogen tevens geldend voor de Aanbestedingswet 2012). Naar Nederlands recht moet de vordering in een geval als dit binnen zes maanden na het sluiten van de overeenkomst worden ingesteld (art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012, art. 8 lid 2 Wira).

4.10 De door Shanks c.s. gevorderde vernietiging is, gelet op hetgeen in rechtsoverweging 4.9 is overwogen, dus slechts mogelijk inzake overeenkomsten (of wijzigingen die daarop betrekking hebben) die zijn gesloten respectievelijk ingevoerd minder dan zes maanden voor het instellen van de vordering door Shanks c.s.

Derhalve hoeven de wijzigingen voortvloeiend uit de bij de Dienstverleningsovereenkomst horende Addenda I (d.d. 23 november 2001) en II (d.d. 26 november 2009) in ieder geval niet te worden onderzocht omdat de vordering, gelet op het tijdstip van totstandkoming van die Addenda, in zoverre te laat is ingesteld.

Ten aanzien van Addendum III (d.d. 23 juli 2010) is de vordering wel tijdig ingesteld; de dagvaarding in eerste aanleg is uitgebracht op 26 november 2010.

Wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever

4.11 Ten aanzien van de Dienstverleningsovereenkomst zelf is tussen partijen, zoals hiervoor overwogen, niet in geschil dat deze (in 1995/96) rechtsgeldig is tot stand gekomen (omdat toen aan het inhouse-vereiste werd voldaan).

In het algemeen geldt dat om redenen van rechtszekerheid de eventuele verplichting van de aanbestedende dienst [of diensten] om een aanbestedingsprocedure met voorafgaande bekendmaking te organiseren moet worden beoordeeld op basis van de op het moment van de gunning van de betrokken overheidsopdracht(en) heersende omstandigheden (HvJ 10 november 2005, C-29/04 (Commissie/Oostenrijk), overweging 38; HvJ 10 september 2009, C-573/07 (Sea Srl/Comune di Ponte Nossa), overweging 47).

Weliswaar worden in genoemde arresten ook situaties beschreven waarin deze hoofdregel niet geldt – zoals het kort na de gunning overdragen van aandelen aan een particuliere maatschappij of particuliere aandeelhouders – maar in dit geval die situaties zich niet voor. Attero is steeds in handen gebleven van overheden, waaronder de Gemeenten c.s. Het feit dat er een herschikking is gekomen in de positie van de verschillende deelnemende publieke partijen is naar het oordeel van het hof onvoldoende om van deze hoofdregel af te wijken.

4.12 De hiervoor beschreven hoofdregel brengt met zich mee dat eventuele wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever die afbreuk doen aan het inhouse-criterium, maar zich voordoen na het tot stand komen van de overeenkomst (in casu: de Dienstverleningsovereenkomst), niet kunnen worden ingeroepen om op die grond die overeenkomst aan te tasten.

Of de hiervoor beschreven hoofdregel tevens meebrengt dat de wijzigingen aan de zijde van de opdrachtgever die afbreuk doen aan het inhouse-criterium niet kunnen worden ingeroepen om nadien volgende wijzigingen van de Dienstverleningsovereenkomst (door middel van de Addenda I, II en III) aan te tasten, is een vraag die het hof in het midden kan laten.

Zelfs wanneer die vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, volgt uit het voorgaande (zie rechtsoverweging 4.10) dat in dat geval alleen de wijzigingen in Addendum III hoeven te worden onderzocht. Gelet op de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn deze wijzigingen bovendien alleen relevant als het daarbij gaat om wezenlijke wijzigingen. Naar het oordeel van het hof was echter bij geen van de wijzigingen in Addendum III waarop Shanks c.s. een beroep doet sprake van een wezenlijke wijziging. Het hof overweegt daartoe als volgt.

Wezenlijke wijzigingen in de Dienstverleningsovereenkomst (algemeen)

4.13 Van een wezenlijke wijziging van een nog lopende (aangebestedingsplichtige) overeenkomst inzake een overheidsopdracht is onder meer sprake wanneer die wijziging voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen, en ook wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld. (HvJ 19 juni 2008, C-454/06 (Presetext)).

4.14 In § 3.3 van de memorie van grieven heeft Shanks c.s. gesteld dat zij aan de in dit geding op haar rustende stelplicht heeft voldaan met haar stelling dat de opdracht die voorwerp is van de Dienstverleningsovereenkomst een overheidsopdracht is die (in beginsel) Europees dient te worden aanbesteed.

