



Memo

betreft
Actualiteiten Aanbestedingsrecht

memonr. 2009.15
van Marcel Böhne
datum 11 juni 2009

Recentelijk heeft de Europese Commissie via een brief d.d. 27 maart 2009 afkomstig van haar Directoraat-Generaal Interne markt en diensten en gericht aan de persoon die in 2003 een klacht indiende, kenbaar gemaakt hoe zij om wenst te gaan met de klacht die ingesteld was naar aanleiding van de ontwikkeling van de wijk Vathorst bij Amersfoort.

De klacht was in 2005 aanleiding voor de EC om de Nederlandse Staat in gebreke te stellen wegens het mogelijk handelen in strijd met het communautair aanbestedingsrecht, door de gebiedsontwikkeling niet volgens de regels van de Europese richtlijnen aan te besteden. Hoewel sindsdien meerdere uitspraken van importantie op het gebied van aanbestedingen zijn verschenen, werd met spanning op de visie van de EC gewacht omdat men de verwachting had dat daarmee het vraagstuk betreffende de toepassing van de (Europese) aanbestedingsregels bij gebiedsontwikkeling verduidelijking zou verkrijgen.

Het resultaat van de bemoeienis van de EC valt echter tegen. In de brief geeft de EC aan, dat zij voorstelt de ingebrekestelling te beëindigen en de zaak te sluiten. De EC geeft als reden, dat de Nederlandse autoriteiten inmiddels met het uitbrengen van het rapport dat door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER)¹ is opgesteld, goede richtlijnen heeft uitgevaardigd voor het toepassen van het aanbestedingsrecht op gebiedsontwikkelingsprojecten. Hiermee is volgens de EC de naleving van het communautaire aanbestedingsrecht voldoende gewaarborgd.

De EC doet dus zelf geen uitspraak over het aanbestedingsvraagstuk bij gebiedsontwikkeling maar laat het bij een goedkeuring van de interpretatie daarvan door de Nederlandse overheid. Het ICER-rapport leidt de weg, maar waar leidt die weg naartoe?

Na het verschijnen van het rapport hebben diverse (juridische) autoriteiten op het gebied van het aanbestedingsrecht binnen Nederland hun visie op het rapport gegeven². Uit de discussie die daaruit is ontstaan, is af te leiden dat het rapport niet eenduidig geïnterpreteerd wordt en daardoor op diverse onderdelen van het aanbestedingsvraagstuk geen zekerheid biedt als het gaat om de uitleg van wetgeving en jurisprudentie. De discussie heeft echter wel geleid tot nadere aanduiding van de risico's die aanbestedende diensten bij gebiedsontwikkeling in meer of mindere mate nog lopen. Hieronder volgt een korte weergave van die onderdelen, die voor gebiedsontwikkelaars als aandachtspunten voorlopig blijven bestaan.

¹ ICER Rapport Aurox, oktober 2008, 'De gevolgen van het arrest Aurox voor de gebiedsontwikkeling in Nederland'.

² Diverse auteurs hebben inmiddels over het rapport gepubliceerd, waaronder Mr. A.A. Boot en Mr. R.A. Wuijster (TBR 2008/210); Dr. ir. A.G. Bregman (TBR 2008/211); Mr. M.J.J.M. Essers (BR 2008/833).

1. Frankrijk vs. Nederland, de reikwijdte van het Auroux-arrest.

Het ICER-rapport heeft het arrest Auroux/Roanne³ als uitgangspunt genomen bij de beschrijving van de toepassing van het Europese aanbestedingsrecht op de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling. Kernvraag hierbij is, of de beoordeling van de casus van dit arrest, dat zich afspeelt in Frankrijk, rechtstreeks toe te passen is op de Nederlandse situatie. Veelal wordt gesteld dat de zaak Auroux, gelet op de specifieke kenmerken van de casus, niet in die zin beoordeeld kan worden en daardoor feitelijk dus slechts een zeer beperkte invloed op de Nederlandse praktijk zal kunnen hebben.

