



Projectontwikkeling na Roanne

Op 18 januari jl. heeft het Hof van Justitie EG een uitspraak gedaan in een Franse 'projectontwikkelingszaak', inmiddels bekend als *Roanne/Auroux*.¹ Het is een van de weinige uitspraken van het Hof die betrekking heeft op projectontwikkeling. De uitspraak bevat een aantal zeer interessante en voor de praktijk belangrijke overwegingen en beslissingen. De uitspraak heeft inmiddels al tot de nodige opwinding en commotie aanleiding gegeven.² Voldoende redenen om nader en diep op 3 uitspraak in te gaan en in het bijzonder na te gaan welke gevolgen deze uitspraak – mogelijk – heeft voor de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk alsmede na te gaan of deze commotie terecht is.

1. Inleiding

De Gemeente Roanne sluit op 25 november 2002 een overeenkomst met de zogenoemde 'Société d'équipement du département de la Loire' (SEDL) om – in fasen – te voorzien in de realisatie van een recreatiepark. De eerste fase omvat de realisatie van een multiplexbioscoop alsmede bedrijfsruimten die bestemd zijn voor de verkoop aan derden. De eerste fase omvatte ook de aanleg van een parkeerterrein, toegangswegen en algemene ruimten die aan de gemeente zouden worden overgedragen. De daaropvolgende fasen betroffen de realisatie van andere bedrijfs- of dienstenruimten en een hotel. Een en ander met als doel een achtergebleven stadsdeel nieuw leven in te blazen.

De Franse wetgeving bepaalt dat de Gemeente Roanne een dergelijke overeenkomst zowel met private als publieke rechtspersonen kan sluiten. Indien een zodanige overeenkomst met bepaalde publieke rechtspersonen wordt gesloten kwalificeert deze overeenkomst als een zogenoemde 'publiekrechtelijke overeenkomst inzake ruimtelijke ordening'. Daarvan was in dit geval sprake nu de SEDL als een dergelijke publieke rechtspersoon kwalificeerde.

Met het door SEDL uit te voeren project wordt ruim 14 miljoen euro aan inkomsten gegenereerd. Deze opbrengsten omvatten onder meer een bedrag van ruim 2,9 miljoen euro dat de Gemeente Roanne betaalt aan SEDL voor het parkeerterrein. Voorts verwacht de SEDL ruim 8 miljoen euro te ontvangen als gevolg van verkopen van projectonderdelen aan derden. Tot slot geldt dat de Gemeente Roanne ca. 3 miljoen euro bijdraagt in de financiering.

De overeenkomst bepaalt voorts dat de Gemeente Roanne: a) alle overschotten van SEDL ontvangt;

b) eigenaar wordt van de projectonderdelen die niet aan derden zijn verkocht; c) de schulden van SEDL overneemt; d) de uitvoering van het project verzekert.

2. Hof van Justitie EG

Een aantal personen – gemeenteraadslid Auroux en de zijnen – is het niet eens met deze gang van zaken en stelt dat het project Europees aanbesteed had moeten worden. Het gerecht te Lyon stelt daarover een drietal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EG. In deze paragraaf worden deze vragen alsmede de overwegingen van het Hof van Justitie nader besproken.

2.1. De eerste vraag: een aanbestedingsplichtig werk?

De eerste vraag die aan de orde kwam, was of in casu sprake was van een 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' in de zin van artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken (93/37/EG).³

De Gemeente Roanne stelde dat in casu sprake was van een zogenoemde 'publiekrechtelijke overeenkomst inzake de ruimtelijke ordening' welke niet uitsluitend de uitvoering van werken betrof, maar aanzienlijk veelomvattender was.

Aanvullend had de Franse regering betoogd dat de projectonderdelen die voor derden bestemd waren, geen overheidsopdracht voor werken betroffen omdat zodanige werken niet aan de eisen van de gemeente werden geacht te voldoen. Uitsluitend zou, in de optiek van de Franse regering, de aanleg van het parkeerterrein als aanbestedingsplichtig werk in aanmerking kunnen komen; echter, zo stelde zij: ook die opdracht viel niet onder de Richtlijn Werken omdat het parkeerterrein pas na voltooiing zou worden aangekocht en aldus, volgens het Franse recht, sprake was van een aankoop (van een toekomstig goed).⁴

* De auteur is werkzaam onder de naam Lexecon (<www.lexecon.nl>) en adviseert met name projectontwikkelaars, bouwbedrijven en corporaties. De auteur is prof. mr. W.Ph.G.E. Wedekind zeer erkentelijk voor diens commentaar.

1. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Roanne/Auroux e.a.*), te vinden op <<http://www.curia.europa.eu>>.

2. In *Cobouw*, <www.europadecentraal.nl>, het *NEPROM-bulletin* (februari 2007) en de *Aanbestedingskrant* (thans: *GWW-krant*, 2 februari 2007) verschenen inmiddels reeds enige berichten, analyses en reacties. De teneur van deze berichten was hoofdzakelijk dat overheden als gevolg van deze uitspraak ook de commerciële voorzieningen Europees zouden moeten aanbesteden. Termen als 'een bom', 'verontrustend', 'maakt de tongen los' werden veelvuldig gebruikt.

3. In deze uitspraak werd getoetst aan de 'oude' Richtlijn Werken (93/37/EG). Inmiddels is deze geïncorporeerd in de 'nieuwe' Algemene Richtlijn (2004/18/EG).

4. Vgl. r.o. 33: 'vente en l'état futur d'achèvement'.

Ook de Poolse regering had zich in deze kwestie gemengd en zij had gesteld dat SEDL zelf niets of nauwelijks enig werk realiseerde, maar deze werken door derden liet realiseren en zelf eigenlijk hoofdzakelijk toezichhouder was.

Het Hof van Justitie EG schuift de argumentatie van de Gemeente Roanne alsmede die van de Franse en Poolse regering terzijde.⁵ Weliswaar omvat de opdracht aan de SEDL meer dan alleen de uitvoering van werken – evenzeer is sprake van diensten – maar in de ogen van het Hof is het hoofdvoorwerp van de overeenkomst de uitvoering van werken. Aangezien blijkens vaste rechtspraak van het Hof het hoofdvoorwerp bepalend is voor de vraag welke richtlijn toegepast dient te worden, geldt in dit geval dat de Richtlijn Werken van toepassing is. Dat SEDL de te realiseren werken niet zelf uitvoert maar hoofdzakelijk of geheel door derden laat uitvoeren acht het Hof niet relevant.

Dat het Franse recht de realisatie van het parkeerterrein anders kwalificeert acht het Hof evenmin relevant.

Evenzo wijst het Hof de stelling van de Franse regering af, welke inhield dat voor wat betreft de voor derden bestemde onderdelen geen sprake is van een aanbestedingsplichtig werk omdat het niet voldeed (althans werd geacht te voldoen) aan de eisen van de gemeente. Het Hof overweegt daartoe dat de vraag of sprake is van een werk moet worden gezien op basis van de functie die het heeft. Het doel is een recreatiepark te realiseren en dat heeft onmiskenbaar een economische functie.⁶ Bovendien wordt de realisatie ervan geacht te voldoen aan de eisen van de Gemeente Roanne conform de door de gemeente in de overeenkomst met SEDL geformuleerde eisen.

Het Hof stelt vervolgens vast dat de Gemeente Roanne, uiteraard, een aanbestedende dienst is. Evenzo stelt het Hof vast dat SEDL een aannemer in de zin van de Richtlijn Werken is. Dat SEDL delen van haar opdracht aan derden uitbesteedt is hierbij niet relevant.

Volgens het Hof is ook sprake van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’: enerzijds krijgt de SEDL voor de realisatie van het parkeerterrein een som geld en betaalt de gemeente een deel van de kosten van alle uit te voeren werken, anderzijds kan en mag SEDL inkomsten van derden verkrijgen uit de verkoop van werken aan derden: ‘Tot slot mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.’

Dat sprake was en is van een ‘werk’ was reeds vastgesteld door het Hof en de diensten die in dit kader door SEDL worden verricht vormen een (bijkomend) onderdeel van het uit te voeren werk.

Samenvattend stelt het Hof dat de overeenkomst tussen de gemeente en SEDL een krachtens de Richtlijn Werken aanbestedingsplichtige opdracht betreft, ‘(...) ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst (de Gemeente Roanne, RL) eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of een gedeelte ervan’.

