

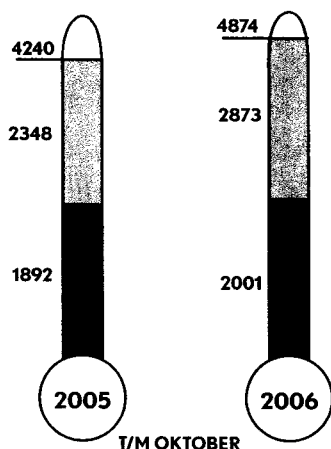
TENDER

N I E U W S B R I E F

7

THERMOMETER

NEDERLANDSE GEPUBLICEERDE
AANKONDIGINGEN



AANBESTEDINGEN
GUNNINGEN

Bron: TenderPlus Aanbestedingsinformatie,
www.tenderplus.nl

Themanummer

De volgende Tender Nieuwsbrief zal – net als de uitgave die voor u ligt – een themanummer zijn. In het laatste nummer van 2006 staat de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO) centraal.

Op 1 januari 2007 treedt deze wet in werking. Wat zijn de gevolgen daarvan voor de wereld van het aanbesteden? Gemeenten zijn vanaf dat moment verantwoordelijk voor de maatschappelijke ondersteuning die op hun grondgebied plaatsvindt. De diensten en voorzieningen die in het kader van de Wmo in een gemeente worden aangeboden, moeten Europees worden aanbesteed.

Over deze ingrijpende veranderingen, en de gevolgen daarvan voor de betrokken partijen, leest u meer in de volgende Tender Nieuwsbrief.

IN DIT NUMMER:

- 1 In vogelvlucht door Europa 3 Zelfrealisatie versus aanbesteding volgens VROM
4 Reiswijzer: marktpartijen en gebiedsontwikkeling 5 PPSkennismanagement gaat interdepartementaal 6 DE ZAAK: Over stedelijke ontwikkeling 8 GEZIEN?!

THEMANUMMER: PROJECTONTWIKKELING EN AANBESTEDEN

In vogelvlucht door Europa

Dit themanummer staat in het teken van project- en vastgoedontwikkeling in relatie tot het aanbestedingsrecht. Hieronder volgt, in vogelvlucht 'dwars door Europa', de historie en de huidige stand van zaken met betrekking tot dit onderwerp.

Projectontwikkeling is in het licht van het aanbestedingsrecht geruime tijd een ietwat ondergesneeuwd aspect gebleven, onder meer als gevolg van de complexiteit van het onderwerp en de eigenaardigheden van projectontwikkeling. Projectontwikkeling was (en is) immers een onderwerp waar publieke en private partijen elkaar treffen in allerlei uiteenlopende contractvormen. Die contractvormen zien op de realisatie van zuivere private werken, maar ook publieke werken en 'gemengde' zaken. Dit was een behoorlijk 'grijs' gebied, in tegenstelling tot de klassieke bouwopdrachten waar sprake is van een overzichtelijk contract. In de loop der jaren is op diverse fronten echter (veel) meer duidelijkheid ontstaan. Waar eind jaren tachtig, begin jaren negentig nog sprake was van een 'grijs' gebied kan men stellen dat zaken anno 2006 aanzienlijk meer 'zwart-wit' zijn geworden. Terugkijkend is vooral het jaar 2001 een belangrijk keerpunt gebleken: de uitspraken in Mortiere Middelburg en Scala werden namelijk in dat jaar gewezen. In diezelfde periode kwam ook de rechtspraak op gang – Unitron, Verstergaard, Telaustria – waarin voor het eerst kennis werd gemaakt met het transparantiebeginsel en de openbaarheid die overheden dientengevolge

moeten betrachten. Hieronder volgt een nadere beschrijving.

Middelburg

In 2001 deed het Hof Den Haag in de zaak Mortiere Middelburg een voor de praktijk principiële uitspraak.¹ De gemeente Middelburg had gronden verkocht aan private partijen om daarop woningen te realiseren. Daarbij werd de bijkomende en in de praktijk gangbare afspraak gemaakt dat na realisatie het openbaar gebied 'om niet' teruggeleverd zou worden aan de gemeente Middelburg. Alhoewel ogenschijnlijk van een 'bezwarende titel' geen sprake leek (of lijkt) oordeelde het Hof desalniettemin dat dit werk conform de Richtlijn Werken had moeten worden aanbesteed. Een keerpunt.

