

COLOFON

Redactie:

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

mr. R. D. Luteijn
Lexecon by, 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
werkzaam bij Stichting Regionaal Inkoopbureau
IJmond en Kennemerland (RIJK)

ir. H. L. J. M. Wijnen
PIANO, Den Haag

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: € 155 p.j. (incl. BTW)
Losse nummers: € 22,50 (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.: 0314-358 358
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 bv.

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 bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv,
Amsterdam
© 2010
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

De zaak Müller

Op 25 maart jl. wees het HvJ EU arrest in de zaak Muller.¹ Voorafgaand aan de uitspraak lag de vraag op tafel of met dit arrest eindelijk definitieve duidelijkheid zou worden geschapen ten aanzien van de vraag in welke gevallen projectontwikkelingen Europees zouden moeten worden aanbesteed. De uitspraak verschaft op de nodige punten helderheid, maar roept ook nog vragen op. Een uiteenzetting.²

Feiten

Een overheidsentiteit - de 'Bundesanstalt' - was eigenaar van een perceel grond, gelegen in de Gemeente Wildeshausen. Deze gemeente besloot op enig moment om ten aanzien van dit perceel een onderzoek uit te voeren naar eventuele ontwikkelingsmogelijkheden, zulks met het oog op een eventuele herbestemming. Ondernemer Müller bracht daartoe een bod uit van 4 miljoen euro onder de voorwaarde van planologische wijziging conform haar plan. De gemeente accepteerde dit bod niet, maar voerde vervolgens een aanbesteding uit met als doel tot verkoop over te gaan van het perceel. Vervolgens werd wederom door Müller een bod uitgebracht, evenwel van 'slechts' 400.000 euro, hetwelk uiteindelijk door haar verhoogd werd tot 1 miljoen euro. GSSI, een andere onderneming, bracht een bod uit van 2,5 miljoen euro. Er waren voorts nog twee andere bidders. Het perceel was getaxeerd op 2,3 miljoen euro. De gemeente Wildeshausen onderzocht vervolgens de plannen van alle bidders. De gemeenteraad van Wildeshausen zag vervolgens het meest in het plan van GSSI, evenwel zonder een bindende toezegging te doen om de grond te herbestemmen conform het plan van GSSI. De Bundesanstalt verkocht daarna het perceel grond aan GSSI. Müller kon zich in deze gang van zaken niet vinden en startte een gerechtelijke procedure, daarbij onder meer stellende dat deze transactie Europees aanbesteed had moeten worden, bijgevolg waarvan de verkoop aan GSSI nietig was. In het kader van deze procedure werden negen prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJ EU.

Overheidsopdracht: 'een rechtstreeks economisch belang'

Het HvJ EU stelt voorop dat de loutere verkoop van een perceel grond niet Europees aanbestedingsplichtig is. Immers, aldus het HvJ EU, bij een dergelijke transactie is de overheid

verkoper en geen koper, terwijl evenmin sprake is van de uitvoering van een werk. Van een overheidsopdracht voor de uitvoering van een werk is sprake, aldus het HvJ EU, indien zulks voor de aanbestedende dienst 'een rechtstreeks economisch belang' inhoudt. Een term die uiteraard de nodige ruimte voor interpretatie laat, maar vervolgens wel op een aantal punten nader wordt ingevuld. Indien, aldus het HvJ EU, de overheid eigenaar wordt van het werk is sprake van genoemd belang. Idem indien de overheid 'krachtens een rechtstitel' over het werk kan beschikken. Alhoewel dit niet nader wordt gepreciseerd, dient men wellicht te denken aan een werk dat in opdracht van de overheid wordt gerealiseerd en waarbij de overheid langjarig huurt en door middel van de afdracht van huurpenningen de bouwkosten betaalt. Van een overheidsopdracht in voornoemde zin is tevens sprake indien de overheid risicodragend participeert of indien de overheid financieel heeft deelgenomen aan de verwezenlijking van het werk. Het HvJ EU verwijst hierbij naar de uitspraak inzake 'Roanne/Auroux'.³ In feite is het risicodragend participeren niets anders dan het, weliswaar indirect, zelf ontwikkelen en laten uitvoeren van een werk door de overheid, zij het dat in dat geval een vennootschap (waarin de overheid aandelen houdt) het werk laat uitvoeren. Tot zover is er eigenlijk niets nieuws aan de hand naar mijn mening. Vervolgens stelt het HvJ EU dat géén sprake is van 'een rechtstreeks economisch belang' voor de overheid (en bijgevolg dus ook géén sprake is van een overheidsopdracht) indien de overheid louter en uitsluitend gebruik maakt van haar stedenbouwkundige regulerende bevoegdheden. Die stellingname ligt in lijn met hetgeen in de Reiswijzer 2009 is verrat: indien de overheid uitsluitend haar publieke bevoegdheden uitoefent op stedenbouwkundig of ruimtelijke ordeningsgebied is géén sprake van een overheidsopdracht: er dient méér aan de hand te zijn.