2.2. De tweede vraag: berekening van de drempelwaarde

De tweede vraag heeft betrekking op de berekening van de drempelwaarde. De vraag is aan de orde hoe deze dient te worden vastgesteld in een situatie als deze waarbij diverse financiële geldstromen ‘door elkaar heen lopen’ en niet volstrekt eenduidig zijn te relateren aan bepaalde projectonderdelen.

Het gerecht te Lyon onderkent hierbij drie mogelijke grondslagen die bepalend kunnen zijn voor de vaststelling van de drempelwaarde: a) het bedrag dat de Gemeente Roanne betaalt aan SEDL voor de werken die zij verkrijgt; b) het totale door de Gemeente Roanne aan SEDL betaalde bedrag; c) de totale waarde van alle werken, derhalve zowel omvattend de door de Gemeente Roanne aan SEDL te betalen bedragen als de door derden te betalen bedragen.

Het Hof stelt primair vast dat de richtlijn geen voorschriften bevat die ertoe leiden dat het alleen zou gaan om bedragen die de aanbestedende dienst betaalt. Een dergelijke uitleg zou strijdig zijn met geest en doel van de richtlijn. Refererend aan de procedure en voorschriften omtrent concessies (voor openbare werken) stelt het Hof dat de totale waarde van de werken moet worden gezien, derhalve inclusief inkomsten die van derden worden verkregen.

2.3. De derde vraag: gunning zonder aanbesteding?

Bij de derde vraag was aan de orde of de Gemeente Roanne de opdracht aan de SEDL mogelijk zonder aanbesteding kon gunnen, nu de SEDL eveneens een aanbestedende dienst was, die bovendien alle opdrachten aan derden zou uitbesteden en daartoe de in de richtlijnen vastgestelde procedures zou toepassen.

Het antwoord op deze vraag is – niet verrassend – ontkennend. De Richtlijn Werken voorziet niet in een vrijstelling of uitzondering voor dergelijke gevallen. Het Hof grijpt vervolgens terug op bestaande rechtspraak – met name de uitspraken inzake *Teckal*⁷ en *Stadt Halle*⁸ – en stelt vast dat de thans voorliggende situatie niet onder deze in de rechtspraak gecreëerde (inbestedings)uitzondering kan worden geschaard. In casu is SEDL een zogenoemde gemengde vennootschap waarvan het kapitaal mede uit particuliere middelen bestaat. Bijgevolg kan niet worden gesteld dat de Gemeente Roanne – à la ‘Teckal’ – toezicht houdt op de SEDL zoals op haar eigen gemeentelijke diensten. Ware dat wel het geval geweest dan had de overeenkomst tussen de gemeente en SEDL niet aanbesteed behoeven te worden. Derhalve kan geen beroep worden gedaan op de

5. Naast de Franse regering hadden ook de Poolse, Litouwse en Oostenrijkse regering zich in deze procedure gemengd.

6. Voor een nadere en uitvoerige analyse van het begrip ‘werk’ wordt verwezen naar het artikel van W.Ph.G.E. Wedekind, ‘Het begrip “werk”, een “rondweg” door verschillende ontwikkelingen’, in: *Hoofdstukken Bouwrecht, Aangenomen werk*, W.E.J. Tjeenk Willink 2003, p. 151 e.v.

7. HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98.

8. HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03.

‘Teckal’-uitzondering en is de Gemeente Roanne gehouden tot aanbesteding.

Resumerend stelt het Hof dat de toepassing van de Richtlijn Werken niet kan worden uitgesloten, ‘(...) ook niet wanneer de tweede aanbestedende dienst (SEDL, RL) genoodzaakt is de opdracht voor de totale waarde aan onderaannemers uit te besteden en daartoe de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te volgen’.

3. Commentaar & analyse

De uitspraak bevat een aantal uitermate interessante en vragen oproepende overwegingen. Vandaar een nadere analyse van de uitspraak waarbij in het bijzonder wordt nagegaan welke gevolgen deze uitspraak heeft, althans mogelijk zou kunnen hebben voor de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk.⁹

3.1. *Extensieve interpretatie*

De uiteindelijke conclusie van het Hof is in zekere zin niet verrassend. Immers, de ‘rode draad’ in de meeste, zo niet alle, uitspraken van het Hof is dat daar waar men van mening kan verschillen over de interpretatie van (bepalingen uit) de richtlijnen, in de regel een ruime, extensieve uitleg door het Hof wordt toegepast en waar nodig het recht politiseert om te onderstrepen dat de realisatie van een gemeenschappelijke markt onder geen omstandigheden mag worden belet. In aanbestedingsrechtelijke termen: een functionele interpretatie.

