

MR. O.L. ANDRIESSE

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

Hof 's-Gravenhage 31 januari 2001, *NJ* 2001, 412
HvJ EG, 12 juli 2001, *NJ* 2002, 11^(*)

De wijze waarop de overheid opdrachten voor de uitvoering van werken of het verrichten van diensten dient aan te besteden is bijzonder in het nieuws geweest met de publieke verhoren van de Enquêtecommissie Bouwfraude en het politieke gekrakeel rondom de aanbesteding van grote projecten zoals de Noord-Zuidlijn in Amsterdam en de Spoortunnel bij Schiphol. Naast deze publieke c.q. politieke discussie is het aanbestedingsrecht als onderwerp van de wetenschap ook duidelijk in beweging. De twee uitspraken die in dit artikel zullen worden besproken dragen hieraan bij.

In dit artikel zal allereerst aandacht besteed worden aan een aantal beginselen van het aanbestedingsrecht en de werking van de Europese Aanbestedingsrichtlijnen. Vervolgens wordt stilgestaan bij het Scala-arrest en het Middelburg-arrest. In het licht van de problematiek, zelfrealisatie en/of aanbesteding wordt tot slot het mogelijke effect van deze uitspraken op de gemeentelijke instrumenten van grondexploitatie toegelicht.

Het aanbestedingsrecht

Onder 'aanbesteden' verstaat men over het algemeen het proces dat wordt geïnitieerd door een potentiële opdrachtgever, aan te duiden als de Aanbesteder, dat na een meervoudige marktbevraging leidt tot de verstrekking van een opdracht aan een potentiële

opdrachtnemer. In de bouw – waar het fenomeen van aanbesteden het meest voorkomt – zijn deze opdrachtnemers meestal aannemers, maar ook opdrachten aan architecten en andere bij de bouw betrokkenen, zoals leveranciers, lenen zich voor aanbesteden.

De opdrachtgever is bij aanbestedingen vaak een overheid, waarmee niet alleen bedoeld wordt op de centrale overheid, doch ook op lagere overheden en zogenoemde publiekrechtelijke instellingen. De EG-regelgeving op het gebied van overheidsaanbestedingen is gericht op het openbreken van de nationale markten ten behoeve van een meer effectieve internationale concurrentie. Dit doel dat vervat is in het EG-verdrag door middel van een aantal beginselbepalingen is nader geregeld door de richtlijnen die de Commissie van de EG daarvoor heeft opgesteld.¹ De richtlijnen bevatten een groot aantal voorschriften die aanbestedende diensten in acht dienen te nemen. Deze voorschriften hebben betrekking op het soort opdrachten dat dient te worden aanbesteed en het gebruik van technische specificaties. Voorts zijn er publicatievoorschriften en gemeenschappelijke voorschriften inzake de deelneming aan de aanbestedingsprocedures, met inbegrip van criteria voor de selectie van gegadigden en voor de vergunning van de opdracht.

(*) Voor tekst volledige uitspraken zie respectievelijk www.rechtspraak.nl onder 'zoeken' en LJN-nummer AB0451 en <http://www.curia.eu.int>

1 Er bestaan inmiddels vier richtlijnen op het gebied van overheidsaanbestedingen:

- richtlijnnummer 92/50/EEG: de Richtlijn Diensten;
- richtlijnnummer 93/37/EEG: de Richtlijn Werken;
- richtlijnnummer 93/36/EEG: de Richtlijn Leveringen;
- richtlijnnummer 93/38/EEG: de Richtlijn Autosectoren.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

De richtlijnen zijn in beginsel van toepassing op de gunning van een opdracht, als:

- de overheid zich kwalificeert als 'aanbestedende dienst';
- de opdracht een 'overheidsopdracht' is; en
- de waarde van de overheidsopdracht een door de toepasselijke richtlijn gegeven drempelwaarde overschrijdt.²

Een 'aanbestedende dienst' is gedefinieerd als de Staat, zijn territoriale lichamen (provincies, gemeenten en waterschappen), publiekrechtelijke instellingen en verenigingen, gevormd door één of meer van deze lichamen of instellingen.