Voor zover Shanks c.s. hiermee doelt op de inhouse-uitzondering stelt zij terecht dat indien een overheidsorgaan een beroep doet op die uitzondering, het aan die overheid is feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit voortvloeit dat die uitzondering in dit geval opgaat. Die uitzondering is echter, zoals uit het voorgaande blijkt, thans niet aan de orde.

Indien daarentegen sprake is van een rechtsgeldige, althans niet meer aantastbare, Dienstverleningsovereenkomst waarin vervolgens tussen het overheidsorgaan en haar wederpartij wijzigingen worden overeengekomen, is het aan een derde die de geldigheid van die overeenkomst wenst aan te tasten feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, die duiden op het wezenlijke karakter van de wijziging in de hiervoor bedoelde zin. Derhalve rust stel- en bewijslast op Shanks.

Wezenlijke wijzigingen van de Dienstverleningsovereenkomst door Addendum III?

4.15 Ten aanzien van Addendum III dient dus de vraag te worden beantwoord of de daarin vervatte wijzigingen zodanig wezenlijk zijn dat dat de Gemeenten c.s. had moeten nopen tot een aanbestedingsprocedure.

Het hof overweegt daartoe als volgt.

4.16 Volgens de oorspronkelijke overeenkomst had de overeenkomst een looptijd gelijk aan de periode waarin Afvalsturing contractuele verplichtingen ten opzichte van verwerkers heeft. Partijen zijn daarmee overeengekomen dat de Gemeenten c.s. aan de Dienstverleningsovereenkomst gebonden waren zolang Attero verplichtingen jegens afnemers had. Daarmee hebben de Gemeenten de beslissing over de duur van de overeenkomst eenzijdig gelegd bij Attero-Zuid/Afvalsturing, en hebben de Gemeenten zich daarmee hunnerzijds voor onbepaalde tijd (althans voor slechts door Attero te bepalen tijd) verbonden. Dat neemt overigens niet weg dat onder omstandigheden ook een dergelijke duurovereenkomst kan worden opgezegd. Of en, zo ja, onder welke voorwaarden zo'n overeenkomst opzegbaar is, wordt bepaald door de inhoud daarvan en door de van toepassing zijnde wettelijke bepalingen (o.a. HR 28 oktober 2012, NJ 2012/685).

4.17 Weliswaar past, zoals door het Hof van Justitie in het eerder genoemde Presstext-arrest (overweging 73 en 74) is overwogen, de praktijk van het voor onbepaalde tijd afsluiten van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor dienstverlening op zichzelf niet binnen het stelsel en de doelstelling van de gemeenschapsregels betreffende overheidsopdrachten, maar het gemeenschapsrecht voorzag ten tijde van het aangaan van Addendum III niet in een verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening.

4.18 Shanks c.s. heeft aangevoerd dat uit de brief van Attero aan het Stadsgewest Den Bosch van 30 maart 2010 (productie 24A Shanks c.s. in eerste aanleg) zou volgen dat de Gemeenten c.s. voornemens waren de Dienstverleningsovereenkomst op te zeggen. Waar het echter om gaat is of die (eenzijdige) opzegging door de Gemeenten c.s. rechtens mogelijk was.

Voorts heeft Shanks gesteld dat de overeenkomst tussen Attero en haar verwerker [afnemer 1] pas is verlengd tot 2017 nadat Addendum III tot stand kwam. Dat heeft Shanks echter onvoldoende onderbouwd.

Tussen partijen is niet in geschil dat Attero in mei 2010 een nieuw contract met [afnemer 1] heeft gesloten; derhalve is dat contract gesloten voordat Addendum III tot stand kwam, en ook geruime tijd voordat de in Addendum I genoemde einddatum van 2012 was bereikt. Gelet op de tussen partijen gemaakte afspraken impliceerde dat, dat deze door Attero gesloten overeenkomst met [afnemer 1] tot gevolg had dat op grond van artikel 12 van de Dienstverleningsovereenkomst deze overeenkomst (ten minste) tot 2017 zou doorlopen.

4.19 In het licht van het bovenstaande levert het feit dat partijen in (zowel Addendum I als) Addendum III hebben geconstateerd tot welk moment de verplichtingen van Attero liepen, en daarbij steeds latere data van beëindiging hebben genoemd, geen wezenlijke wijziging op.