Daar komt in dit geval bij dat de Richtlijn Werken aan de orde was en de definitie van ‘een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ (als bedoeld in artikel 1 sub a van de Richtlijn Werken) reeds naar haar aard een zeer ruime definitie betreft. Met name de laatste bewoordingen van deze definitie (‘(...) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’) zijn zodanig geformuleerd dat nagenoeg iedere overeenkomst waarbij in overleg met de overheid een werk wordt gerealiseerd en waarvan de overheid direct of indirect de bouwkosten betaalt, onder deze definitie kan worden geschaard, ongeacht de juridische structurering of kwalificatie van de overeenkomst tussen overheid en private partij.

Het bekend(st)e voorbeeld is de verkoop door de overheid van een perceel grond, met bouwplicht, aan een private partij die vervolgens daarop een werk realiseert. Na voltooiing verkoopt de private partij het perceel inclusief het gerealiseerde werk weer aan de overheid. Alhoewel men hier noch in juridische zin noch ‘in de volksmond’ van aanneming van werk of opdracht zal willen spreken, is het samenstel van overeenkomsten een aanbestedingsplichtige opdracht in de zin van de Richtlijn Werken.

3.2. *Turnkey-overeenkomsten*

Dat het Hof dan ook korte metten maakt met de stelling als zou het parkeerterrein geen aanbestedingsplichtig werk zijn omdat dit naar Frans recht nu eenmaal niet als een opdracht kwalificeert, maar – zo lees ik dat – als een

‘turnkey’-overeenkomst, verbaast dan ook bepaald niet. Ook in de Nederlandse praktijk worden overeenkomsten waarbij eerst na de voltooiing door de opdrachtnemer het werk aan de opdrachtgever wordt overgedragen – zowel in economische als juridische zin – in de regel als turnkey(koop)-overeenkomsten gekwalificeerd.

Dergelijke overeenkomsten vallen niet reeds naar hun aard of benaming buiten de Richtlijn Werken: indien de overheid op enige wijze betrokken is geweest bij het (ontwerp van het) werk en direct of indirect de realisatie bekostigt (ongeacht of men dit nu duidt als koop-som, turnkey(koop- of aanneem)som, aanneemsom of anderszins) zal in de regel sprake zijn van een aanbestedingsplichtig werk.

Uitsluitend indien een private partij reeds op eigen initiatief voornemens was om op een bepaalde haar toebehorende locatie een bepaald werk (een kantoor, een bepaalde voorziening o.d.) te realiseren en de overheid eerst daarna ‘bij toeval langskomt’ en het betreffende werk geheel of deels wenst te verwerven, zal men buiten de scope van de Richtlijn Werken vallen.

3.3.1. *Bezwarende titel & inkomsten van derden*

Een uitermate belangrijke overweging van het Hof betreft de vaststelling dat men bij de interpretatie van het begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ (als een der elementen van de definitie van een ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’) niet alleen acht dient te slaan op betalingen die door de opdrachtgever de overheid aan de ‘aannemer’ worden verricht, maar ook acht moet slaan op inkomsten die de ‘aannemer’ met het werk (of delen ervan) kan genereren.

Nadat het Hof in dit verband heeft gememoreerd dat de Gemeente Roanne een som geld betaalt aan de SEDL en de gemeente ook een deel van de kosten van de overige werken vergoedt, voegt het Hof hieraan toe: ‘Tot slot mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.’¹⁰

Een overeenkomstige overweging van het Hof vindt men voorts terug bij de beantwoording van de vraag hoe in gevallen als deze de drempelwaarde moet worden berekend. Bij de berekening van deze waarde moet men inkomsten die van derden worden verkregen, ook in de berekeningen betrekken.¹¹ Weliswaar is de context van deze overwegingen verschillend – nl. de vraag of sprake is van een ‘bezwarende titel’ respectievelijk berekening van de drempelwaarde – maar uit beide overwegingen vloeit, in beide gevallen, voort dat van derden verkregen inkomsten in de beschouwingen moeten worden betrokken.