In de zin van de Richtlijn Werken wordt een opdracht gekwalificeerd als 'overheidsopdracht' als er sprake is van³:

- een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel;
- die is gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds;
- die betrekking heeft op:
 - a de uitvoering (dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering) van werken in het kader van één van de in Bijlage II van de Richtlijn Werken vermelde werkzaamheden;
 - b de uitvoering (dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering) van een in artikel 1 sub c van de Richtlijn Werken omschreven werk, te weten een werk dat een product is van bouw- dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;
 - c het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Deze criteria hebben in het verleden al tot een bijzondere hoeveelheid jurisprudentie geleid mede vanwege het gebruik van specifieke terminologie, zoals: 'aanbestedende dienst', 'drempelwaarde' en 'overeenkomst onder bezwarende titel'. De uitleg van deze terminologie geschiedt door het Hof van Justitie EG⁴ in de hoogste instantie maar ook door de 'gewone' rechter en door de Raad van Arbitrage voor de Bouw.⁵

Geschillen naar aanleiding van specifieke aanbestedingsprocedures zullen in eerste instantie worden getoetst aan de tekst van de desbetreffende aanbestedingsrichtlijn. Een hulpmiddel daarbij zijn de door de Commissie vervaardigde Handleidingen.⁶ Telkens zal de bedoeling van de richtlijn in ogenschouw moeten worden genomen, evenals de wijze waarop de Commissie – die de richtlijnen heeft uitgevaardigd – dit doel tracht te bereiken, te weten door:

- het creëren van meer doorzichtigheid bij aanbestedingsprocedures;
- het tegengaan van discriminatie door aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten;
- het verplichten van aanbestedende diensten om meer ondernemingen met elkaar te laten concurreren.

Deze uitgangspunten van de Commissie hebben onder meer geleid tot twee bijzondere uitspraken.

Middelburg en Milaan

In de zaken met betrekking tot Middelburg en Milaan was de Richtlijn Werken van toepassing. Daarbij was niet zozeer de vormgeving en uitvoering van een aanbestedingsprocedure aan de orde, doch juist het volledige ontbreken daarvan. In beide gevallen was er sprake van een derde partij die zich op het standpunt stelde jegens de aanbestedende dienst dat met betrekking tot het litigieuze project een aanbestedingsprocedure volgens de Richtlijn Werken diende te worden gevolgd en dat dit ten onrechte niet was gedaan.

Hof 's-Gravenhage 31 januari 2001 (Projectbouw Zeeland/Gemeente Middelburg)

De feiten die aan dit arrest van het Hof te Den Haag ten grondslag lagen, waren als volgt.

De Gemeente Middelburg had op 7 februari 2000 een intentieovereenkomst gesloten met een drietal in een consortium georganiseerde ontwikkelaars. Dit consortium diende ingevolge de afgesloten overeenkomst, de grondexploitatie, de ontwikkeling en realisering van bebouwing in het gebied Mortiere Polder te Middelburg/Vlissingen ter hand te nemen. Uitgangspunt bij die grondexploitatie was onder meer

2 Zie voor de verschillende drempelwaarden: <http://www.minez.nl/beleid>.

3 Zie artikel 1a van de Richtlijn Werken.

4 Zie voor alle gepubliceerde uitspraken van het hof: <http://www.europa.eu.int>.

5 De Raad van Arbitrage voor de Bouw is automatisch bevoegd indien op de aanbesteding het UAR-EG 1991 (of het UAR 2001) van toepassing is verklaard.

6 Bijvoorbeeld de Handleiding bij de Richtlijn Werken, te vinden op <http://www.simap.eu.int>.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

de verkoop door de Gemeente Middelburg aan het consortium van 150 à 180 hectare grond in het te ontwikkelen plangebied. De te betalen koopprijs zou marktconform zijn, terwijl het consortium het plangebied voor eigen rekening en risico bouwrijp zou dienen te maken, waarna de infrastructurele werken in het plangebied om niet of voor een symbolische prijs aan de Gemeente Middelburg in eigendom zou worden (terug) overgedragen.

Een derde partij (Projectbouw) meende evenwel dat de gemaakte afspraken tussen het consortium en de gemeente zouden leiden tot een overeenkomst (de uiteindelijk tussen partijen tot stand te brengen samenwerkingsovereenkomst) die in strijd zou zijn met de Richtlijn Werken. Projectbouw stelde in hoger beroep dat de Gemeente Middelburg de aanleg van de infrastructurele werken Europees diende aan te besteden met inachtneming van de Richtlijn Werken vanwege het feit dat de waarde van de infrastructurele werken, de in de Richtlijn Werken gestelde drempelwaarde van SDR 5.000.000 (thans ruim € 6.200.000) ruim overschreed. In eerste aanleg had Projectbouw zelfs gesteld dat de samenwerkingsovereenkomst als geheel diende te worden aanbesteed.