In Addendum III wordt verwezen naar de oorspronkelijke duur van de overeenkomst, en geconstateerd dat de verplichtingen waarop de looptijd is gebaseerd inmiddels lopen tot 2017. Steeds is de looptijd dus gekoppeld geweest aan de lopende verplichtingen van Attero-Zuid/Afvalsturing jegens derden, zodat van een wezenlijke wijziging in Addendum III geen sprake is, noch ten aanzien

van de oorspronkelijke Dienstverleningsovereenkomst noch ten aanzien van die overeenkomst na toevoeging van Addendum I.

4.20 Inzake de tussen partijen geldende prijs voor de door Attero te leveren diensten dient Shanks c.s. te stellen en zo nodig te bewijzen niet alleen dat sprake was van een wijziging, maar ook dat die wijziging wezenlijk was in de hiervoor bedoelde zin.

Dat er door Addendum III een wijziging is opgetreden in de tussen partijen geldende prijzen

staat vast. Ook staat vast dat de tussen partijen overeengekomen prijzen door deze wijziging lager werden dan voorheen het geval was. Daarmee is het economisch evenwicht van de overeenkomst niet gewijzigd in het voordeel van Attero in de zin van het Pressetextarrest (overweging 85-87), de prijsstelling wordt immers gunstiger voor de Gemeenten c.s.

Naar het oordeel van het hof kan deze verandering in de prijsstelling dan ook niet als een wezenlijke wijziging in de hiervoor bedoelde zin worden aangemerkt.

4.21 Shanks c.s. stelt voorts dat sprake is van een wezenlijke wijziging in die zin dat de duurzaamheidscriteria zijn gewijzigd. Shanks c.s. wijst erop dat uit (door Shanks c.s. in eerste aanleg als productie 16 overgelegde) mediaberichten blijkt dat vanwege (een aantal van) de Gemeenten is verklaard dat de nieuwe afspraken met Attero ertoe leidden dat de verwerking van GFT in de komende jaren duurzamer en goedkoper zou worden. Shanks c.s. heeft aangevoerd dat, nu de wijziging van deze duurzaamheidscriteria kennelijk zeer belangrijk was voor de onderhandelingen van partijen in 2010, ook deze wijziging zelfstandig, maar al helemaal in samenhang met de andere wijzigingen, als een wezenlijke wijziging moet worden aangemerkt. Daartoe draagt volgens Shanks c.s. ook bij dat de Dienstverleningsovereenkomst niet voorzag in een wijziging van de duurzaamheidscriteria; deze overeenkomst bevatte met betrekking tot in elk geval deze duurzaamheidscriteria geen duidelijke, precieze en ondubbelzinnige herzieningsclausules (waarmee Shanks c.s. verwijst naar de vereisten opgenomen in de nieuwe Europese richtlijn).

4.22 Het hof overweegt als volgt. Het enkele feit dat de Gemeenten c.s. door middel van het sluiten van Addendum III bij de Dienstverleningsovereenkomst met Attero een duurzamere verwerking van gft-afval zijn overeengekomen bestempelt deze wijziging nog niet tot een wezenlijke wijziging in de zin zoals door het Hof van Justitie gedefinieerd. Dat – zoals Shanks c.s. aanvoert – partijen (Attero en de Gemeenten c.s.) de wijziging zeer belangrijk vonden is daartoe niet voldoende. Een belangrijke wijziging hoeft immers niet wezenlijk te zijn; een wijziging die het economisch evenwicht van een overeenkomst inzake aanbesteding niet in het voordeel van de opdrachtnemer wijzigt, hoe belangrijk die in economisch opzicht ook moge zijn voor de opdrachtgever, houdt geen wezenlijke wijziging in de hier bedoelde zin in (vgl. opnieuw het Pressetextarrest, overwegingen 85-87).

Shanks c.s. heeft niet gesteld, noch is gebleken dat door deze afspraak (die voor Attero de verplichting tot goedkoper en duurzamer werken impliceert) het economisch evenwicht tussen partijen in het voordeel van Attero is gewijzigd; veeleer ligt voor de hand dat, als Attero duurzamer en goedkoper moet werken, het tegendeel het geval is.

