

Nieuwe uitspraak Hof van Justitie over aanbestedingsrecht en gebiedsontwikkeling!



Op 25 maart 2010 heeft het Hof van Justitie wederom arrest gewezen over het aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling.¹ Het Hof introduceert het criterium 'rechtstreeks economisch belang'. Verder worden de heersende algemene opvattingen bij gebiedsontwikkeling in grote lijnen bevestigd.

1. De feiten

De Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (hierna: 'de Bundesanstalt') is een Duitse overheidsinstelling voor het beheer van openbaar onroerend goed. Zij was eigenaar van de Wittekind-kazerne te Wildeshausen, zijnde een terrein van ongeveer 24 hectare.

In 2006 maakte de Bundesanstalt via internet en pers bekend de Wittekind-kazerne te willen verkopen. Helmut Müller, een vastgoedonderneming, deed op 2 november een bod van € 4 miljoen met de voorwaarde dat het gebied planologisch overeenkomstig haar concept werd ingericht. Dit bod is niet geaccepteerd.

In 2007 werd de kazerne herbestemd en schreef de Bundesanstalt een aanbesteding uit met het doel dit onroerend goed zo snel mogelijk te verkopen in de staat waarin het zich bevond. Het bod van Helmut Müller kwam (uiteindelijk) neer op een bedrag van € 1 miljoen. Het bod van de vastgoedonderneming (kort gezegd) GSSI kwam neer op een bedrag van € 2,5 miljoen.

De waarde van de kazerne werd getaxeerd op een bedrag van € 2,33 miljoen.

Om stedenbouwkundige redenen verkoos de Bundesanstalt het project van GSSI. Partijen kwamen overeen dat de gemeenteraad van Wildeshausen haar goedkeuring aan de overdracht moest geven.

Op 6 juni 2007 werd de verkoopovereenkomst tussen de Bundesanstalt en GSSI gesloten. Een dag later werd Helmut Müller hiervan op de hoogte gesteld.

Helmut Müller startte vervolgens een gerechtelijke procedure bij de Duitse rechter en stelde dat er sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht die niet volgens de juiste wijze was aanbesteed. De vordering werd in eerste instantie afgewezen. In hoger beroep leek de rechter het standpunt van Helmut Müller te willen volgen, maar

stelde alvorens daartoe over te gaan de volgende negen zogenaamde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie:

'1) Is een constitutief vereiste voor een overheidsopdracht voor werken dat het uit te voeren werk fysiek of materieel ten behoeve van de aanbestedende dienst wordt verkregen en hem rechtstreeks economisch voordeel oplevert?

2) Indien volgens de definitie van overheidsopdracht voor werken het aspect van een verkrijging niet mag ontbreken: kan dan worden uitgegaan van een verkrijging, indien het voorgenomen werk voor de aanbestedende dienst een bepaalde publieke bestemming (bijvoorbeeld de stedenbouwkundige ontwikkeling van een bepaalde wijk) vervult en de aanbestedende dienst op grond van de opdracht over de juridische bevoegdheid beschikt ervoor te zorgen dat de publieke bestemming wordt gerealiseerd en het werk daarvoor in de toekomst ter beschikking staat?

3) Vereist het begrip overheidsopdracht voor werken volgens de eerste en de tweede variant van artikel 1, lid 2, sub b van richtlijn [2004/18], dat de aannemer direct of indirect verplicht is het werk uit te voeren? Dient het in voorkomend geval te gaan om een afdwingbare verplichting?

4) Vereist het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken volgens de derde variant van artikel 1, lid 2, sub b van richtlijn [2004/18], dat de aannemer tot de uitvoering van bouwwerken verplicht is of dat de uitvoering van dergelijke werken behoort tot het voorwerp van de opdracht?

5) Vallen opdrachten die, door middel van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, beogen te waarborgen dat het uit te voeren werk voor een bepaalde publieke bestemming ter beschikking staat, en waarbij tegelijkertijd aan de aanbestedende dienst (krachtens contractuele afspraak) de juridische bevoegdheid wordt verleend om (in indirect eigen belang) ervoor te zorgen dat het werk voor de publieke bestemming beschikbaar is, onder het begrip overheidsopdracht voor werken in de zin van de derde variant van artikel 1, lid 2, sub b van richtlijn [2004/18]?

6) Is aan de voorwaarden van het begrip 'de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' in de zin van artikel 1, lid 2, sub b van richtlijn [2004/18] voldaan, indien het werk wordt uitgevoerd overeenkomstig door de aanbestedende dienst onderzochte en goedgekeurde plannen?

* Mr. T. van Wijk is advocaat bij Dirkszwaiger advocaten & notarissen te Nijmegen.