Nadat de President van de Rechtbank te Middelburg in kort geding het beroep van Projectbouw had afgewezen, stelde het Hof in Den Haag Projectbouw alsnog in het gelijk.

Het hof stelde dat een redelijke uitleg van artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken, mede gezien het doel en de strekking van de Richtlijn Werken, meebrengt dat de tussen de Gemeente Middelburg en het consortium te sluiten samenwerkingsovereenkomst, voorzover deze betrekking heeft op infrastructurele werken, is aan te merken als 'overheidsopdracht' voor de uitvoering van werken als bedoeld in de Richtlijn Werken. Aangezien de waarde van de in het geding zijnde infrastructuur de in de Richtlijn Werken neergelegde drempelwaarde overschrijdt, diende de aanleg van de infrastructuur te worden aanbesteed.

Het hof kwam tot deze conclusie op grond van een ruime opvatting van het begrip 'overheidsopdracht'. Het hof refereerde onder meer aan de Handleiding van de Commissie bij de Richtlijn Werken en citeerde het volgende in zijn arrest:

‘Door deze nieuwe definities van het voorwerp van de overeenkomst en meer in het bijzonder door

de laatste, heeft de communautaire wetgever goed aangegeven dat elke overeenkomst die mede betrekking heeft op de uitvoering van werken op het gebied van algemene bouwnijverheid en/of water- en wegenbouw, al dan niet gepaard gaande met andere taken, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken vormt. Alle nieuwe vormen van overeenkomsten waarbij de aanbestedende dienst er de voorkeur aan geeft een groter of kleiner aantal taken – bijvoorbeeld financiering aankoop van grond, opstelling van ontwerpen, enz. – aan de aannemer over te laten om aldus zijn traditionele taak bij de uitvoering van openbare werken te verlichten, vallen onder het begrip “laten uitvoeren”.’

De beoogde grondexploitatie door het consortium uit hoofde van de te sluiten samenwerkingsovereenkomst valt – volgens het hof – onder de definitie van 'overeenkomst onder bezwarende titel' die bovendien betrekking heeft op 'het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'.⁷

Het feit dat binnen de gekozen constructie de infrastructuur om niet zou worden teruggeleverd aan de gemeente was volgens het hof niet relevant. Het hof was namelijk van oordeel dat het eindresultaat van de door de Gemeente Middelburg en het consortium gekozen constructie feitelijk hetzelfde is als wanneer er wel een aanbestedingsprocedure zou zijn gevolgd voor de opdracht tot het aanleggen van de infrastructuur. De infrastructuur komt immers hoe dan ook uiteindelijk in eigendom van de gemeente.

Het verweer van de gemeente dat de kosten van de infrastructuur in de prijs van de voor woningbouw c.a. uit te geven grond worden doorberekend en de gemeente dus nooit direct een vergoeding voor de infrastructuur zou betalen, werd door het hof niet aanvaard gezien het feit dat, wanneer er sprake zou zijn geweest van gemeentelijk kostenverhaal, dit uiteindelijk ook het geval zou zijn geweest.⁸

Het hof heeft kennelijk gemeend dat de Gemeente Middelburg bij het vormgeven van de beschreven constructie, die op zichzelf in de praktijk zeker niet uitzonderlijk was, op onoirbare wijze heeft getracht onder de werking van de Richtlijn Werken uit te komen, zulks gezien de wat venijnige uitlating:

7 Zie artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken.

8 De gemeente zou – volgens het hof – immers ook eerst de infrastructuur na aanbesteding kunnen hebben laten aanleggen, om de kosten daarvan vervolgens door te berekenen in de prijs van de voor de woningen c.a. uit te geven grond, zodat de kopers van de woningen uiteindelijk degene zouden zijn die voor de infrastructuur zouden opdraaien. Hierdoor is het eindresultaat – volgens het hof – gelijk.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

'[de uitleg van gemeente, toevoeging auteur] kan niet worden aanvaard en zou in strijd zijn met hiervoor genoemde doel van de richtlijn, welk doel met name door een overheid als de Gemeente dient te worden nagestreefd'.

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 12 juli 2001, zaak C-399/98, (Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi/Comune di Milano).