4.23 Voor zover Shanks c.s. heeft gesteld dat de drie door haar genoemde aanpassingen (in duur, duurzaamheid en prijs) gezamenlijk een wezenlijke wijziging inhouden, is dit door Shanks c.s. onvoldoende afzonderlijk onderbouwd.

4.24 Het bovenstaande leidt voorshands (voorshands, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in rechtsoverweging 4.5) tot de slotsom dat grief 1 niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank kan leiden.

Staatssteun (grief 2)

4.25 Grief 2 keert zich tegen de rechtsoverwegingen 4.6 tot en met 4.13 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank de stellingen van Shanks c.s. dat door de Gemeenten c.s. is gehandeld in strijd met het staatssteunrecht heeft besproken en verworpen.

De Gemeenten c.s. en Attero hebben de stellingen en conclusies van Shanks c.s. ook op dit punt weersproken.

4.26 Ten tijde van het wijzen van het vonnis door de rechtbank was het voorlopige standpunt van de Europese Commissie bekend, zoals neergelegd in de brief van 9 november 2011, hiervoor geciteerd in rechtsoverweging 4.2 onder (g). Uit deze brief blijkt dat de Commissie tot het voorlopige oordeel was gekomen dat er geen sprake lijkt te zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VwEU.

De rechtbank heeft vervolgens geconcludeerd dat, gelet op het feit dat dit oordeel is gegeven door de Europese Commissie die in Europeesrechtelijke verband bij uitstek geëquipeerd moet worden geacht en daarbij (exclusief) bevoegd is om zich een oordeel te vormen over de vraag of er sprake is van (onrechtmatig) staatssteun, Shanks c.s. onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld dat er sprake is van selectieve begunstiging in de zin van voornoemd artikel 107.

4.27 In de memorie van grieven (§4.20) stelt Shanks c.s. thans dat Shanks na haar reactie op de eerste bevindingen van de Europese Commissie middels haar brief van 28 november 2011 niets meer van de Commissie heeft gehoord.

In de memorie van antwoord van de zijde van de Gemeenten c.s. (§70 e.v.) is opgemerkt dat van het Coördinatiepunt Staatssteun is vernomen dat de Commissie per brief van 6 februari 2013 een tweede voorlopige zienswijze aan Shanks heeft gestuurd; daaruit zou blijken dat de Commissie vasthoudt aan haar eerdere voorlopige conclusie, namelijk dat er in het geheel geen sprake lijkt te zijn van staatssteun in de zin van artikel 107; voorts zou Shanks een termijn van een maand gekregen hebben om op deze tweede zienswijze te reageren, bij gebreke waarvan de Commissie de klacht als ingetrokken zou beschouwen.

De Gemeenten c.s. stellen te hebben begrepen dat Shanks van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, doch is niet bekend met de inhoud van die reactie.

De Gemeenten c.s. wijzen daarnaast op de mogelijkheid die het hof heeft om bijstand te vragen van de Europese Commissie op de voet van de Mededeling van de Commissie over de handhaving van de staatssteun door de nationale rechterlijke instanties (2009/C 85/01).

Attero heeft het hof verzocht om op grond van artikel 22 Rv Shanks c.s. te bevelen openheid van zaken te geven ter zake van een mogelijk ontvangen reactie van de Europese Commissie.

4.28 Het hof overweegt als volgt. Shanks c.s. heeft onder meer gevorderd de Gemeenten c.s. te verbieden verdere uitvoering te geven aan de Dienstverleningsovereenkomst totdat is komen vast te staan dat de Europese Commissie op de hoogte is gebracht van de verleende overheidssteun aan Attero, en de Europese Commissie heeft kunnen onderzoeken en beoordelen of de steunmaatregelen in overeenstemming zijn met artikel 107 en 108 VwEU.

Een dergelijk verbod heeft, nu het hier gaat om de dagelijkse afvalverwerking, verstreckende consequenties en kan niet licht worden toegewezen. Daarbij geldt dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie de nationale rechterlijke instanties niet bevoegd zijn om een steunmaatregel verenigbaar met het Verdrag te verklaren (zie o.a. voornoemde Mededeling, §20), maar dat zij wel tot taak hebben de rechten van de justitiabelen te beschermen die door een onwettige uitvoering van een steunmaatregel worden geschaad (Mededeling §21 aanhef en onder a).