Ik wijs met name op dit verschil omdat het de gedachte oproept dat het Hof de ene context (vaststelling

9. In *Tender Nieuwsbrief*, themanummer ‘Projectontwikkeling en aanbesteden’, december 2006, verscheen n.a.v. de conclusie van advocaat-generaal J. Kokott (d.d. 15 juni 2006) reeds een eerste analyse van deze zaak door G.W.A. van de Meent.

10. Vgl. r.o. 45.

11. Vgl. r.o. 57.

drempelwaarde) mogelijk heeft vermengd (verward?) met de andere context (bezwarende titel). Indien men de conclusie van advocaat-generaal J. Kokott erop na slaat, wordt de mogelijkheid om inkomsten van derden te verkrijgen namelijk niet (!) genoemd als een (voorbeeld van een) 'bezwarende titel'.¹² Dit element is in haar conclusie uitsluitend van belang bij de beantwoording van de vraag hoe de drempelwaarde berekend dient te worden.

3.3.2. Gronduitgifte

Tot dusverre was er – min of meer – consensus in Nederland over het feit dat indien de overheid een perceel grond verkocht aan een private partij om daarop woningen of kantoren/bedrijfsruimten te realiseren, de Richtlijn Werken niet van toepassing was. De achterliggende gedachte was dat voor wat betreft de grond sprake was van een verkoop door de overheid en de private partij vervolgens geheel voor eigen rekening en risico en overigens veelal ook nog eens geheel dan wel in hoofdzaak naar eigen inzichten de woningen en kantoren/bedrijfsruimten realiseerde.

Eenzijds was er daardoor geen sprake van een 'bezwarende titel' voor wat betreft het werk in de relatie tussen overheid en private partij en anderzijds werd niet voldaan aan de eis dat de te realiseren woningen en kantoren/bedrijfsruimten voldeden aan de eisen van de overheid, althans zo werd verondersteld.

Deze uitspraak van het Hof roept bijgevolg de – zeer principiële – vraag op of de verkoop van grond met, zoals vaak het geval is, een bouwplicht althans een plicht om conform de gemeentelijke voorwaarden op enig moment bebouwing te realiseren, een werk is dat conform de Richtlijn Werken aanbesteed dient te worden.¹³

Nu de inkomsten van de private partij – de 'aannemer' – uit de verkoop en/of verhuur van de door hem gerealiseerde woningen en kantoren/bedrijfsruimten mogelijk als 'bezwarende titel' moeten worden aangemerkt en het Hof voorts lijkt aan te geven dat een globale omschrijving of formulering van eisen of randvoorwaarden door de overheid van de op het perceel te realiseren werken voldoende lijkt te zijn om te kunnen stellen dat het werk voldoet aan de door de overheid gestelde eisen, lijkt het antwoord op die vraag op het eerste gezicht bevestigend te moeten zijn.¹⁴ De teneur van de eerste reacties 'in de pers' was in ieder geval wel van dien aard. Of die conclusie terecht is, is wat mij betreft bepaald niet met zekerheid te beantwoorden. Sterker: ik meen dat er alleszins goede argumenten zijn voor een ontkennend standpunt.

Interessant aspect is overigens dat in de kwestie 'Vathorst' de Europese Commissie de stelling heeft ingenomen dat door private partijen te realiseren woningbouw door de Richtlijn Werken wordt bestreken. De Commissie stelde in dat verband dat de verkoopopbrengsten van de woningen als 'bezwarende titel' dienen te worden aangemerkt, terwijl de te realiseren woningen aan bepaalde door de overheid gestelde voorwaarden dienden te voldoen.¹⁵ Het Hof lijkt de Commissie hierin dan ook te volgen. Een wezenlijk verschil

is overigens wel dat in 'Vathorst' de gronden werden (en worden) uitgegeven door een GEM (en niet door de gemeente) waarin de gemeente 50% van de aandelen hield (en houdt), terwijl een dergelijke GEM in de Nederlandse praktijk niet als een aanbestedende dienst wordt ervaren.¹⁶ Bovendien worden in Vathorst de woningen geheel voor rekening en risico van de private partijen ontwikkeld en gerealiseerd.

3.3.3. Omschrijving van het te realiseren werk

Van belang is op te merken dat het Hof geen specifieke eisen stelt aan de wijze waarop de overheid haar eisen aan het te realiseren werk formuleert. Het lijkt erop dat het formuleren van randvoorwaarden, een programma van eisen o.d. reeds voldoende is om te concluderen dat het werk voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.