Niet ter discussie staat dat er duidelijke verschillen waarneembaar zijn tussen de Auroux-zaak en de in Nederland in het algemeen gangbare praktijk. Het is echter ook niet uitgesloten, dat er zich binnen Nederland situaties kunnen voordoen die vergelijkbaar zijn of (deels) dezelfde kenmerken vertonen als de Franse zaak. In die zin verdient de zaak Auroux zeker de nodige aandacht. Dat wordt ook in het rapport onderkend.

Het arrest heeft in zoverre in ieder geval gevolgen voor de Nederlandse praktijk, dat in gevallen waar zich vergelijkbare specifieke kenmerken voordoen, het raadzaam is de feiten en omstandigheden scherp te analyseren en een risico inschatting te maken, voordat onomkeerbare stappen worden gezet. Het ICER-rapport heeft daarmee in ieder geval een belangrijke signaalfunctie en de EC heeft daaraan met haar brief ook waarde toegekend. Het is echter aan het Europees Hof van Justitie om een eindoordeel te vellen over de interpretatie die in het rapport is neergelegd.

2. Kernbegrip: overheidsopdracht (voor de uitvoering van werken).

De vraag of er bij gebiedsontwikkeling sprake kan zijn van een aanbestedingsplicht draait voor een belangrijk deel om de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht voor werken.

Volgens de definitie in de EG Richtlijn Overheden (RO), is daarvan sprake bij een *schriftelijke overeenkomst, gesloten onder een bezwarende titel door een ondernemer en een aanbestedende dienst, met betrekking tot de uitvoering of zowel het ontwerp als de uitvoering van werken als genoemd in Bijlage 1, danwel een werk of het laten uitvoeren van een werk met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.*

Deze op het oog heldere definitie kent echter vele valkuilen. Doordat rechters de definitie in de regel ruim uitleggen, is kennis van die interpretatie van groot belang. Met het rapport tracht de Nederlandse overheid inzicht te verstrekken in de valkuilen van het aanbestedingsrecht.

Bezwarende titel / exploitatierisico.

Hier gaat het om de vereiste tegenprestatie die de opdrachtnemer voor de uitvoering van de opdracht verkrijgt. Van belang is dat een bezwarende titel al aanwezig kan zijn, als de ontwikkelaar inkomsten van derden verkrijgt, zoals huurders of kopers van vastgoed of als de gemeente genoeg neemt met een lagere grondprijs dan een marktconforme in ruil voor een hogere plankwaliteit (Rb Den Haag 24-09-2008, KG ZA 08-947, ook bekend als de zaak Noordwijk of Rederijersplein) danwel op andere wijze (financieel) voordeel behaalt zoals kwijtschelding van een wettelijke bijdrage in de grondexploitatie (HvJ EG, 12-07-2001, nr. C-399-98, Scala-arrest) en dat voordeel op andere wijze niet zou hebben kunnen verkrijgen.

In het rapport wordt dit belang voor de Nederlandse situatie genuanceerd door aan te geven dat genoemde omstandigheden vooral een rol spelen indien de aanbestedende dienst in substantiële mate een (financieel) aandeel heeft in de kosten van de ontwikkeling en / of het risico voor de ontwikkeling of exploitatie. In de Auroux-zaak werd de ontwikkeling door de gemeente bekostigd en droeg de gemeente tevens het exploitatierisico voor het te ontwikkelen vastgoed.

³ HvJ EG 18-01-2007, nr. C-220/05 (Jean Auroux / Commune de Roanne).

Overigens kan uit het ICER-rapport worden opgemaakt dat, als niet de gemeente maar de ontwikkelaar het exploitatierisico (verkrijgen van inkomsten van derden) had gedragen, er weliswaar waarschijnlijk geen sprake zou zijn geweest van een aanbestedingsplicht op basis van artikel 28 RO, maar mogelijk wel van een concessie voor een openbaar werk, waarvoor artikel 58 RO geldt. Een concessie is wel aanbestedingsplichtig maar valt onder een lichter regiem dan de reguliere aanbestedingen. Het verschil tussen een concessie en een opdracht is gelegen in de vorm van de tegenprestatie en de risicoverdeling: bij een concessie wordt de vergoeding voor het werk verkregen uit inkomsten van derden, waarbij het exploitatierisico bij de concessiehouder ligt, terwijl bij een opdracht zowel het exploitatierisico bij de opdrachtgever ligt als de vergoeding in principe van de opdrachtgever afkomstig is (uitzondering zie voorgaande).