Hoewel het feitencomplex van de Scala-zaak volstrekt anders is dan hetgeen ten grondslag lag aan de zaak met betrekking tot de Gemeente Middelburg, gaat de Scala-zaak ook over de uitleg van de vraag of er sprake is van een overheidsopdracht door een aanbestedende dienst die met inachtneming van de Richtlijn Werken aanbesteed diende te worden. Daarnaast was er in de Scala-zaak – evenals het geval was in de Middelburg-zaak – sprake van een vorm van zelfrealisatie door de private partij. In de Scala-zaak was er echter wel sprake van een minder vrije positie van de aanbestedende dienst ten aanzien van de private partij.

De casus was als volgt.⁹

Het project omvatte de uitvoering van de volgende werkzaamheden:

- restauratie en verbouwing van het historische gebouw van het Teatro alla Scala, met een oppervlakte van circa 30.000 m²;
- verbouwing van de gemeentelijke gebouwen van het Ansaldo-complex;
- de bouw in de stadswijk 'Bicocca' van een nieuw theater met circa 2.300 zitplaatsen op een terrein met een oppervlakte van 25.000 m² (plus 2.000 m² parkeerruimte), dat bestemd zou zijn om eerst de activiteiten van het Teatro alla Scala tijdens de restauratie en de verbouwing van dit theater, en vervolgens alle activiteiten in verband met de opvoering van toneelstukken en andere manifestaties van culturele aard onder te brengen.

In de wijk werd een grootschalige particuliere verkaveling uitgevoerd, het 'Bicocca-project', bedoeld om dit voormalige industriegebied een stedenbouwkundige bestemming te geven. Deze verkaveling had betrekking op een groot gebouwencomplex, in het kader waarvan Pirelli samen met andere particuliere marktdeelnemers optrad als eigenaar/exploitant. Dit vanaf 1990 lopende particuliere initiatief was ten tijde van de feiten bijna voltooid. In het kader van de voor de betrokken terreinen geplande stedenbouwkundige maatregelen had de gemeente Milaan reeds

de aanleg gepland van een complex van algemeen belang 'voor verschillende gebruiksdoeleinden'. Het in het kader van het project 'Scala 2001' te bouwen nieuwe theater zou deel uitmaken van deze ontwikkeling.

De gemeente Milaan sloot vervolgens met Pirelli, Ente Autonomo Teatro alla Scala en MCS een overeenkomst, die onder meer de volgende uitvoeringsvoorwaarden voor het onderdeel 'Bicocca' van het project 'Scala 2001' bevatte:

- Pirelli zou de kosten van de coördinatie van de voorbereidende, de definitieve en de uitvoeringsfase van het project voor haar rekening nemen, alsook de uitvoeringsfase van de restauratiewerkzaamheden van het Teatro alla Scala, de verbouwing van het Ansaldo-gebouwencomplex en de bouw van het theater van de Bicocca, terwijl de concrete coördinatie aan MCS werd toevertrouwd;
- MCS zou in het te verkavelen gebied op het daartoe bestemde terrein, dat de projectontwikkelaars om niet aan de gemeente Milaan zouden overdragen, het theater van de Bicocca (alsmede de daarbij behorende parkeerplaats) bouwen als infrastructuurle voorziening, onder aftrek van de krachtens de Italiaanse nationale en regionale wetgeving aan de stad Milaan verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten. De verbintenis van MCS beperkte zich tot de verwezenlijking van de 'buitengevel' van het gebouw inclusief de aanleg van alle installaties. MCS verplichtte zich onder meer om het gebouw vóór eind 1998 op te leveren;
- de inrichting van het interieur van het theater van de Bicocca zou echter voor rekening blijven van de stad Milaan, die voor de uitvoering daarvan gebruik zou maken van een openbare aanbestedingsprocedure.

Naar aanleiding van nieuwe ideeën die begin 1998 waren gerijpt bij het nieuwe gemeentebestuur, stelde de gemeenteraad van Milaan bij besluit vast, dat de uitvoering van het werk zou plaatsvinden deels door de aanleg in eigen beheer door de exploitanten 'overeenkomstig hun contractuele verplichtingen betreffende het verkavelingsplan' – waarbij het bedrag van de door de exploitanten uit te voeren werkzaamheden 25 miljard LIT zou bedragen –, en deels via een aanbestedingsprocedure door de stad Milaan.