4.29 Indien de stelling van de Gemeenten c.s. dat de Europese Commissie bij brief van 6 februari 2013 een tweede voorlopige zienswijze aan Shanks heeft gestuurd juist is, heeft Shanks c.s. dat niet in haar memorie van grieven kunnen verwerken. Die is immers al op 15 januari 2013 ingediend.

Gelet op het door het hof onderschreven oordeel van de rechtbank dat de Europese Commissie bij uitstek geëquipeerd is om zich een oordeel te vormen over de vraag of er sprake is van onrechtmatige staatssteun, acht het hof het geraden dat Shanks c.s. het hof thans nader inlicht over de stand van zaken met betrekking tot de ingediende klacht. Het hof verzoekt Shanks c.s. erop in te gaan of zij inmiddels een reactie heeft ontvangen van de Europese Commissie en zo ja deze reactie

over te leggen. Voorts verzoekt het hof Shanks c.s. in dat geval tevens mee te delen of zij op die reactie heeft gereageerd, in welk geval Shanks c.s. tevens deze reactie dient over te leggen, alsmede een eventueel daarop ontvangen reactie van de Europese Commissie.

Daarnaast overweegt het hof om, indien de reactie van Shanks c.s. daartoe aanleiding geeft, bij de Europese Commissie om inlichtingen te verzoeken als bedoeld in de hiervoor genoemde Mededeling, § 83 aanhef en onder a. Volgens die bepaling kan de nationale rechter aan de Europese Commissie inlichtingen vragen over de vraag of ter zake van een bepaalde steunmaatregel bij de Commissie een procedure aanhangig is, of de Commissie een formele onderzoekprocedure heeft ingeleid, en of de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven, terwijl bovendien - wanneer nog geen beschikking is gegeven - de nationale rechter de Commissie kan verzoeken aan te geven wanneer deze waarschijnlijk zal worden gegeven.

Partijen kunnen zich over dit voornemen uitlaten.

4.30 De Gemeenten c.s. hebben in §6 van hun memorie van grieven erop gewezen dat zij in eerste aanleg hebben betoogd dat Shanks c.s. 27 partijen ten onrechte in het geding heeft betrokken. Daarna heeft Shanks c.s. bij de conclusie van repliek haar vorderingen ingetrokken ten opzichte van vier partijen, maar de Gemeenten c.s. hebben bij conclusie van dupliek herhaald dat Shanks c.s. 23 partijen ten onrechte hebben gedagvaard. Dit verweer hebben de Gemeenten c.s. in hoger beroep gehandhaafd.

Het hof hoeft slechts op dit verweer in te gaan wanneer een of meer van de vorderingen van Shanks c.s. leidt tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank. Een beslissing op dit punt wordt derhalve aangehouden.

4.31 Het hof zal behandeling van deze overige grieven aanhouden, nu de beslissing daarover afhankelijk is van hetgeen inzake grief 1 en 2 is overwogen en beslist.

Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen opdat partijen zich uitlaten over hetgeen is overwogen in rechtsoverweging 4.5 en 4.29.

5 De uitspraak

Het hof:

alvorens verder te beslissen:

verwijst de zaak naar de rol van 11 maart 2014 voor het nemen van een nadere akte zoals omschreven in rechtsoverweging 4.31, eerst door Shanks c.s. en vervolgens door de Gemeenten c.s.

» Noot

Centraal in dit arrest staat de Dienstverleningsovereenkomst die een aantal regio's (ten behoeve van de achterliggende gemeenten) in 1996 heeft gesloten met de voorganger van Attero-Zuid. [\[noot:1\]](#) Op grond van die overeenkomst bieden de gemeenten hun GFT-afval ter verwerking aan bij Attero-Zuid tegen betaling van een prijs per ton afval. Gedurende de looptijd is de overeenkomst drie maal gewijzigd door middel van een Addendum (I, II en III). Shanks c.s. klaagt erover dat de Dienstverleningsovereenkomst daarmee wezenlijk is gewijzigd, zodat deze niet zonder aanbesteding kan worden voortgezet (zie r.o. 4.7). Het hof wijst de vorderingen van Shanks c.s. echter af.