1. HvJ 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*).

7) Dient ervan te worden uitgegaan dat er geen sprake is van een concessieovereenkomst voor openbare werken, indien de concessiehouder eigenaar is of wordt van de grond waarop het werk dient te worden gerealiseerd, of indien de concessie voor onbepaalde tijd wordt verleend?

8) Dient richtlijn [2004/18] ook te worden toegepast – met als rechtsgevolg een aanbestedingsplicht voor de aanbestedende dienst –, wanneer de verkoop van een grondperceel door een derde en de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken niet tegelijkertijd plaatsvinden en de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken ten tijde van de sluiting van de verkooptransactie nog niet was verleend, maar de aanbestedende dienst op dat moment wel de bedoeling had om een dergelijke opdracht te verlenen?

9) Dienen de van elkaar onderscheiden, maar met elkaar samenhangende handelingen – verkoop van grond en plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken – in aanbestedingsrechtelijk opzicht als een eenheid te worden beschouwd, indien ten tijde van de sluiting van de verkoopovereenkomst de bedoeling bestond om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken te verlenen en de betrokkenen de overeenkomsten bewust aan elkaar hebben gekoppeld wat betreft het voorwerp, maar eventueel ook naar de tijd?

Het Hof van Justitie heeft enkele van deze vragen gezamenlijk beantwoord. Deze (samengevoegde) antwoorden worden hierna behandeld.

2. Geen aanbestedingsplicht indien geen rechtstreeks economisch belang

Bij de beantwoording van de eerste twee vragen maakt het Hof van Justitie (nogmaals) duidelijk dat de enkele grondverkoop (door de Bundesanstalt) niet aanbestedingsplichtig is. De vervolgvraag is dan of de betrekkingen tussen de Gemeente Wildeshausen en IGGS als een overheidsopdracht voor werken kwalificeren.

Het Hof van Justitie oordeelt dat van een overheidsopdracht voor werken eerst sprake kan zijn als deze werken in het *rechtstreekse economische belang* van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd.

Van een rechtstreeks economisch belang is volgens het Hof van Justitie sprake indien de aanbestedende dienst, als eigenaar dan wel krachtens overeenkomst, de beschikking over de werken krijgt.

Verder kan het economisch belang liggen ‘in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico’s die hij loopt bij economische mislukking van het werk’.

Onder een rechtstreeks economisch belang moet echter niet worden verstaan de uitoefening door een aanbestedende dienst van de ‘gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’.

Het Hof van Justitie komt tot de slotsom dat ook indien de werken niet ten behoeve van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd, er (toch) sprake kan zijn van een (aangebestedingsplichtige) overheidsopdracht voor werken indien de werken in het rechtstreekse economische belang van deze dienst worden uitgevoerd.

3. Zonder bouwplicht geen aanbestedingsplicht

Op de derde en vierde vraag antwoordt het Hof van Justitie dat het begrip overheidsopdracht voor werken vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt de werken uit te voeren en dat deze uitvoering in rechte kan worden afgedwongen.

4. Geen aanbestedingsplicht bij uitoefening regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw

In de vijfde en zesde vraag komt aan de orde wanneer sprake is van ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’ als element van het begrip overheidsopdracht voor werken.

Het Hof van Justitie stelt allereerst vast dat de Gemeente Wildeshausen geen bestek met eisen heeft vastgesteld. De gemeente zou zich alleen bereid hebben verklaard het conceptplan van GSSI te onderzoeken en een procedure voor de opstelling van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten. Dit is volgens het Hof van Justitie onvoldoende om te spreken van een ‘werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’.

Het Hof oordeelt dat een aanbestedende dienst dergelijke eisen (pas) stelt als hij ‘maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen’.

De ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’ kunnen derhalve niet bestaan in ‘het enkele feit dat een overheidsdienst een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’.

5. Concessieovereenkomst uitgesloten indien de wederpartij grondeigenaar is

Naast een (aangebestedingsplichtige) ‘overheidsopdracht voor werken’ kent het aanbestedingsrecht een (aangebestedingsplichtige) ‘concessieovereenkomst voor openbare werken’. Grote verschil tussen deze overeenkomsten is dat bij een concessie het exploitatierisico bij de wederpartij ligt.

In het kader van de zevende vraag overweegt het Hof van Justitie dat als een marktpartij eigenaar is van een stuk grond, het eventuele recht om een bepaald werk te realiseren en exploiteren reeds voortvloeit uit dit eigendomsrecht. Van een verstrekking van een concessie voor openbare werken kan alsdan geen sprake zijn. Het Hof acht in het onderhavige geding (dus) een concessieovereenkomst voor openbare werken uitgesloten.

Interessant is nog de overweging van het Hof dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat een concessie-

duur voor onbepaalde tijd in strijd is met het Europees recht.