Vier derdebelanghebbenden – de Ordine degli Architetti, De Amicis, De CNA en Freyrie – hebben tegen de besluiten van de gemeente beroep tot nietig-

⁹ Parafrazering van de beschrijving van de feiten door het hof.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

verklaring ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

In de bij deze rechterlijke instantie ingestelde beroepen tot nietigverklaring betwisten verzoekers de geldigheid van de bestreden besluiten in het licht van zowel het Italiaanse recht inzake stedenbouw en overheidsopdrachten als het gemeenschapsrecht. Met betrekking tot met name het laatste aspect stellen zij, dat het theater van de Bicocca de kenmerken van een openbaar gebouw vertoont, zodat de gemeenteraad de communautaire aanbestedingsprocedure had moeten toepassen; hij heeft daarentegen via de bestreden besluiten de opdracht onderhands gegund en daarbij de beroepsbelangen van de Ordine degli Architetti en de verzoekende individuele architecten geschaad.

In zijn verwijzingsbeschikking stelde het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia onder meer vast, dat de stad Milaan de Italiaanse nationale en regionale wetgeving inzake stedenbouw correct heeft toegepast. Daar het evenwel twijfels had over de vraag, of deze wetgeving buiten toepassing dient te worden gelaten voorzover daarbij de aanleg, zonder voorafgaande aanbesteding, wordt toegestaan van een infrastructurele voorziening waarvan de waarde boven de in de richtlijn vastgestelde drempel ligt, heeft het besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het hof hierover prejudiciële vragen te stellen.

Bij de beoordeling van de vraag of er met deze feitenconstellatie sprake was van een aanbestedingsplichtig werk op grond van de Richtlijn Werken heeft het hof stapsgewijs het feitencomplex naast de definities van artikel 1 van de Richtlijn Werken gelegd. Het hof kwam tot een verstrekkende conclusie.

Het hof oordeelde¹⁰ dat de aanleg in eigen beheer van een infrastructurele voorziening onder de in de Italiaanse wetgeving op het gebied van stedenbouw gestelde voorwaarden 'een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' is in de zin van artikel 1 sub a van de richtlijn.

Hieruit volgt dat wanneer de geraamde waarde, exclusief BTW, van een dergelijk werk gelijk is aan of meer bedraagt dan de in artikel 6 lid 1 van de richtlijn vastgestelde drempel, de richtlijn van toepassing is.

Deze vaststelling houdt in dat het gemeentebestuur verplicht is de in die richtlijn voorgeschreven procedures in acht te nemen, wanneer zij dergelijke opdrachten plaatst. Dat betekent niet dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurele voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeentebestuur

zelf de in deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het 'nuttig effect' daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant/vergunninghouder door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. In dat geval moet de exploitant krachtens de met de gemeente gesloten overeenkomsten die hem vrijstellen van betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten als tegenprestatie voor de aanleg van een openbare infrastructurele voorziening, worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht van de gemeente voor de aanleg van deze voorziening.

De gevolgen van het Scala-arrest zijn met name voelbaar door de conclusies van het hof dat er in het onderhavige geval sprake was van het bestaan van een overeenkomst 'onder bezwarende titel'.

Het hof bepaalde immers dat uit een drietal kenmerken viel af te leiden dat er in casu sprake is van een openbaar werk dat diende te worden aanbesteed volgens de bepalingen van de richtlijn. Er was sprake van verdergaande eisen van de zijde van de overheid, het beheer van de werken zou berusten bij de overheid en er zou sprake zijn van een publiek gebruik van het te realiseren werk. Dat de overheid geen vrijheid heeft in de keuze van haar contractspartij doet volgens het hof niets af aan het bestaan van een overeenkomst waarin de gemeente allerlei eisen kan stellen aan het werk. Dat de overeenkomst een publiekrechtelijk karakter heeft is evenmin relevant.

Het hof overweegt hieromtrent onder meer:

'84. De nationale rechter stelt in de verwijzingsbeschikking vast dat, anders dan verweerder en interveniënten in het hoofdgeding betogen, de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan die de infrastructurele voorzieningen aanlegt, geen prestatie om niet verricht, daar hij een schuld van dezelfde waarde – behoudens aanvulling in geld – tegenover de gemeente, namelijk de bijdrage in de exploitatiekosten, vereffent, zonder dat de omstandigheid dat het om een alternatieve verbintenis gaat – bijdrage in contanten of uitvoering in eigen beheer van de werken – een differentiatie van de oorzaak naar gelang de gekozen (of door de wetgever voorgeschreven) uitvoeringsmodaliteiten mogelijk maakt.