Of daarbij van belang is of de aanbestedende dienst ook over het te realiseren vastgoed kan beschikken is niet duidelijk.

Het gegeven dat enige mate van beschikkingsmacht aanwezig dient te zijn kan worden afgeleid uit het feit dat ook het na realisatie huren van vastgoed door een aanbestedende dienst tot een aanbestedingsplicht kan leiden, indien het vastgoed naar de eisen van de aanbestedende dienst is ontwikkeld. Beschikkingsmacht kan echter ook worden uitgelegd als indirecte beschikkingsmacht, welke aanwezig zou kunnen zijn indien de overheid een ontwikkeling nastreeft van vastgoed dat zij niet zelf gaat gebruiken maar ter beschikking komt van derden die daarmee wel een functie uitoefenen die de overheid haar burgers gaarne toewenst, zoals bijvoorbeeld een ijsbaan of theater.

Het stellen van eisen.

Ook het stellen van eisen aan de ontwikkeling door de aanbestedende dienst is een belangrijk element. Indien de overheid (kwaliteits)eisen stelt aan de vastgoedontwikkeling buiten de haar uit haar publieke taak ter beschikking staande mogelijkheden daartoe (Bestemmingsplan, Bouwbesluit, Woningwet), wordt al snel aangenomen dat het werk dient te voldoen aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen. Het gaat daarbij dus vooral om (aanvullende) eisen, specifiek met betrekking tot de betreffende ontwikkeling of (bouw)werk en vastgelegd in een privaatrechtelijke overeenkomst, zoals een overeenkomst tot gronduitgifte.

Een vraag die hierbij kan worden gesteld is, of ook het stellen van eisen aan een ontwikkeling in bijvoorbeeld een exploitatieplan tot de aanvullende eisen kunnen behoren (deze kunnen immers van tamelijk gedetailleerde aard zijn) of, zoals in de literatuur ook wel wordt aangenomen, dat het überhaupt stellen van eisen aan ontwikkelingen al voldoende reden is om een verplichting tot aanbesteding aan te kunnen nemen.

Op basis van het ICER-rapport kan voorlopig worden uitgegaan van het standpunt dat als een aanbestedende dienst zich beperkt tot het stellen van (algemene) eisen in publiekrechtelijke voorschriften, er geen sprake zal zijn van het stellen van eisen in de zin van de RO.

In dit kader kan overigens van belang zijn wie het initiatief tot de ontwikkeling heeft genomen, of er aanvullende randvoorwaarden aan de realisatie worden gesteld en of de overheidsdienst de handhaving daarvan actief nastreeft door bijvoorbeeld goedkeuring van ontwerpen te verlangen gedurende de planontwikkeling.

Bouwplicht.

De aanwezigheid van een bouwplicht in een overeenkomst van gronduitgifte leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat sprake is van een opdracht maar kan in combinatie met voornoemde elementen wel tot aanneming daarvan leiden. Indien echter geen bouwplicht van toepassing is, ontbreekt wel een belangrijk element. In dat geval zal geen sprake zijn van een opdracht maar van een grondverkoop en vindt het aanbestedingsrecht in principe geen toepassing.

3. Samenloop van publieke- en commerciële werken en PPS-constructies.

Samenloop

Te realiseren werken worden als het gaat om een beoordeling van een aanbestedingsplicht in de regel op zichzelf beschouwd. Het kan echter zijn, dat een ontwikkeling die bestaat uit meerdere op zichzelf staande werken, door de onderlinge samenhang tussen de verschillende te realiseren onderdelen van die planontwikkeling, te beoordelen is als één overheidsopdracht vanwege het feit dat de ontwikkeling één technische of economische functie vervult.

