

De Grondexploitatiewet, aanbestedingsrecht & zelfrealisatie

Zoals zich thans laat aanzien zal op 1 juli 2008 de Grondexploitatiewet – feitelijk een onderdeel van de (nieuwe) Wet Ruimtelijke Ordening – in werking treden. Alhoewel de betreffende wetgeving voornamelijk gaat over – het woord zegt het al – ruimtelijke ordening, bestemmingsplannen, grondexploitaties, kostenverhaal en dergelijke, is deze wet ook voor de aanbestedingsrechtelijke praktijk – althans voor wat betreft de realisatie van openbare voorzieningen – van belang.¹

Het huidige wettelijke instrumentarium

De noodzaak voor de invoering van de Grondexploitatiewet is voornamelijk gelegen in de omstandigheid dat het huidige wettelijke instrumentarium onvoldoende mogelijkheden biedt om de exploitatiekosten van te realiseren openbare voorzieningen van ontwikkelingslocaties te verhalen op grondeigenaren die aldaar grondposities bezitten.

Het huidige instrumentarium omvat de gemeentelijke gronduitgifte, de exploitatie-overeenkomst en baatbelasting. In geval van gemeentelijke gronduitgifte, is de gemeente in staat om alle exploitatiekosten te verdisconteren in de gronduitgifteprijs. Indien de gemeente daarentegen geen gronden bezit, zal zij trachten deze kosten in rekening te brengen bij de grondeigenaren. Daartoe staan de gemeente (a) de exploitatie-overeenkomst en (b) de baatbelasting ter beschikking. Hieraan kleven echter aanzienlijke inhoudelijke en formele beperkingen waardoor doorgaans hooguit een deel van de exploitatiekosten verhaald kan worden. Bovendien kan de zogenaamde *free rider*² – een doorn in het oog – deze dans geheel ontspringen. Deze wacht de bestemmingswijziging af, realiseert op zijn gronden de beoogde bestemming en betaalt in het geheel niet mee aan de openbare voorzieningen.

Grondexploitatiewet: kostenverhaal via bouwvergunning

De Grondexploitatiewet beoogt om hier een einde aan te maken. Dit wordt geëffectueerd door aan de af te geven bouwvergunning een verplichting te koppelen om een bijdrage te betalen aan de gemeente in verband met de door de gemeente gemaakte exploitatiekosten.

Het door middel van de Grondexploitatiewet te creëren instrumentarium is publiekrechtelijk van aard. De huidige praktijk – dat wil zeggen het via (privaatrechtelijke) overeenkomsten maken van afspraken met ontwikkelaars – wordt echter ook behouden en heeft mogelijk zelfs de voorkeur. Tot het moment waarop de gemeente een exploitatieplan heeft vastgesteld, is zij gerechtigd overeenkomsten te sluiten met marktpartijen. Nadat het exploitatieplan is vastgesteld, is de gemeente weliswaar nog steeds gerechtigd overeenkomsten met marktpartijen te sluiten, maar daarbij mag de gemeente niet meer afwijken van het exploitatieplan.

Gemeentelijke grondpositie, aanbesteding & openbare voorzieningen

De Grondexploitatiewet is voor wat betreft de aanbestedingsrechtelijke aspecten met name van belang in de situatie waarbij de overheid geen althans niet het merendeel der gronden op een ontwikkelingslocatie in bezit heeft. Immers, waar de overheid alle gronden in eigendom heeft, kan en moet zij de daar op te realiseren openbare voorzieningen vergeven via een Europese aanbesteding.

Voor wat betreft de openbare infrastructuur vloeit deze les reeds voort uit de kwestie *Middelburg/Mortiere*.³ Waar het gaat om andere 'publieke werken', zoals stadhuisen, zwembaden, bibliotheken en dergelijke zal normaliter geen sprake zijn van grondverkoop door een gemeente maar van een 'normale' aannemingsopdracht aan een partij die in opdracht van de overheid, tegen betaling van een aanneemsom, het betreffende werk conform de wensen van de opdrachtgever realiseert. En zo daar geen sprake

van is, zal al gauw sprake zijn van ófwel een (aanbestedingsplichtige) concessie voor openbare werken ófwel van 'het laten uitvoeren met welke middelen ook' van een werk door de overheid, in welk geval evenzeer sprake is van Europese aanbestedingsverplichting.