10 Parafrazering van overwegingen 97 tot en met 100 van het arrest.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

85. *Deze uitlegging van de nationale wetgeving strookt met het doel van de richtlijn zoals dat in punt 52 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, en verzekert dus het nuttig effect daarvan.'*

Ook over de vraag of er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel is het hof duidelijk. Het hof verwijst naar de overwegingen van de verwijzende Italiaanse rechter waaruit blijkt dat:

'De houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan die de infrastructurele voorzieningen aanlegt, geen prestatie om niet verricht, daar hij een schuld van dezelfde waarde – behoudens aanvulling in geld – tegenover de Gemeente, namelijk de bijdrage in de exploitatiekosten vereffent, zonder dat de omstandigheid dat het om een alternatieve verbintenis gaat – bijdragen in contanten of uitvoering eigen beheer van werken – een differentiatie van de oorzaak naar gelang de gekozen (of door de wetgever voorgeschreven) uitvoeringsmodaliteiten mogelijk maakt.

Deze uitlegging van de nationale wetgeving strookt met het doel van de richtlijn zoals dat in punt 52 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, en verzekert dus het nuttig effect daarvan.'

Samenhang tussen het aanbestedingsrecht en het gemeentelijke grondexploitatiebeleid

De vraag die in de literatuur sinds deze arresten is gesteld, is die van welke invloed deze uitspraken zullen hebben op de verschillende publiek-private samenwerkingen zoals die in Nederland veelvuldig plaatsvinden.¹¹

Het gemeentelijk grondbeleid heeft de laatste jaren bijzonder veel aandacht gehad. De Wet Voorkeursrecht Gemeenten is als sluitstuk van die discussie dan ook recentelijk veranderd. Particuliere grondspeculaties gericht op mogelijke, toekomstige gebiedsontwikkelingen door gemeenten worden door de nieuwe wet Voorkeursrecht Gemeenten aan banden gelegd c.q. verder beperkt.¹²

Het nut van het nemen van opties en/of het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten met risico vermijdende particuliere grondbezitters met het oog op een mogelijke projectontwikkeling in de toekomst, is bijzonder beperkt. Deze wijzigingen hebben de mogelijkheden voor een creatieve projectontwikkelaar om door het nemen van grondposities voorrang te kunnen verkrijgen bij de ontwikkeling van een plangebied in zeer grote mate ingeperkt.

De mogelijkheid die in ieder geval nog open leek te staan was die van de zelfrealisatie onder de vigeur van de Onteigeningswet. De jurisprudentie van de afgelopen jaren met betrekking tot zelfrealisatie geven een vrij duidelijk beeld van de mogelijkheden voor de eigenaar c.q. zelfrealisator voor een succesvol beroep op zelfrealisatie, hetgeen de onteigeningsplannen van de overheid zou doorkruisen.¹³

De eigenaar kan zich, al dan niet in samenwerking met een professionele projectontwikkelaar, bereid en in staat verklaren de aan hem kenbaar gemaakte overheidsplannen te realiseren. De Kroon (de Minister) onderzoekt dan vervolgens of deze verklaring voldoende realiseringswaarborg biedt. Ook onderzoekt de Minister of de plannen van de eigenaar c.q. zelfrealisator voldoende overeenstemmen met de door de overheid voorgestane vorm van de planuitvoering. Onder dit laatste wordt niet alleen verstaan de planologische uitgangspunten, maar ook uitvoeringsaspecten zoals grondverkaveling, bouwtype en uitvoeringsfasering. Wanneer een grondeigenaar voldoende aannemelijk kan maken dat hij aan de hiervoor genoemde eisen voldoet, dan zal zijn beroep op zelfrealisatie in de meeste gevallen succesvol zijn en zal het onteigeningsverzoek van de zijde van de gemeente worden afgewezen.

Het bestemmingsplan geeft de gemeente overigens een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de door haar beoogde methode van planuitvoering; de eigenaren die zich niet daaraan wensen te conformeren kunnen alsnog worden onteigend.

Een beroep op zelfrealisatie zou evenwel in strijd kunnen zijn met het doel dat wordt beoogd met de aanbestedingsrichtlijnen en de wijze waarop de

11 Zoals dr.ir. A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding: een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', in: *BR* 2002, p. 10, en een reactie daarop van mr. M.O. Meulenbelt, 'Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?', in: *BR* 2002, p. 857, met naschrift van dr.ir. A.G. Bregman.