Milaan

In de 'Scala'-zaak ging het ook al om de realisatie van het openbaar gebied. Evenwel met dit wezenlijke verschil dat de grond waarop de openbare infrastructuur werd gerealiseerd in eigendom was van een private partij.² Desondanks oordeelde het Hof van Justitie EG, eveneens in 2001, dat dit werk conform de Richtlijn Werken gerealiseerd had moeten worden. Nu de private

partij op eigen kosten het openbare gebied had aangelegd, had de gemeente namelijk een exploitatiebijdrage kwijtgescholden. Een zodanige kwijtschelding kwalificeerde als een 'bezwarende titel', volgens het Hof. Grondeigendom, aldus het Hof, kon aanbestedingsverplichtingen niet in de weg staan. Zonodig moest deze verplichting maar door de overheid aan de private partij worden 'doorgelegd'. Over deze uitspraak is nog steeds het nodige te doen, omdat sprake was van een bijzondere Italiaanse situatie. Men kan de vraag stellen of deze uitspraak een-op-een in Nederland toepasbaar is. Dat leidt er toe dat de realisatie van infrastructuur op grond die in handen is van ontwikkelaars met een 'infra-tak', nog altijd een taai discussiepunt is.

Luxemburg

In diezelfde periode kwam een stroom uitspraken op gang van het Hof van Justitie EG – Unitron,³ Verstergaard,⁴ Telaustria⁵ – waarin het transparantiebeginsel werd vervat. Overheden werden bijgevolg verplicht om een passende mate van openbaarheid te betrachten, indien sprake was van opdrachten of overeenkomsten die niet werden bestreken door een der Richtlijnen. Deze lijn werd voorgezet in (onder meer) de uitspraken CoNaMe⁶ en Parking Brixen⁷. Kern van de zaak was dat ook indien een opdracht niet viel onder een van de Richtlijnen, de overheid toch een oproep tot mededinging diende te doen uitgaan. Op die manier kon in concurrentie een private partij worden geselecteerd. De grondslag hiervoor is het EU-Verdrag, casu quo de daarin vervatte fundamentele verdragsbeginselen (de 'vier vrijheden'). Nog niet alle implicaties van deze uitspraken zijn in kaart gebracht, maar dat neemt niet weg dat een belangrijke en onontkoombare toon is gezet.

Amersfoort

Ook in Amersfoort weet men inmiddels van wanken. De Europese Commissie heeft in 2005 een ingebrekestelling doen uitgaan met betrekking tot de VINEX-locatie Vathorst. Waartoe dit zal leiden, is nog onduidelijk. De Commissie heeft vergaande standpunten ingenomen. Zo stelt de Commissie onder meer dat wanneer een overheid grond uitgeeft en een private partij daarop verplicht volgens bepaalde door haar gestelde voorschriften woningen te realiseren, sprake is van een 'werk' in de Richtlijn Werken en aldus Europees aanbesteed dient te worden. Evenzo meent de Commissie dat de in dat kader door gemeente en private partijen opgerichte cv-bv (waarin de zeggenschap, zoals (min of meer) te doen gebruikelijk, 50-50 is gedeeld) als aanbe-

stedende dienst kwalificeert. Het is afwachten wat hiervan de consequenties zijn. Mogelijk verdwijnt dit dossier in de vergetelheid, evenals het hierna te noemen dossier.⁸

Zaanstad

Medio jaren negentig was Nederland in rep en roer toen de Commissie de ontwikkeling in Saendelft onder de loep nam. Het betrof ook hier een grootschalige ontwikkeling in de vorm van een publiek-private samenwerking tussen de gemeente Zaanstad en diverse private partijen. Het leidde destijds tot de nodige stormen. Temeer doordat iedereen nog worstelde met de vraag hoe PPS-en in het aanbestedingsrechtelijk kader dienden te worden ingepast. Die stormen bleken uiteindelijk in een glas water te hebben plaatsgevonden. Het heeft niet geleid tot een uitspraak van het Hof van Justitie EG en het dossier moet ergens zijn gestrand tussen de Commissie en het ministerie van Binnenlandse Zaken.