Private grondpositie, aanbesteding & openbare voorzieningen

Indien de overheid de gronden op een ontwikkelingslocatie echter niet in bezit heeft opent de Grondexploitatiewet vanuit het aanbestedingsrecht beschouwd interessante perspectieven. Het is zaak de *Scala*-zaak in herinnering te roepen.⁴ In het bijzonder was in deze zaak van belang het antwoord op de vraag of de openbare infrastructuur die werd gerealiseerd op een perceel dat eigendom was van een private partij Europees aanbesteed had moeten worden. De eigenaar had op zijn perceel diverse werken gerealiseerd en had tegelijkertijd daarop de openbare infrastructuur aangelegd – op eigen kosten of, in de context van de uitspraak, 'in eigen beheer'. Blijkens de toepasselijke Italiaanse wetgeving was de eigenaar van een perceel in beginsel gehouden om alsdan een bijdrage te betalen aan de overheid terzake de realisatie van de openbare infrastructuur. Hij kon zich evenwel ook verplichten om deze infrastructuur 'in eigen beheer' te realiseren, in welk geval hij geheel dan wel gedeeltelijk de verschuldigde bijdrage kon aftrekken.

Het draaide hierbij om de vraag of sprake was van een 'bezwarende titel'. Betoogd werd namelijk dat aan dit vereiste niet werd voldaan. Het HvJ EG zag dat echter anders. In essentie kwam het er op neer dat de bijdrage die de grondeigenaar normalerwijze aan de Italiaanse overheid had dienen te betalen door hem wordt verrekend met de realisatiekosten die hij heeft gemaakt terzake de door hem zelf gerealiseerde infrastructuur. Samenvattend is het HvJ EG van oordeel dat zodanige verrekening als een 'bezwarende titel' dient te worden aangemerkt doordat de Italiaanse overheid daarmee afstand had gedaan van een vorderingsrecht.

De uitspraak inzake *Scala* heeft vervolgens aanleiding gegeven tot de vraag welke positie

gemeenten in Nederland dienen in te nemen indien een ontwikkelaar/aannemer op zijn eigen grond de openbare voorzieningen wenst te realiseren en deze nadien voor een symbolisch bedrag aan de gemeente overdraagt.

De situatie is onduidelijk. Er wordt enerzijds wel betoogd dat de grondeigenaar op grond van zijn zelfrealisatierecht de openbare infrastructuur zelf kan en mag realiseren en bijgevolg niet onteigend kan worden. Daarbij wordt aangevoerd dat dergelijke Nederlandse situaties niet vergelijkbaar zijn met *Scala* onder andere omdat geen sprake is van een 'bezwarende titel' indien een gemeente de infrastructuur om niet verkrijgt. Anderzijds wordt ook wel betoogd dat onteigening mogelijk is, althans zou moeten zijn, in dergelijke gevallen. Zolang specifieke rechtspraak ontbreekt, blijft deze onduidelijkheid bestaan.

De toekomst: Grondexploitatiewet, aanbesteding & openbare voorzieningen

Het is met name in deze situatie – waarbij sprake is van de realisatie van openbare voorzieningen op eigen grond door een grondeigenaar – dat de Grondexploitatiewet nieuwe inzichten biedt.

Na de invoering van de Grondexploitatiewet zou de huidige (onduidelijke) situatie namelijk wezenlijk kunnen veranderen. Hetgeen de Italiaanse wetgeving – zie *Scala* – bepaalt, vertoont immers aanzienlijke overeenkomsten met de systematiek zoals die ten grondslag ligt aan de Grondexploitatiewet.

Immers, de overheid heeft met invoering van deze wet de mogelijkheid om alle exploitatiekosten van de te realiseren openbare voorzieningen op alle private grondeigenaren te verhalen. Indien de overheid daarvan afziet – bijvoorbeeld omdat de overheid met de grondeigenaar overeenkomt dat deze de openbare voorzieningen zelf zal aanleggen, waartegen de overheid dan zal (moeten) afzien van het verhalen van (een deel van) de normaliter te verhalen exploitatiekosten – zal, in de lijn van *Scala*, waarschijnlijk sprake zijn van een 'bezwarende titel'. De realisatie van die openbare voorzieningen op de gronden van de private partij zal, in dat licht, dan normaliter Europees moeten worden aanbesteed.

De hamvraag is dan natuurlijk: welke (juridische) positie heeft de overheid indien de private partij niet meewerkt aan een Europese aanbesteding en zich beroept op zijn zelfrealisatierecht? Of, simpeler vertaald: wat prevaleert alsdan? De gemeentelijke plicht om Europees aan te besteden of het recht van de private partij op zelfrealisatie? Of, nog anders gezegd: zou de rechter

in voorkomend geval een onteigening van overheidswege toestaan enkel en uitsluitend om aldus naleving van de Europese aanbestedingsregels te kunnen naleven?