12 Zie hierover onder meer mr. I.R. Keetell-Homringhausen en mr. I.A.A. Manders, 'Ontwijking van het voorkeursrecht voor goed verleden tijd? De reparatie van de Wet voorkeursrecht gemeenten' en mr. J.F. de Groot, 'De reparatie van het gemeentelijk voorkeursrecht. Het kind en het badwater', in: *Gemeentestem* 14 juni 2002 en Tweede-Kamerstukken met nr. 27 750.

13 Zie onder meer mr. E.M. van der Schans, 'Onteigening, zelfrealisatie en de Hoge Raad', in: *BR* 2000, p. 377 en mr. J.F. de Groot, a.w.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

Commissie heeft beoogd deze doelen te bereiken.¹⁴ Ook het Hof van Justitie legt in zijn arrest de nadruk op deze doelstellingen door het 'nuttig effect' van de richtlijn doorslag te geven 'teneinde deze opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen'. Het enkele feit dat de eigendom van de grond niet in handen van de overheid zelf is, mag – volgens het hof – dan niet in de weg staan aan het openbaar aanbesteden van werken in de zin van artikel 1 sub a van de richtlijn.

Het Haagse Gerechtshof refereert ook aan de communautaire doelstellingen van de Richtlijn Werken:

'De door de gemeente verdedigde uitleg van genoemd artikel 1, sub a zal meebrengen dat indien in het onderhavige geval zij eerst de door haar ontworpen infrastructurele werken had aanbesteed en betaald [...] bij overschrijding van de drempelwaarde tevoren openbare aanbesteding overeenkomstig de richtlijn had moeten plaatsvinden, terwijl in de constructie, die in de overeenkomst is neergelegd en die in de praktijk tot hetzelfde eindresultaat leidt, de richtlijn niet van toepassing zou zijn. Dat kan niet worden aanvaard en zou in strijd zijn met het hiervoor genoemde doel van de richtlijn, welk doel met name door een overheidsinstantie als de Gemeente dient te worden nagestreefd.'

Deze vergaande vorm van richtlijnconforme interpretatie¹⁵ zou in extremo evenwel kunnen leiden tot situaties waarin nationale wetgeving aan de kant wordt gezet ten behoeve van het 'nuttig effect' van de aanbestedingsrichtlijnen. Zo zou een beroep op zelfrealisatie doorkruist kunnen worden en misschien moeten worden indien er sprake is van een private wederpartij die geïnteresseerd is in het (doen) realiseren van onderdelen van het project, die als werken in de zin van artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken te

kwalificeren zijn en bovendien in waarde de drempelwaarde van 5.000.000 SDR zou overschrijden.¹⁶

In een dergelijk geval zou immers een beroep op zelfrealisatie het nuttige effect van de Richtlijn Werken doorkruisen hetgeen het Hof van Justitie in het geval van Scala onaanvaardbaar achtte.

In de literatuur die thans ten aanzien van het Scala-arrest op gang lijkt te komen wordt terecht de vraag gesteld of hier geen onaanvaardbare situatie wordt gecreëerd die in ieder geval ook niet als zodanig werd beoogd door het Hof van Justitie met zijn uitspraak in de Scala-zaak.

Wellicht onbedoeld, maar duidelijk wel merkbaar, hebben het Hof van Justitie en het Haagse Gerechtshof het instrumentarium voor een gemeente om actief grondbeleid te voeren versterkt. Naast de wijziging van de Wet Voorkeursrecht Gemeente lijkt dan nu ook het zelfrealisatierecht van private eigenaars sterk te worden beperkt, hetgeen wel erg in de buurt komt van een Europees onteigeningsrecht.

Daarnaast hebben beproefde samenwerkingsvormen zoals het opzetten van een (gemeenschappelijke) grondexploitatie maatschappij (hierna: GEM) of het aangaan van andersoortige joint ventures aan nut ingeboet. Het maakt immers niet meer uit of het financiële aandeel, de reële zeggenschap en/of invloed van de gemeente binnen een dergelijke joint venture groter dan 50% is; enkel de vraag of er sprake is van Europees aanbestedingsplichtige werken die uiteindelijk ter beschikking zullen worden gesteld van de gemeente om baat of niet, is doorslaggevend voor de vraag of de Richtlijn Werken van toepassing is.