Het lijkt in ieder geval evident dat in dit verband uitwerking van het werk op besteksniveau, althans een gedetailleerd niveau niet vereist is. Aandachtspunt hierbij is wel dat met nadruk het woord 'lijkt' wordt gebruikt: uit de uitspraak kan niet opgemaakt worden in welke mate de Gemeente Roanne het te realiseren werk had omschreven zodat enige terughoudendheid gepast is bij het trekken van conclusies op dit punt.

3.3.4. Gronduitgifte zonder randvoorwaarden

Gelet op het voorgaande kan men zich in ieder geval indenken dat indien grond wordt uitgegeven zonder dat de overheid voorwaarden – in civielrechtelijke zin – verbindt aan het te realiseren werk mogelijk reeds daarom geen sprake is van een aanbestedingsplichtige transactie. Alhoewel het gebruikelijk is dat de overheid contractuele randvoorwaarden stelt ter zake aard en omvang van de bebouwing, is dat niet in volle omvang noodzakelijk om daarop invloed te hebben.

Immers, de overheid heeft ook buiten het uitgiftecontract mogelijkheden om in enige mate te sturen. Zo

12. Vgl. punt 58 uit haar conclusie. De advocaat-generaal benoemt dit element (te weten de mogelijkheid inkomsten via derden te genereren) vervolgens uitsluitend in de context van de beantwoording van de tweede vraag, nl. de vraag op welke wijze de drempelwaarde berekend moet worden. Zie daartoe punt 65 e.v. van de conclusie van de advocaat-generaal. Ook de wijze waarop de advocaat-generaal het begrip 'bezwarende titel' in abstracto beschrijft, lijkt niet te duiden op de mogelijkheid dat daar ook inkomsten van derden onder moeten worden begrepen. Zie punt 57.

13. Gemakshalve wordt, mede in het licht van de uitspraak, in dit artikel steeds gesproken over de 'Richtlijn Werken', alhoewel deze richtlijn thans is geïncorporeerd in de Algemene Richtlijn (2004/18/EG).

14. R.o. 42 is tamelijk summier op dit punt. In ieder geval lijkt evident dat de gemeente in de overeenkomst op enigerlei wijze had omschreven wat de SEDL diende te realiseren.

15. Zie voor wat betreft de kwestie Vathorst o.a. *Tender Nieuwsbrief*, oktober 2005 alsmede het artikel van A.A. Boot & A.M. Ubink, *Bouwrecht*, juli 2005.

16. In de kwestie 'Vathorst' stelt de Europese Commissie zich overigens op het standpunt dat de betreffende CV(-BV) een 'aanbestedende dienst' is.

heeft de overheid op basis van ruimtelijkeordeningswet- en regelgeving natuurlijk reeds de nodige ‘grip’ op hetgeen wordt gerealiseerd. Een bouwvergunning is ten minste benodigd om te kunnen bouwen en door middel van toetsing aan redelijke welstandseisen, bestemmingsplan, Bouwbesluit en bouwverordening heeft de overheid toch wel een (publiekrechtelijk) kader waaraan men kan toetsen en tot op zekere hoogte mee kan sturen. Indien de overheid in het uitgiftecontract geen randvoorwaarden omtrent bebouwing zou formuleren, zou in feite sprake zijn van een ‘recht-toe-recht-aan’-gronduitgifte (verkoop) en het zal menigeen moeite kosten om een dergelijke verkooptransactie onder vigeur van de Richtlijn Werken (althans Algemene Richtlijn) te brengen.¹⁷

3.4.1. De projectontwikkelingspraktijk

Indien de conclusie – inhoudend dat de verkoop van gronden aan een private partij, inclusief enige beschrijving van de daarop te realiseren werken een krachtens de Richtlijn Werken aan te besteden werk is – terecht zou zijn, heeft dat voor de praktijk zeer verregaande gevolgen, omdat alsdan uitermate veel (zo niet alle) samenwerkingsovereenkomsten en transacties tussen overheid (waarbij de overheid gronden verkoopt) en een of meer private partijen conform een der procedures in de Richtlijn Werken – thans de Algemene Richtlijn (2004/18/EG) – aanbesteed zouden moeten worden.

Dat betekent een zeer wezenlijke breuk met de huidige praktijk met vergaande consequenties.