Wezenlijke wijziging

Gelet op de vernietigingstermijn uit de Wira (thans: Aanbestedingswet 2012), [\[noot:2\]](#) beoordeelt het hof enkel of het meest recente Addendum heeft geleid tot een wezenlijke wijziging van de Dienstverleningsovereenkomst. In feite gaat het daarbij om de beoordeling van drie wijzigingen als gevolg van Addendum III: (i) looptijd, (ii) prijs en (iii) duurzaamheidscriteria. De eerste wijziging is

volgens het hof geen wijziging, maar slechts een uitwerking van de eerder overeengekomen looptijd; de twee andere, 'echte' wijzigingen zijn volgens het hof niet in het voordeel van Attero en om die reden niet wezenlijk.

Het hof hanteert aldus enkel het derde *Presstext*-criterium (kort gezegd: verschuiving economisch evenwicht in het voordeel van de opdrachtnemer). [\[noot:3\]](#) Dit komt juist voor, aangezien de twee andere *Presstext*-criteria hier naar hun aard niet van toepassing zijn: de Dienstverleningsovereenkomst is nooit aanbesteed geweest, zodat vergelijking met de situatie ten tijde van de oorspronkelijke aanbesteding niet mogelijk is (conform het eerste *Presstext*-criterium) en er is geen sprake van een uitbreiding van de opdracht (conform het tweede *Presstext*-criterium). Voor de beoordeling van het hof maakte het overigens geen verschil dat de nieuwe aanbestedingsrichtlijn nog niet in werking was getreden, aangezien de richtlijn op dit punt gelijk is aan het *Presstext*-arrest. [\[noot:4\]](#)

Beëindiging in-house relatie gedurende looptijd

Een andere kwestie die in eerste aanleg speelde, [\[noot:5\]](#) maar in hoger beroep minder aandacht krijgt, is de mogelijke beëindiging van de in-house relatie tussen de opdrachtgevers en Attero. Partijen zijn het erover eens dat de opdracht in 1996 op grond van die relatie onderhands mocht worden gegund. Shanks c.s. is echter van mening dat de in-house relatie inmiddels is geëindigd en om die reden heraanbesteding nodig is (zie r.o. 4.7). Aanleiding voor deze stelling lijkt met name de aandelenoverdracht van (de voorganger van) Attero te zijn (zie r.o. 4.2).

In eerste aanleg achtte de rechtbank de stelling van Shanks c.s. ter zake onvoldoende onderbouwd. Het hof lijkt op dit punt te volstaan met de opmerking dat Attero steeds in handen is gebleven van overheden, waaronder de opdrachtverlenende gemeentes (r.o. 4.11). Dit duidt er ons inziens op dat de in-house relatie is blijven bestaan. Een expliciete overweging van het hof op dit punt ontbreekt echter en het hof gaat vervolgens enkel nog in op de vraag of sprake is van een wezenlijke wijziging als gevolg van Addendum III (r.o. 4.12 e.v.). Dit zou erop kunnen wijzen dat volgens het hof de beëindiging van de in-house relatie enkel relevant kan zijn als vervolgens de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd (hetgeen hier, zoals gezegd, niet het geval was).

De impliciete overwegingen van het hof op dit punt doen de vraag rijzen wat eigenlijk aanbestedingsrechtelijk gebeurt als tijdens de looptijd van de overeenkomst een einde komt aan de voorwaarden van de quasi-inbesteding op grond waarvan die overeenkomst niet Europees is aanbesteed.

(i) Omzeiling

Een dergelijke situatie kan zich kort na de opdrachtverlening voordoen (zie r.o. 4.11). In dat soort omstandigheden kan sprake zijn van een 'opzetje', waarbij de opdracht bijvoorbeeld onderhands wordt verleend op grond van quasi-inbesteding en de aandelen in de opdrachtnemer vervolgens worden verkocht aan een derde. Het *Mödling*-arrest van het Europese Hof toont aan dat een dergelijke constructie moet worden gezien als omzeiling en om die reden niet is toegelaten. [\[noot:6\]](#)

(ii) Ontstaan van overheidsopdracht?