6. Mogelijkheid om grondverkoop en latere gunning van een opdracht als eenheid te beschouwen

Met de achtste vraag wenst de Duitse rechter te vernemen of er sprake kan zijn van een aanbestedingsplicht als een overheidsinstantie een stuk grond aan een onderneming verkoopt terwijl een andere overheidsinstantie voornemens is een overheidsopdracht voor werken op deze grond te plaatsen, hoewel deze laatste nog niet formeel tot de aanbesteding ervan heeft besloten. De negende vraag betreft de mogelijkheid om de verkoop van de grond en de latere gunning van een opdracht voor werken juridisch als een eenheid te beschouwen.

Het Hof van Justitie sluit niet uit dat beide vragen onder omstandigheden bevestigend kunnen worden beantwoord. Deze omstandigheden doen zich hier echter niet voor. Volgens het Hof van Justitie is namelijk uitgesloten dat hier op de Gemeente Wildeshausen een aanbestedingsplicht rust(te), omdat (i) partijen geen juridisch bindende verbintenissen zijn aangegaan, (ii) GSSI niet verplicht is om tot realisatie van het project over te gaan en (iii) de notariële verkoopakten niet wijzen op de op til zijnde plaatsing van een overheidsopdracht voor werken.

7. Commentaar

Het Hof van Justitie heeft een belangwekkend arrest gewezen dat in principe de huidige Nederlandse praktijk bij gebiedsontwikkeling ondersteunt.²

Nieuw is het criterium dat ingeval de aanbestedende dienst niet de beschikking krijgt over het te realiseren werk (en er evenmin voor betaalt), er (toch) sprake kan zijn van een (aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht voor werken, zolang het werk in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst wordt uitgevoerd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de aanbestedende dienst risicodragend participeert (vergelijk de zaak Roanne).³

Voorstanders van een (te) functionele uitleg van het aanbestedingsrecht stellen zich mogelijk op het standpunt dat een als gevolg van een gebiedsontwikkeling te verwachten verhoging van de OZB-inkomsten (ook) een economisch belang zijdens de gemeente oplevert. Dit gaat mij echter te ver. Het Hof van Justitie volgt met deze uitspraak namelijk (grotendeels) de conclusie van A-G Mengozzi. Mengozzi concludeert dat een ‘uitsluitend “functionele” uitlegging van de richtlijn, waarbij alleen rekening wordt gehouden met de wezenlijke doelstellingen daarvan, niet [kan] worden aanvaard’. Als voorbeeld noemt Mengozzi de onaanvaardbare situatie dat reeds een aanbestedingsplicht zou ontstaan ingeval een overheid een waardevermeerdering van een stuk grond bewerkstel-

ligt door daarop (via publiekrechtelijk weg) bouwactiviteiten toe te staan. In lijn daarmee meen ik dat uitsluitend een te verwachten stijging van de OZB-inkomsten geen rechtstreeks economisch belang zijdens een gemeente en daarmee een aanbestedingsplicht kan opleveren.

Verder staat met deze uitspraak vast dat van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken géén sprake is indien de betrokkenheid van de aanbestedende dienst niet verder gaat dan zijn ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’. De beoordeling van een aanbestedingsplicht bij een gebiedsontwikkeling zal hierdoor in de praktijk veelal neerkomen op de beantwoording van de vraag of de betrokkenheid van een gemeente verder gaat dan haar regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw.

Het Hof heeft overwogen dat tot de gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw niet behoort ‘het ontvangen van een contractuele prestatie of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst’. Contractuele eisen zijn daarmee naar mijn mening niet per definitie uit ten boze. Voor zover deze contractuele eisen voortvloeien uit publiekrechtelijke bevoegdheden en/of feitelijk neerkomen op het via privaatrechtelijke weg bereiken van hetgeen ook via publiekrechtelijke weg zou kunnen worden bereikt, kan mijns inziens (nog steeds) niet gesproken worden van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken.⁴

Interessant is ten slotte de overweging dat bij grondeigendom geen sprake kan zijn van een concessieovereenkomst. Het Hof van Justitie zet hiermee een streep door de ruime uitleg die de Europese Commissie op dit punt hanteert in haar ingebrekestellingen inzake (bijvoorbeeld) Vathorst en Eindhoven.

2. De praktijk zoals neergelegd althans geadviseerd in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009 (Ministerie van VROM, *Reiswijzer gebiedsontwikkeling 2009; een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden*, <www.vrom.nl>). Zie ook A.G. Bregman, ‘Goed nieuws voor Nederlandse praktijk gebiedsontwikkeling’, *Cobouw* 2 april 2010.

3. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Jean Auroux e.a./Commune de Roanne*).

4. Vergelijk *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009*, paragraaf 6.3.8.