Inmiddels is in de praktijk de tendens al merkbaar – zeker na de uitspraak van het Hof Den Haag – dat bij het aangaan van dergelijke joint ventures de gemeente als plicht aan de joint venture en/of aan de

14 Zie ook de brochure van het Kenniscentrum PPS, 'PPS en Aanbesteden', waarin mr. J.G.J. Janssen al deze mogelijke strijd tussen Onteigeningswet en aanbesteden signaleerde.

15 Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie EG hebben de nationale rechters de plicht om bepalingen van nationaal recht 'zo veel mogelijk' uit te leggen op een manier dat de rechten die uit het Europese recht voortvloeien, optimaal worden gewaarborgd.

16 Zie een soortgelijke richtlijnconforme interpretatie in Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 7 december 2000, zaak C-324/98, Telaustria verlags GmbH/Telecom Austria AG, NJ 2001/387, waarin het hof oordeelde dat een bepaalde overeenkomst weliswaar niet aanbestedingsplichtig was onder de vigeur van de Richtlijn Diensten, 'de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen. Immers, zoals het hof in zijn arrest van 18 november 1999, Unifon Scandinavia en 3-S (C-275/98, Jurispr. blz. I-8291, punt 31) heeft verklaard, houdt dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie in, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen, of het wordt nageleefd. Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst'.

Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid

private partijen oplegt de in het project te realiseren publieke werken met inachtneming van het Europese aanbestedingsrecht namens de gemeente aan te besteden. Deze neiging zal alleen maar toenemen na het Scala-arrest, waarin het hof zelf ook aangeeft dat een dergelijke doorlegging van de aanbestedingsplicht mogelijk is onder verwijzing naar de regeling voor concessies in artikel 3 lid 4 van de Richtlijn Werken.¹⁷ Dit betekent dat niet de aanbestedende dienst zelf maar de grondeigenaar de aanbesteding vorm geeft en deze namens de gemeente, doch voor eigen rekening en risico, dient uit te voeren. Voor bouwbedrijven die grondposities hebben genomen in een bepaald plangebied om in de toekomst bouwvolume te kunnen realiseren, zal een dergelijke oplossing vaak niet aantrekkelijk zijn. Deze bouwbedrijven zullen immers niet zelf kunnen meedoen aan een aanbestedingsprocedure die zij namens de gemeente organiseren.

Conclusies

Met de in dit artikel behandelde zaken is de positie van de gemeente die een actief grondbeleid wil voeren aanzienlijk verstevigd. Het beginsel van zelfrealisatie lijkt door deze uitspraken in de meeste gevallen afgeschaft. Voorzover het betrekking heeft op publieke werken die voldoen aan de definitie van artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken is dat vrijwel altijd het geval.

De Europese beginselen van vrij verkeer van diensten en een vrije concurrentie ten aanzien van over-

heidsopdrachten worden door een steeds verdergaande wijze van richtlijnconforme interpretatie doorgevoerd in de nationale omstandigheden en wetgevingen. We zullen moeten wachten op volgende arresten van het Hof van Justitie EG om met zekerheid de reikwijdte van de Scala-zaak te kunnen duiden. Het is nog maar de vraag of de ingezette weg zal worden vervolgd. Een weging van de verschillende beginselen van het gemeenschapsrecht zal uiteindelijk moeten uitwijzen of het aanbestedingsrecht inderdaad dat gewicht dient te krijgen als het hof daaraan in de Scala-zaak heeft toegekend.

De creatieve, risicoaanvaardende projectontwikkelaar die c.q. het bouwbedrijf dat voorheen nog grondposities innam in gebieden waarvan verwacht zou kunnen worden dat deze in de toekomst commercieel zouden worden ontwikkeld zal voorlopig op zijn neus kijken, indien blijkt dat binnen zijn grondgebied werken dienen te worden uitgevoerd als bedoeld in artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken.

Hoewel het innemen van dergelijke grondposities in vrije concurrentie plaatsvond, moet de projectontwikkelaar c.q. aannemer plaatsmaken voor zijn concurrenten, als de overheid besluit op het aangekochte perceel publieke werken te realiseren; dit is een gang van zaken die juist concurrentiebeperkend werkt. En dat is nou net niet wat de Commissie beoogde.

Mr. O.L. Andriess is advocaat bij **Norton Rose te Amsterdam**.

¹⁷ Zie rechtsoverweging 100 van het arrest: 'Deze mogelijkheid dat de voorschriften van de richtlijn inzake bekendmaking worden toegepast door andere personen dan de aanbestedende dienst, is in artikel 3, lid 4, van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld voor concessieovereenkomsten voor openbare werken'.