De aandelenverkoop – of anderszins beëindiging van de in-house relatie – kan echter ook later plaatsvinden en zonder dat sprake is van een vooropgezet plan. Zeker bij overeenkomsten voor langere duur is niet uitgesloten dat gaandeweg de omstandigheden wijzigen en op enig moment niet langer wordt voldaan aan het voor quasi-inbesteding vereiste toezicht en merendeel-criterium. [\[noot:7\]](#)

Voor de juiste duiding van die situatie is eerst van belang om te bepalen wat er aanbestedingsrechtelijk aan de hand is bij quasi-inbesteding. Uit het *Teckal*-arrest [\[noot:8\]](#) lijkt te volgen dat het Europese Hof bij quasi-inbesteding de fictie hanteert dat dan geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst zoals bedoeld in de aanbestedingsregels. [\[noot:9\]](#) In dat geval ontstaat bij beëindiging van de in-house relatie van rechtswege alsnog een overeenkomst in de zin van de aanbestedingsregels en daarmee een overheidsopdracht. Van deze overheidsopdracht zou dan op zichzelf kunnen worden beoordeeld of deze aanbestedingsplichtig is, mede gelet op de geraamde (resterende) waarde – net zoals bij een wezenlijke wijziging het geval is. Een eventuele aanbestedingsplicht gedurende de looptijd zou in de praktijk echter tot complexe situaties kunnen leiden, terwijl juist geen sprake is van omzeiling.

(iii) Wezenlijke wijziging?

Zou worden aangenomen dat bij quasi-inbesteding wél sprake is van een overeenkomst in de zin van de aanbestedingsregels en dus van een overheidsopdracht, dan leidt het tussentijdse einde van de in-house relatie wellicht tot een wijziging van die overheidsopdracht. [\[noot:10\]](#) Indien een dergelijke wijziging zo ingrijpend is dat deze als 'wezenlijk' moet worden aangemerkt, kan dan (eveneens) alsnog een aanbestedingsplicht ontstaan. Volgens het Europese Hof behoeft een overdracht van de aandelen van de opdrachtnemer niet zonder meer te leiden tot de wijziging van de opdrachtnemer en daarmee tot een wezenlijke wijziging. [\[noot:11\]](#) Of andere wijzen waarop het toezicht op de opdrachtnemer kan eindigen al dan niet kunnen leiden tot een wezenlijke wijziging, is nog onduidelijk. Hetzelfde geldt als de opdrachtnemer gedurende de looptijd te veel werkzaamheden voor derden gaat verrichten.

Uit het voorgaande blijkt dat het aanbestedingsrecht nog geen antwoord heeft op de vraag wat de gevolgen zijn als gedurende de looptijd van een overeenkomst de in-house relatie eindigt waarop de onderhandse gunning van die overeenkomst is gebaseerd. De Europese wetgever heeft deze lacune niet opgevuld in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, zodat de ogen nu gericht zijn op de nationale wetgever, die de Aanbestedingswet 2012 de komende periode zal moeten gaan aanpassen.

mr. M.B. Klijn en mr. P. Heijnsbroek , Advocaat bij Houthoff Buruma

» Voetnoten

[\[1\]](#)

De staatssteunrechtelijke aspecten van het arrest laten wij buiten beschouwing.

[\[2\]](#)

Art. 4.15 Aanbestedingswet 2012.

[\[3\]](#)

HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presse-text*).

[\[4\]](#)

Art. 72 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU. Zie hierover M.B. Klijn en S. van den Boogaart, 'Wezenlijke wijziging tijdens aanbesteding of opdracht, aan de hand van het Commissievoorstel', TBR 2013/97.

[\[5\]](#)

Zie Rb. Den Bosch, 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY1110.

[\[6\]](#)

HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (*Mödling*).

[7]

Vereist is dat de aanbestedende dienst op de opdrachtnemer 'toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en [dat] deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen.' Zie HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*).

[8]

HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*).

[9]

Zo ook S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, nr. 6.166: 'Teckal indicates that an in-house arrangement is not a contract for the purposes of the directives, even if the arrangement is contractual in domestic law.' Het Hof heeft later bevestigd dat de Europeesrechtelijke kwalificatie van een overeenkomst gescheiden is van de de nationaalrechtelijke kwalificatie; zie HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 54.

[10]

Vgl. HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07 (*Sea Srl*), r.o. 53: 'Er zij evenwel op gewezen dat wanneer in de in punt 51 van het onderhavige arrest vermelde omstandigheden zonder aanbesteding een opdracht zou zijn gegund aan een vennootschap waarvan het kapitaal in handen van de overheid is, het feit dat particuliere aandeelhouders later – maar nog altijd binnen de looptijd van die opdracht – mogen participeren in het kapitaal van die vennootschap, een wijziging zou opleveren van een basisvoorwaarde voor de opdracht waarvoor een aanbesteding moet worden uitgeschreven.'

[11]

HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 47 en 51.