

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Bude
AT Osborne by, Baarn

mr. R.D. Luteijn

Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent

Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters

Bartels-Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten,
s Hertogenbosch

mr. D. Waterman

Stichting Regionaal Inkoopbureau IJmond en
Kennemerland (RIJK)

mr. A.W. van Wijngaarden

International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger

e-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Bart Voorhuis

tel.: (020) 515 9178

Abonnementen:

Abonnementen: € 144,94 p.j. (incl. BTW)

Losse nummers: € 15 (incl. BTW)

Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen. Abonnementen lopen automatisch door, tenzij uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze klantenservice wordt opgezegd via telefoonnummer 0314-358358

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:

Klantenservice, tel.: 0314-358358

e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Inkoop en Aanbesteden van Reed Business by.

De Nederlandse Vereniging voor

Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business by en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business by, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

uitgeversverband
groep uitgeverij voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van

Reed Business by

Amsterdam

© 2009

ISSN 1384-2838

DE ZAAK

De zaak Voerendaal

Recent heeft de Rechtbank Maastricht uitspraak gedaan over de vraag of een gebiedsontwikkeling al dan niet een krachtens het BAO aan te besteden opdracht betrof.¹ Een uitspraak die thuishoort in het rijtje Vathorst en Noordwijk en, wat verder terug in de tijd, Bleiswijk, Den Haag en Kampen. Tijd voor een analyse.

Feiten

De Gemeente Voerendaal wilde het gebied 'Dammerich' ontwikkelen. De Gemeente was eigenaar van een deel van de grond, andere delen waren in particulier bezit. De Gemeente had hiertoe een ontwikkelingscompetitie uitgeschreven waarbij aan partijen werd gevraagd hun planvisie te presenteren. De Gemeente was van oordeel dat het BAO niet van toepassing was. Via een tweestapsprocedure - van acht naar drie en vervolgens naar één partij - zou met de winnende partij een intentieovereenkomst worden gesloten. Op basis van deze overeenkomst zou het winnende plan worden uitgewerkt, waarna partijen een samenwerkingsovereenkomst zouden sluiten. Men mag aannemen dat de samenwerkingsovereenkomst - dan wel een opvolgende realisatieovereenkomst - de winnende partij zou verplichten tot realisatie.

Eiseres - niet bij name genoemd - had zich aangemeld voor de competitie en heeft haar planvisie gepresenteerd. Eiseres wordt op enig moment van verdere deelname uitgesloten door de Gemeente omdat zij naar het oordeel van de Gemeente niet voldoet aan de financiële risico-eisen en onduidelijk is met betrekking tot mogelijke samenwerkingsverbanden.

Eiseres kan zich in deze afwijzing niet vinden en spant een kort geding aan. De stellingen van eiseres houden met name in: (a) dat de onderhavige competitie een aanbestedingsplichtige opdracht betreft die conform het BAO had behoren te worden aanbesteed en (b) dat zij, eiseres, op onterechte gronden is uitgesloten. De sub (b) genoemde stelling wordt in dit artikel niet besproken vanwege de casuïstiek. De aandacht richt zich op de vraag of sprake is van een BAO-aanbestedingsplichtige opdracht.

Rechtbank Maastricht

De Rechtbank te Maastricht verwerpt de argumentatie van eiseres en wijst bijgevolg haar vorderingen af: naar het oordeel van de Rechtbank

is géén sprake van een conform het BAO aan te besteden opdracht. Alhoewel de overwegingen wel vragen oproepen, zijn zij wel herkenbaar en hanteerbaar.

Als eerste stelt de Rechtbank Maastricht dat sprake is van het ontwikkelen van een planvisie en niet van het realiseren van een (bouw)werk. Als dat de reden zou zijn geweest om de vorderingen af te wijzen, dan had de Rechtbank uiteraard kunnen volstaan met deze overweging. Evenwel overweegt de Rechtbank Maastricht vervolgens dat het in casu gaat om een loutere grondverkoop, waarbij de Gemeente Voerendaal geen enkel risico draagt, anders dan - zo stelt de Rechtbank - in de zaak Roanne/Auroux². Het feit dat de Gemeente het initiatief neemt tot deze gebiedsontwikkeling doet hier ook niet aan af, temeer niet nu een gemeente bij iedere gebiedsontwikkeling reeds vanuit haar publiek(rechtelijk)e rol betrokken is. Last but not least merkt de Rechtbank nog op dat nergens is gebleken dat, na realisatie, de winnende partij de infrastructuur om niet aan de Gemeente zal overdragen. Alles bijeen voldoende redenen voor de Rechtbank om te concluderen dat in dit geval géén sprake is van een conform het BAO aan te besteden opdracht.