In de zaak Auroux oordeelde het HvJ dat het te ontwikkelen vastgoed, dat bestond uit meerdere functies (bioscoop, hotel, parkeerterrein), in feite een herontwikkeling van de stationslocatie was die één economische functie vertegenwoordigde, namelijk die van 'recreatiepark'⁴. Dit leidde tot het oordeel dat sprake was van één opdracht, ondanks dat deze zowel publieke als commerciële functies omvatte. In dat geval dient de waarde van het totaal te gelden als berekeningsgrondslag bij de beoordeling of aan de drempelwaarde⁵ voor een verplichte Europese aanbesteding is voldaan, gezien vanuit het perspectief van potentiële ontwikkelaars.

Dit laatste is van belang bij bijvoorbeeld een herontwikkeling van een stads- of dorpscentrum, waarbij zowel commerciële als publieke functies in de planontwikkeling worden opgenomen. Dergelijke ontwikkelingen komen in Nederland regelmatig voor en verdienen dus de nodige aandacht als het om eventuele aanbestedingsverplichtingen gaat.

PPS

Samenwerkingsverbanden tussen publieke en private partijen bij gebiedsontwikkeling kunnen leiden tot de conclusie dat een aanbestedingsplicht voor de keuze van de contractpartner en/of de gebiedsontwikkeling ontstaat. Door een onderlinge samenhang tussen de te ontwikkelen onderdelen, in combinatie met bemoeienis van de op te richten Gemeenschappelijke exploitatiemaatschappij (GEM) bij de uitvoering van private werken, kan het zijn dat de ontwikkeling als één overheidsopdracht gezien moet worden. Om een dubbele aanbestedingsprocedure te voorkomen kan de keuze van de contractpartner(s) en de opdracht of concessie aan de op te richten GEM dan wel in één aanbestedingsprocedure plaatsvinden, zoals ook de EC in een Interpretatieve mededeling over de toepassing van het aanbestedingsrecht op geïnstitutionaliseerde PPS⁶.

Indien gedacht wordt aan een publiek- private samenwerking, is het dus zaak om al in een vroegtijdig stadium helderheid te verkrijgen over de wijze van samenwerken en de verdeling van rollen en verantwoordelijkheden indien niet in latere fase van het proces alsnog met een verplichting tot aanbesteden te maken te krijgen.

Als de openbare voorzieningen door de gemeente worden aanbesteed en de gemeente geen specifieke aanvullende eisen stelt aan de ontwikkeling door de GEM van commerciële voorzieningen, is er volgens het rapport geen sprake van een verplichting tot aanbesteden.

4. Risico's van het niet naleven van de verplichtingen.

Bij iedere beoordeling van een ontwikkeling op aanbestedingsrechtelijke aspecten, wordt stevast gevraagd wat de risico's zijn als niet aanbesteed wordt en in een latere fase zou blijken dat daarmee niet aan de regelgeving is voldaan. Daarover is slechts in algemene zin iets op te merken.

Het feit dat een schending van het aanbestedingsrecht met name de Staat aangerekend wordt, betekent niet dat een lagere overheid er niets van merkt. Ten eerste zal deze door de Staat aangesproken worden voor de schending en de eventuele gevolgen daarvan. Daarnaast ligt het

⁴ De benaming recreatiepark is enigszins misleidend. Het betrof in feite de ontwikkeling van een gebouw dat meerdere recreatieve functies bevatte en bijbehorende voorzieningen.

⁵ De drempelwaarde is momenteel voor diensten € 206.000,- en voor werken € 1.125.000,-. Deze waarde wordt elke twee jaar opnieuw vastgesteld.

⁶ Mr. M.J.J.M. Essers, Het ICER-rapport Auroux; Een vertaling van het EG-recht naar de Nederlandse praktijk, Kluwer: BR 2008/833.

voor de hand dat de controle op het doen en laten van de betreffende overheid strenger zal worden. De EC zal wellicht meer actief controleren maar misschien nog wel nog meer impact heeft de bekendheid die de overheid krijgt als organisatie die de regels niet naleeft. Toekomstige ontwikkelingsprojecten zullen onder een vergrootglas worden gelegd om te zien of alles wel volgens de regels is gegaan. Dat kan een knellende en remmende werking hebben op nieuwe projecten en notoire bezwaarmakers aanzetten tot het nauwgezet volgen van de organisatie om te zien of er geen fouten worden gemaakt.

In dit kader mag ook niet onvermeld blijven dat het niet navolgen van de Europese aanbestedingsregels kan leiden tot een (negatieve) aantekening in de jaarlijkse accountantsverklaring.