In de toelichting op de Grondexploitatiewet constateert men op dit vlak een patstelling. Daar blijft het bij. Er is wel enige onteigeningsrechtspraak voorhanden waarbij onteigening wordt toegestaan – in weerwil van het zelfrealisatierecht – opdat de overheid aldus zelf bepaalde openbare voorzieningen kan (laten) realiseren, maar in deze gevallen waren specifieke omstandigheden aan de orde die noopten tot onteigening. Het al dan niet kunnen naleven van de Europese aanbestedingsregels was hierbij geen overweging voor de rechter.

In dit verband mag niet onbenoemd blijven een in juni 2006 door de toenmalige minister van VROM (Dekker) aan de Tweede Kamer verzonden brief waarbij in een bijlage aandacht wordt besteed aan deze problematiek. Het betreft een door de UvA uitgevoerd onderzoek, waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen het aanbestedingsrecht, onteigening (srecht) en het EVRM.⁵ In dit onderzoek was onder meer aan de orde de vraag of de overheid *mag* dan *wel moet* onteigenen om aldus aan haar verplichting tot het organiseren van een Europese aanbesteding te (kunnen) voldoen. De UvA is van oordeel dat de Europese aanbestedingsregels in veel gevallen waarschijnlijk een voldoende 'algemeen belang' opleveren voor de overheid om te *kunnen* onteigenen, met name gelet op de marginale toets die terzake door het EHRM wordt aangelegd. Vervolgens is ook onderzocht of de overheid ook *moet* casu quo *verplicht* is te onteigenen in dergelijke gevallen. Die vraag is niet geheel met zekerheid te beantwoorden. Wat dat betreft blijft het tasten in het duister.

Conclusie

De invoering van de Grondexploitatiewet creëert in Nederland een situatie die vergelijkbaar is met *Scala*. Het gevolg daarvan is dat een grondeigenaar die openbare voorzieningen op zijn grond wenst te realiseren, deze waarschijnlijk Europees zal dienen aan te (laten) besteden. Zo deze daar aan meewerkt – hetgeen bij een ontwikkelaar pur sang zonder bouwbedrijf of infratak waarschijnlijk wel het geval zal zijn – is dit geen issue. Indien de grondeigenaar – denk daarbij met name aan partijen die zelf een infratak hebben – echter niet wenst mee te werken, rijst de vraag of de overheid in zodanig geval, in weerwil van het zelfrealisatierecht, tot onteigening kan overgaan. Gelet op hetgeen hiervoor is gesteld, zou het antwoord op die vraag wel eens bevestigend kunnen zijn. Het

is wachten op een rechterlijke uitspraak maar de voortekenen lijken niet gunstig voor de betreffende grondeigenaar.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

Noten

- 1 De Vereniging voor Bouwrecht heeft over de Grondexploitatiewet in 2006 een pre-advies uitgebracht (J.A.M. van den Brand, dr.ir. A.G. Bregman, mr. J.F. de Groot). Onder paragraaf 6.3 e.v. wordt uitgebreid op de aanbestedingsproblematiek ingegaan.
- 2 De ontwikkelaar met grondpositie die de bestemmingswijziging afwacht, zijn woningen realiseert en verkoopt en – anders dan de andere partijen in het gebied – in het geheel niet bijdraagt aan de kosten van de aanleg van publieke voorzieningen en infrastructuur.
- 3 Gerechtshof 's Gravenhage, 31 januari 2001, LJN AB0451.
- 4 HvJ EG 12 juli 2001 (C-399/98).
- 5 Het onderzoek is uitgevoerd door prof. mr. B.J. Schueler en mr. R. Mellenbergh. Vgl. *Bouwrecht*, oktober 2006, mr. R. Mellenbergh en prof. mr. B. Schueler over hun onderzoek: 'De mogelijkheden van afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel. De reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM en een vergelijking met de situatie in de VS.'

Drempelwaarden periode 2008-2009

Middels EG-Verordening nr. 1422/2007 van de Europese Commissie van 4 december 2007 zijn voor de periode 2008-2009 de nieuwe drempelbedragen waarboven Europees aanbesteed moet worden bekendgemaakt.

Vanaf 1 januari 2008 gelden de volgende drempelwaarden (exclusief BTW):

Werken	€ 5.150.000
--------	-------------

Leveringen en diensten:	
Centrale overheden	€ 133.000
Andere overheden	€ 206.000
Nutssector	€ 412.000

Voor meer informatie: zie de Verordening 1422/2007, het dossier aanbesteden, drempelwaarden, website ministerie van Economische Zaken (Bron: Ministerie van Economische Zaken)