Commentaar

De eerste overweging - er is slechts sprake van het maken van een plan(visie) en (nog) niet van het realiseren van een werk - oogt wat merkwaardig. Immers, via een aantal stappen - van intentie via samenwerking tot realisatie - was het wél de bedoeling dat de partij die deze ontwikkelingscompetitie winnend zou afsluiten, uiteindelijk ook de realisatie voor zijn rekening zou nemen, zonder dat daarvoor nog een nieuwe, krachtens het BAO uit te voeren, aanbestedingsprocedure aan de orde zou zijn.

De volgende overweging van de Rechtbank is interessant: er is sprake van louter grondverkoop, waarbij de Gemeente geen enkel risico draagt - en passant naar Roanne/Auroux

verwijzend. Voor degenen die zich steeds op het standpunt hebben gesteld dat de kwestie Roanne/Auroux een a-typische kwestie was (en is) - gegeven het feit dat de Gemeente daar (indirect) het volledige projectontwikkelingsrisico droeg - moet dit als muziek in de oren klinken. Klaarblijkelijk is het risicocriterium voor de Rechtbank zeer wezenlijk. Ofwel: zou de Gemeente wél risico hebben gelopen, dan was de uitkomst mogelijk anders geweest. Interessant punt is natuurlijk dat niet geheel valt uit te sluiten dat op termijn de Gemeente toch enig risico zal lopen. Het samenwerkingsproces is immers langdurig, waarbij de financiële haalbaarheid nog dient te worden uitgewerkt. Het is niet ongebruikelijk en derhalve ook niet volledig uit te sluiten dat gaandeweg dit proces de Gemeente toch enige concessie doet op dit punt.

Ook voor degenen die de stellingname van de Europese Commissie in de Vathorst-kwestie³ steeds hebben bestreden, klinkt deze overweging als muziek in de oren. De Commissie heeft zich immers steeds op het standpunt gesteld dat de verkoop van grond om daar woningen op te (doen) realiseren, een aanbestedingsplichtige opdracht was, ook al ligt het financiële risico bij de projectontwikkelaar. De omstandigheid dat de projectontwikkelaar door zijn verkopen inkomsten kon genereren was voor de Commissie voldoende om tot aanbesteding te concluderen. De Rechtbank Maastricht ziet dat, klaarblijkelijk, niet zo. Het feit dat de partij die deze competitie wint te zijner tijd via verkoop of verhuur inkomsten kan genereren is immers geen enkel punt van overweging.

Een ander aspect dat aandacht verdient, is de grondwaarde. Uit de aanbestedingsdocumentatie volgt dat de Gemeente ten minste 3,1 miljoen euro wenste te ontvangen uit de grondverkoop. Uit het vonnis kan nergens worden afgeleid of deze prijs marktconform is (idem overigens het tegendeel). Nu was genoemd bedrag natuurlijk een minimumprijs, maar niemand kan voorzien welke prijs de winnende partij uiteindelijk zal gaan betalen. Dit is immers de resultante van een langdurig samenwerkingsproces, waarbij niet op voorhand uitgesloten kan worden dat de Gemeente enig water bij de wijn doet, bijvoorbeeld om bepaalde 'extra's' te kunnen realiseren (met name nu het ging om een totaalzorgconcept). Of, anders gezegd: dan zou de uitkomst misschien anders zijn uitgevallen - á la Noordwijk - in welke zaak de Rechtbank Den Haag diametraal

anders concludeerde dan in deze zaak. Ter herinnering: in Noordwijk werd de grond onder de marktwaarde verkocht.