Overheidsopdracht: bouwplicht

Wil van een overheidsopdracht voor een werk sprake kunnen zijn, dan dient het voorts zo te zijn dat de aannemer (beter gezegd: de contractuele wederpartij van de overheid) zich 'direct of indirect' verbindt het werk uit te voeren, terwijl zodanige verplichting ook in rechte afdwingbaar moet zijn.

Dit deel van de uitspraak roept naar mijn smaak nog wel enige vragen op, met name in het geval waarbij niet expliciet een bouwplicht is opgenomen in de overeenkomst. Is de loutere verwijzing naar een planning en een ontwerp, waarbij pas een bouwplicht ontstaat als voldaan is aan het hebben van een bouwvergunning en het hebben behaald van een bepaald voorverkooppercentage een 'directe of indirecte' verbintenis het werk uit te voeren? Of wat te denken van het geval waarbij de bouwplicht niet is afgehecht met het recht op nakoming en/of boetes, maar de overheid uitsluitend het recht zou geven de overeenkomst te ontbinden en, vervolgens, de reeds geleverde grond terug te vorderen?

Overigens ligt ook dit deel van de uitspraak van het HvJ EU in lijn met de Reiswijzer 2009.

Overheidsopdracht: eisen aan het werk

De terzake relevante definitie van een overheidsopdracht van een werk bepaalt dat sprake moet zijn van een werk 'dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' voldoet. Daarvan is sprake, aldus het HvJ EU, indien de overheid 'maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.' Zoals reeds werd gesteld is, aldus het HvJ EU, het uitsluitend uitoefenen door de overheid van haar publieke bevoegdheden onvoldoende om te concluderen tot een overheidsopdracht. Evenmin, aldus het HvJ EU, is het onderzoeken door de overheid van een aantal bouwplannen onvoldoende om tot een overheidsopdracht te concluderen.

Het voorgaande roept natuurlijk wel de vraag op: wanneer overschrijft de overheid dan wel 'de grens'? Of, anders gezegd: wanneer definieert de overheid het werk zodanig of wanneer is haar invloed zo beslissend dat gesteld kan worden dat wordt voldaan aan de definitie van een overheidsopdracht? Is daarvan reeds sprake als de overheid verder gaat dan het louter uitoefenen van haar publieke bevoegdheden? Of zit ook hier nog enige 'rek' in? Gegeven de wijze waarop het HvJ EU een en ander definieert, lijkt het erop dat de overheid, naast de uitoefening van haar

publieke taken, ook nog enige ruimte heeft om 'wat meer te doen'. Immers, 'het definiëren van de kenmerken van een werk' of 'het uitoefenen van een beslissende invloed' lijkt de overheid enige speelruimte te laten om, buiten haar publieke bevoegdheden om, nog wat 'extra' voorschriften te hanteren.

Eenzijds kan men stellen dat een dergelijke normering natuurlijk weer de vraag oproept wat wel respectievelijk niet 'binnen de grenzen' valt. Anderzijds kan men ook stellen dat deze definitie welkom is doordat hiermee wordt voorkomen dat per Europees land verschillen zouden ontstaan. Immers, per land zal de omvang van het wettelijke kader en de publieke bevoegdheden van de overheid verschillen. Het gevolg daarvan zou zijn dat per land de Europese aanbestedingsplicht gerelateerd zou zijn aan de omvang van de publieke bevoegdheden. Door deze toevoeging van het HvJ EU wordt in feite bewerkstelligd dat de norm voor ieder land gelijk is, evenwel met als kanttekening dat de gestelde norm niet scherp is af te bakenen.

