

Actualiteit projectontwikkeling en aanbestedingsrecht

Na het verschijnen van de nieuwe 'Reiswijzer' (zie Tender Nieuwsbrief nr. 1 van 2010) heeft recent op het - immer weerbarstig - vlak van 'projectontwikkeling en aanbesteding' een tweetal ontwikkelingen plaatsgevonden dat de aandacht verdient. In dit artikel een korte uiteenzetting van deze actualiteiten.

Europese Commissie: Doornakkers Centrum

Op 8 oktober 2009 heeft de Europese Commissie het project 'Doornakkers Centrum' te Eindhoven aangegrepen om, na Vathorst, stelling te nemen jegens Nederland voor wat betreft het niet Europees aanbesteden van een project waarbij de Gemeente grond had verkocht aan een ontwikkelaar om daarop bouwprojecten te realiseren.

Opmerkelijk is ten minste het feit dat de kwestie Vathorst, na een viertal jaren en veel geharrewar en onzekerheid, uiteindelijk door de Commissie werd afgesloten in het voorjaar van 2009, terwijl enige maanden later - oktober 2009 - een vergelijkbare kwestie (grondverkoop, bestemd voor een bouwproject) weer wordt opgepakt om wederom stelling te nemen.

Evenals in de kwestie-Vathorst gaat het - klaarblijkelijk, de beschikbare informatie is summier - om een grondverkoop aan een particuliere ontwikkelaar die op deze percelen woningen en/of andere projecten, geheel voor eigen rekening en risico, realiseert.

Anders dan destijds de kwestie-Vathorst, lijkt deze zaak in ieder geval voor minder opschudding te hebben gezorgd. Met de be- en afhandeling van deze zaak kunnen wederom de nodige jaren gemoed zijn. Niet onbelangrijk hierbij lijkt de uitkomst van de hierna genoemde zaak Müller te zijn.

Conclusie AG Mengozzi inzake Müller

Op 17 november 2009 heeft Advocaat-Generaal Mengozzi in de zaak Muller (C-451/08) in zijn conclusie het HvJ EG geadviseerd hoe naar zijn oordeel vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief dient te worden omgegaan met de kwestie die voorlag in deze zaak.

In de zaak Müller verkocht een overheidsinstelling een perceel grond aan de particuliere bieder die een 'prijsvraag' had gewonnen, omdat zijn bieding het meest interessant en waardevol was. Müller had ook ingeschreven, was het dus niet geworden en betoogde vervolgens achteraf dat

deze verkoop overeenkomstig de regelen van het aanbestedingsrecht had moeten plaatsvinden. De AG heeft derhalve ruimschoots gelegenheid om zich te buigen over de vraag of, en zo ja in welke mate, grondverkoop, al dan niet met het oog op de realisatie van een bouwproject, worden beheerst door het aanbestedingsrecht. De conclusie is zeer uitgebreid en gaat in op een 9-tal vragen. In dit artikel zal uitsluitend (beknopt) worden ingegaan op verschillende vragen die specifiek gaan over de vraag in hoeverre het aanbestedingsrecht in dergelijke gevallen van toepassing is.

Vooropgesteld: de 'gewone' koop/verkoop van reeds bestaande zaken is uitdrukkelijk uitgesloten van Richtlijn 2004/18. Dat is één. Maar dan. De AG stelt dat de op de grond te realiseren werken niet per se door de overheid aangekocht moeten worden (zoals o.a. Duitsland had betoogd) wil Richtlijn 2004/18 van toepassing zijn. Volgens de AG moet er een 'solide rechtstreeks verband' bestaan tussen de overheid en de uit te voeren werkzaamheden. Voorwaar een nogal onduidelijke kwalificatie die de AG nader invult.

Naast de verwerving van het project door de overheid, kan dat verband er naar zijn oordeel ook in bestaan dat de overheid publieke middelen inzet, bijvoorbeeld door grond onder de marktwaarde te verkopen.

Dat verband kan er voorts in bestaan wanneer de te realiseren werken het resultaat van een initiatief van de overheid zijn. Indien deze door de AG benoemde voorwaarde juist is, zou dit betekenen dat in wezen (zo goed als) iedere projectontwikkeling Europees aanbesteed moet worden. Immers, een reguliere ontwikkeling zal normaliter het gevolg zijn van een overheidsinitiatief. Wat nu nog een prijsvraag wordt genoemd, zal dan 'omgezet' moeten worden naar een selectie conform de (strikte) Europese aanbestedingsregels. Evenwel volgt in het betoog van de AG nog een aantal preciseringen op dit punt. Eén precisering betreft de omstandigheid dat het louter

uitoefenen van publiekrechtelijke bevoegdheden onvoldoende is om tot genoemd verband te concluderen. Een dergelijke nuancering treffen wij ook aan in de 'Reiswijzer'.

Voorts, zo lezen wij verderop in de conclusie van de AG, wordt ingegaan op de vraag of het Europese aanbestedingsrecht al dan niet van toepassing is; van belang is of er wel of niet een bouwplicht aanwezig is voor de particuliere ontwikkelaar. De AG concludeert dat dit het geval dient te zijn. Of, anders gesteld: indien de particulier géén bouwverplichting heeft, is in zijn optiek géén sprake van een Europese aanbestedingsverplichting. Een wezenlijk punt. De vraag die vervolgens rijst, is wat dit betekent voor de in de praktijk veel voorkomende voorwaardelijke bouwverplichting, dat wil zeggen: de afspraak dat de ontwikkelaar eerst en uitsluitend dient te bouwen indien ten minste (bijvoorbeeld) 70% van de woningen is (voor)verkocht. Is een dergelijke, in feite voorwaardelijke, bouwverplichting nu wél of niet een bouwverplichting? Zo ja: dan is, mits aan de andere voorwaarden is voldaan, sprake van een Europese aanbestedingsverplichting. Zo neen: dan is reeds om deze reden geen sprake van een Europese aanbestedingsplicht.

Met nadruk wordt gesteld dat dit 'slechts' de conclusie van de AG is. Het HvJ EG is daar niet aan gebonden. Evenwel neemt het HvJ EG doorgaans de conclusies van de AG over. Ongeacht wat het HvJ EG zal oordelen: in feite is dit de eerste mogelijkheid voor het HvJ EG om haar oordeel uit te spreken over een (min of meer) reguliere kwestie zoals die regelmatig in de praktijk voorkomt, namelijk grondverkoop, gevolgd door de realisatie van een bouwproject. Deze uitspraak zal derhalve, naar zich thans laat aanzien, waarschijnlijk richtinggevend zijn voor toekomstige ontwikkelingen.

Tot slot

Een tweetal wederom interessante ontwikkelingen. Met name de zaak Müller zou wel eens het broodnodige antwoord kunnen verschaffen op de vraag hoe het Europese aanbestedingsrecht

vervolg van pagina 3>

zich verhoudt tot projectontwikkelingen. Tot nu toe was dat, tot op zekere hoogte, speculatief vanwege het ontbreken van representatieve rechtspraak op dit punt. Weliswaar waren er verschillende zaken die betrekking hadden op

projectontwikkeling - zoals Scala Milaan en Roanne/Auroux - maar geen daarvan was representatief te noemen. Wellicht is bij het ter perse gaan van dit nummer de uitspraak van het HvJ EG in de zaak Müller voorhanden. Zo dat niet

het geval; het zal dan vast niet lang meer duren. Menigeen zal naar deze uitspraak uitzien.

Robbert D. Luteijn
Lexecon