De overweging voor wat betreft de publieke rol van de Gemeente is ook interessant. Na Roanne/Auroux is door menig jurist gesteld dat indien sprake is van grondverkoop tegen marktwaarde, zonder risico voor de overheid en waarbij de overheid louter eisen stelt die stoeien op publiekrechtelijke regelgeving, géén sprake is van een conform het BAO aan te besteden opdracht. Weliswaar is de Rechtbank Maastricht niet zo expliciet, maar haar overweging duidt wel in deze richting. De vraag die opkomt, is of de uitkomst anders zou zijn geweest als de Gemeente niet louter een publieke rol had bedongen, maar zich in ver(der)gaande zin - door middel van privaatrechtelijke voorwaarden - met uitwerking en realisatie zou hebben bemoeid (hetgeen, gegeven het voortschrijdend planproces, denkbaar is). Alhoewel het onderscheid publiek-privaat voor de praktijk een werkbaar handvat is, is het natuurlijk arbitrair. Welke mate van private bemoeienis door de Gemeente is voldoende om te concluderen tot een BAO-plichtige opdracht? Bovendien: wat in Nederland publiekrechtelijk geregeld is, kan in andere landen een privaatrechtelijke aangelegenheid zijn - en vice versa.

Ook de laatste strohalm van eiseres - de realisatie van de infrastructuur - vindt geen gehoor bij de Rechtbank. Eiseres zal ongetwijfeld bedacht hebben dat de discussie over de vraag of gebiedsontwikkelingen wel of niet aanbestedingsplichtig zijn, een weerbarstige is. Als echter vastgesteld kon worden dat de winnende partij de infrastructuur zou realiseren, dan zou de Rechtbank op basis van de uitspraak inzake Mortiere⁴ normaliter hebben moeten concluderen dat sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Uit de stukken bleek echter niet dat dit het geval zou zijn - dit zal vast een

onderwerp van gesprek worden in de uitwerking - zodat de Rechtbank hier vlot kortemeten mee kon maken.

Tot slot

Inmiddels is er voor wat betreft de vraag of gebieds- of projectontwikkelingen conform het BAO aanbesteed dienen te worden een aantal uitspraken gedaan door lagere rechters: Bleiswijk⁵, Den Haag (ProVeres)⁶, Kampen (Polderpoort)⁷, Noordwijk (De Raad)⁸ en thans Voerendaal. Met uitzondering van Noordwijk oordeelde de betreffende rechterlijke instantie steeds dat in de betreffende gevallen géén sprake was van een opdracht die conform het BAO had behoren te worden aanbesteed. Nu is het natuurlijk zo dat ieder geval weer anders is en derhalve niet in alle opzichten volledig vergelijkbaar, terwijl ook de rechterlijke overwegingen in de diverse zaken verschillend waren. Desalniettemin zou men in voetbaltermen over de stand 4-1 (of, zo men wil inclusief Vathorst: 4½-1½) kunnen spreken - en met de recente uitspraak Voorst in de hand over 5-1⁹. Het doet in ieder geval eens te meer vermoeden dat Noordwijk een bijzonder en a-typisch geval was, terwijl de praktijk weer extra houvast heeft.

Mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

Noten

1. Rechtbank Maastricht 4 juni 2009. Zie www.rechtspraak.nl. LJN BI6328.
2. HvJEG 18.1.2007 (C-220/05).
3. Vgl. o.a. Tender Nieuwsbrief 2009, nr. 6.
4. Hof Den Haag 31.1.2001 (LJN AB0451).
5. Rb. Rotterdam 4.8.2006 (gewezen vóór Roanne/Auroux) (LJN AY6632).
6. Rb. Den Haag 27.2.2007 (LJN BB3794).
7. Hof Arnhem 25.9.2007 (LJN BB8609).
8. Rb. Den Haag 24.9.2008 (LJN BF 4232).
9. Hof Arnhem 2.6.2009 (LJN BB5616).

Feitenonderzoek naar voorwaarden aanbestedingspraktijk

Op 30 september is het rapport verschenen naar aanleiding van het feitenonderzoek dat bureau Berenschot heeft uitgevoerd op verzoek van de Directie Europa, Mededinging en Consumenten van het Ministerie van Economische Zaken. Dit onderzoek naar de voorwaarden die door aanbestedende diensten aan ondernemers in de aanbestedingspraktijk worden gesteld, kan worden gezien als een aanvulling op en actualisering van de onderzoeken 'Waarom vraagt u dat' en

'Inkopen onder de aanbestedingsgrens' uit 2007. Het rapport geeft een goed beeld van de praktijk: de gestelde eisen, de gehanteerde termijnen, de aard van de gekozen procedures en de mate van administratieve belasting worden inzichtelijk gepresenteerd.

Zie voor het volledige onderzoek: <http://www.piano.nl/dsresource?objectid=24768&type=pdf>

Bron: PIANO