Concessieovereenkomst

Tot slot besteedt het HvJ EU, naar aanleiding van de gestelde prejudiciële vragen, ook nog enige aandacht aan het begrip concessieovereenkomst. Het HvJ EU stelt vast dat indien een private partij eigenaar is van een perceel grond, deze (uiteraard) gerechtigd is dit perceel conform de wet te exploiteren en bijgevolg géén sprake kan zijn van een (aanbestedingsplichtige) werkenconcessie door de overheid, waar het HvJ EU vervolgens nog aan toevoegt dat aangenomen kan worden dat een concessieverlening door de overheid voor onbepaalde tijd strijdig is met het Europese recht.

Verkoop en opdrachtverlening

Als laatste komt nog de vraag aan de orde hoe vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief moet worden omgegaan met de situatie waarbij een (grond)verkooptransactie gescheiden is van de opdracht tot uitvoering van een werk. Uit de uitspraak van het HvJ EU kan worden afgeleid dat indien sprake is van een dergelijke 'knip', deze handelingen normaliter als een 'eenheid' dienen te worden bezien en niet gescheiden dienen te worden beoordeeld. Evenwel hadden partijen - gemeente, Bundesanstalt en GSSI - in dit geval geen enkele verbintenis aangegaan met betrekking tot de realisatie van het project (anders dan de loutere verkoop en afname van het perceel grond), zodat in deze kwestie niet tot overheidsopdracht kon worden geconcludeerd.

Commentaar

Naar deze uitspraak was reeds lang uitgezien, in de hoop en verwachting dat zij definitieve duidelijkheid zou verschaffen over de vraag onder welke omstandigheden projectontwikkelingen Europees zouden moeten worden aanbesteed. Welnu, duidelijkheid is op een aantal fronten bepaald geschapen, maar tegelijkertijd resteren er natuurlijk ook nog vragen. In ieder geval mag men concluderen dat een project eerst Europees aanbestedingsplichtig is, indien de overheid vergaande eisen aan het te realiseren werk stelt én - cumulatief derhalve - sprake is van een rechtens afdwingbare bouwplicht. Of, zo kan men ook stellen: indien sprake is van een contractuele bouwplicht, maar voor wat betreft de omschrijving van het werk oefent de overheid uitsluitend haar wettelijke bevoegdheden uit, dan wordt niet voldaan aan de definitie van een overheidsopdracht voor een werk. Evenzo kan men stellen dat indien de overheid het werk in detail definieert, maar geen contractuele bouwplicht oplegt, evenmin wordt voldaan aan de definitie van de overheidsopdracht voor een werk. In die zin is het én-én. En uiteraard dient natuurlijk ook steeds aan de overige eisen van de definitie (zoals de aanwezigheid van een bezwarende titel) te worden voldaan.

Met deze uitspraak in de hand zal de Europese Commissie de kwestie Eindhoven/Doornakkers (moeten) beoordelen.⁴ De exacte feiten in die kwestie zijn niet bekend, zodat hierover geen oordeel kan worden geveld.

Voor het ministerie van VROM zal deze uitspraak welkom zijn omdat zij in wezen de in de Reiswijzer 2009 uitgezette lijn bevestigt.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

Noten

1. HvJ EU 25 maart 2010 (C-451/08). Vgl. voorts *Tender Nieuwsbrief* maart 2010 waarin onder de kop 'Actualiteiten' is ingegaan op de conclusie van AG Mengozzi (17 november 2009) in deze zaak.
2. Zie inmiddels meer uitgebreid hierover prof. A.G. Bregman in *Bouwrecht*, juni 2010.
3. HvJ EU 18 januari 2007 (C-220/05).
4. Aan deze kwestie is aandacht besteed in *Tender Nieuwsbrief* maart 2010. De Commissie heeft inmiddels aangegeven Nederland voor het HvJ EU te dagen.