Den Haag

Medio jaren '90 is het Kenniscentrum PPS opgericht.⁹ Het Kenniscentrum PPS heeft voor wat betreft de projectontwikkeling diverse publicaties afgescheiden, waaronder een publicatie die handelt over gebiedsontwikkelingen en aanbestedingsrecht. Elders in dit nummer treft u een uitvoeriger artikel over dit onderwerp aan. Een ander onderwerp dat Den Haag heeft aangesneden, betreft de verhouding tussen zelfrealisatie en het aanbestedingsrecht. Volgens het Hof van Justitie EG mag grondeigendom niet een aanbesteding in de weg staan ('Scala'-zaak). Hoe dat dan moet, laat het Hof – afgezien van de mogelijkheid de aanbestedingsplicht 'door te leggen' – ernstig in het midden. Met name gelet op het feit dat de positie van grondeigenaren in belangrijke en vergaande mate beschermd en verankerd is in onze Onteigeningswet, alsmede artikel 1 Eerste Protocol EVRM. In 2006 heeft de Universiteit van Amsterdam onderzoek gedaan naar (onder meer) de verhouding tussen het eigendoms- annex onteigeningsrecht (inclusief het zelfrealisatierecht) enerzijds en het aanbestedingsrecht anderzijds. Uit het onderzoek blijkt volgens de UvA dat het aanbestedingsrecht, althans de aanbestedingsverplichting van de overheid, in veel gevallen een voldoende 'algemeen belang' is om tot onteigening over te kunnen gaan. Hierbij is aangenomen dat aan de overige wettelijke vereisten voor onteigening wordt voldaan. Dit onderzoek maakte deel uit van een aantal door minister Dekker van VROM opgedragen onderzoeken naar aanleiding van de vraag of er goede redenen zouden zijn om

de Onteigeningswet – ten nadele van de grondeigenaar – aan te passen. Het antwoord van de minister daarop was overigens uitdrukkelijk en goed gemotiveerd 'neen'. Elders in dit nummer meer hierover.¹⁰

Voorburg

Ook Voorburg blijft niet onbenoemd, omdat aldaar de NEPROM – de Nederlandse vereniging van projectontwikkelaars – zetelt. In 2006 heeft de NEPROM samen met 'Den Haag' (VROM, Financiën en de VNG) een 'Reiswijzer' opgesteld. Die moet overheden een praktisch handvat vol tips, tricks, do's en don'ts bieden bij het uitschrijven van prijsvragen, grondbiedingen en ontwikkelingscompetities. Dat was dringend gewenst omdat daar in de praktijk heel veel op aan te merken was. Elders in dit nummer meer over deze Reiswijzer.¹¹

Brussel

Uiteraard mag Brussel niet ontbreken in deze opsomming. Brussel, althans de Commissie, heeft met haar motto 'Alles aanbesteden' – samen met het Hof van Justitie EG door middel van de hierboven genoemde uitspraken – een belangrijke toon gezet, die ook voor de projectontwikkeling van belang is.¹² Inmiddels verscheen een interpretatieve mededeling van de Commissie waarin nader wordt beschreven hoe overheden kunnen en ten dele moeten omgaan met opdrachten beneden de drempels en met IIB-diensten.¹³ Ook het onderwerp 'PPS' staat op de Brusselse (en Straatsburgse) agenda om te komen tot een regelgevend kader voor publiek-private-samenwerkingen.

Tot slot

Alhoewel er zeker nog 'grijze' gebieden zijn, zijn diverse zaken inmiddels behoorlijk uitgekristalliseerd. In de kern wordt veelal gesteld dat publieke werken steeds aanbesteed moeten worden. De overheid (waar zij private partijen kan selecteren omdat de overheid niet gebonden is aan private grondposities) moet dit op een transparante wijze doen. Onduidelijk is thans onder meer nog hoe men moet omgaan met publiek-private-samenwerkingsverbanden (GEM's, CV-BV's). Ook de vraag of woningcorporaties al dan niet aanbestedingsplichtig zijn, hangt nog. Wellicht komt er op korte termijn meer duidelijkheid op een of meer van deze punten: thans ligt bij het Hof van Justitie EG de zaak 'Auroux/Roanne' voor.¹⁴

mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon - www.lexecon.nl

noten op pagina 7>