Meer direct kan een schending van het aanbestedingsrecht voor de betreffende overheidsorganisatie vanuit de privaatrechtelijke situatie tot gevolg hebben, dat zij schadelijk wordt. In de zaak Noordwijk achtte de voorzieningenrechter het van belang, dat de planvorming zich nog in de initiatiefase verkeerde en er nog geen samenwerkingsovereenkomst was gesloten, waardoor het alsnog organiseren van een aanbestedingsprocedure niet als onredelijk werd beschouwd. Indien er echter wel definitieve afspraken gemaakt en vastgelegd zijn in overeenkomsten, ligt een heraanbesteding niet langer voor de hand.

Aangezien een overeenkomst die in strijd met het aanbestedingsrecht tot stand is gekomen niet nietig verklaard kan worden,⁷ bestaat het risico voornamelijk uit een vordering van een derde belanghebbende tot opheffing van een onrechtmatige toestand, door opzegging van de gesloten koopovereenkomst door de gemeente, omdat deze in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten zou zijn. Of een rechter daartoe zal besluiten is afhankelijk van de wijze waarop deze de belangen van de betrokken partijen afweegt. Daarbij is onder meer van belang of de overeenkomst reeds in uitvoering is en de mate waarin dat het geval is. Ook tijdsverloop kan een rol spelen, waarbij tevens van belang is of de gemeente de ontwikkeling al dan niet voldoende openbaar heeft aangekondigd.

Tot slot kan worden opgemerkt dat het primaat tot aanbesteden bij de aanbestedende dienst ligt (meestal de gemeente). De aanbestedende dienst dient immers vooraf te beoordelen en te toetsen of er sprake is van een aanbestedingsplicht. Als de overeenkomsten eenmaal zijn gesloten is dit station feitelijk gepasseerd. De gemeente is dan juridisch gebonden aan de projectontwikkelaar. Een gedwongen beëindiging of zelfs een opgelopen vertraging vanwege rechtszaken leidt dan zonder meer tot een schadeclaim van de ontwikkelaar.

5. Positieve noot.

Het blijft teleurstellend dat de EC zich niet zelf heeft uitgesproken over de zaak Vathorst. Dat zou een heel directe visie op de Nederlandse praktijk hebben opgeleverd en mogelijk meer vragen concreet hebben beantwoord dan het ICER-rapport doet, al was dat maar omdat het ICER-rapport vooral geënt is op de Auroux-zaak. Het doet dan ook enigszins vreemd aan dat de EC haar ingebrekestelling afdoet met slechts een verwijzing naar het rapport, dat niet als een antwoord op de ingebrekestelling is geformuleerd. De Nederlandse overheid heeft zich kennelijk van zeer goede wil getoond of de Nederlandse situatie is dermate complex van aard dat ook de EC zich er vooralsnog niet aan wenst te wagen.

Het voorgaande leidt wellicht tot de gedachte dat er niets meer mogelijk is zonder dat een aanbesteding verplicht is. Dat is zeker niet het geval. Gemeenten kunnen nog steeds gronden uitgeven ten behoeve van gebiedsontwikkeling en hebben via hun publiekrechtelijk

⁷ HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto / De Vliert).

instrumentarium nog steeds veel mogelijkheden om daaraan eisen te stellen. Het ICER-rapport draagt daar ook aan bij.

Het is echter wel zaak geworden bewustzijn te creëren van de aanwezigheid en invloed van de regelgeving op het gebied van aanbesteding maar ook van staatsteun. Als dat bewustzijn er is, dan is een gemeente ook in staat door vroegtijdige strategiebepaling de koers nog te bepalen. Dat zal niet altijd zonder aanbesteding kunnen maar vaak ook nog wel. Het ICER-rapport geeft mede richting aan die koersbepaling en wordt, naar het zich laat aanzien, binnenkort aangevuld met een nieuwe versie van de Reiswijzer; een boekwerk waarin het Ministerie van VROM gemeenten bij de hand neemt als het gaat om het realiseren van gebiedsontwikkeling.

mr. M.R. Böhne
Vastgoed, Economie en Legal