In de praktijk organiseert de overheid in gevallen waarbij zij alle of de meerderheid der gronden in bezit heeft, doorgaans wel enige ‘vormvrije’ prijsvraag, (ontwerp)competitie, bieding of selectie in gevallen als deze. Toepassing van de Richtlijn Werken – althans de Algemene Richtlijn – impliceert echter dat in de regel ‘strakke’ procedures moeten worden gevolgd die uitermate slecht passen bij het integrale, langdurige en complexe karakter van ontwikkelingsopgaven. In de praktijk is daardoor nadrukkelijk behoefte aan onder meer een voortschrijdende dialoog, overleg, mogelijkheden tot bijstelling en optimalisatie van plannen, afhankelijk van (wisselende) marktomstandigheden en (on)mogelijkheden die voortvloeien uit het ruimtelijkeordeningstraject. Toepassing van alternatieve procedures (onderhandelingsprocedure, ‘competitive dialogue’) lost dat probleem maar beperkt op. Typisch punt is bovendien dat in gevallen als deze normaliter sprake zal zijn van grondverkoop waarbij de overheid de hoogste prijs zal wensen te ontvangen, hetgeen naar haar aard haaks staat op het uitgangspunt van de richtlijnen waar sprake is van inkopen door de overheid en voor de overheid de laagste prijs normaliter het uitgangspunt is.

Daar komt bij dat er tal van projecten met regelmaat worden gegund aan een private partij zonder dat sprake is geweest van enige vorm van selectie (‘een-op-een’, zogezegd), laat staan een procedure conform de Richtlijn Werken althans de Algemene Richtlijn. En daar zijn ook regelmatig goede redenen voor aan te voeren, bijvoorbeeld in verband met de beperkte omvang, bestaan-

de eigendomsverhoudingen of specifieke locatie- of marktomstandigheden.

3.4.2. Reiswijzer

Bovendien wordt een dergelijke handelwijze gesanctioneerd door de recent verschenen Reiswijzer¹⁸: een publicatie van de NEPROM, VNG, IPO en de ministeries van VROM en Financiën waarbij aan overheden een handleiding wordt verstrekt om doordacht en passend om te gaan met prijsvragen, biedingen, (ontwerp)competities en selecties in het kader van projectontwikkeling. Deze Reiswijzer – mede door de overheid uitgebracht – neemt (onder meer) tot uitgangspunt dat het selecteren van een marktpartij zonder Europese aanbesteding of enigerlei andere vorm van selectie toegestaan is, mits de ‘publieke’ werken maar worden aanbesteed en de totstandkoming van de grondprijs maar transparant geschiedt (bijvoorbeeld door middel van taxaties).¹⁹

3.5. NEPROM

De NEPROM, overkoepelend orgaan van projectontwikkellend Nederland, heeft zich naar aanleiding van ‘Roanne’, blijkens haar periodieke bulletin, voornamelijk op het standpunt gesteld dat de huidige praktijk gehandhaafd kan blijven, nu, zo stelt de NEPROM, blijkens de uitspraak de Gemeente Roanne (ook) het risico droeg van de commerciële werken.²⁰ De Reiswijzer kan derhalve wat de NEPROM betreft voornamelijk gehandhaafd blijven.

Een interessante stellingname waar natuurlijk ook wel argumenten tegenin te brengen zijn. Men zou bijvoorbeeld kunnen betogen dat de SEDL, blijkens de uitspraak, ook particuliere aandeelhouders had, zodat het economisch risico wellicht niet ten volle voor rekening van de Gemeente Roanne kwam.²¹

Bovendien is het onderscheiden naar de vraag welke partij(en) het economisch risico draagt (dragen) altijd een enigszins complexe: wat te doen indien sprake is van een project waarbij de risico’s in een bepaalde verhouding tussen publieke en private partijen worden gedeeld? Anders gezegd: vele vormen van publiek-private samenwerking (PPS) hebben vaak als kenmerk dat risico’s op bepaalde wijze tussen publieke en private partijen verdeeld zijn.

17. In het in noot 14 aangehaalde artikel wordt uitgebreid op dit aspect – de mate van detaillering van door de overheid gestelde randvoorwaarden – ingegaan. Persoonlijk ben ik van oordeel dat de mate van detaillering van de door de overheid gestelde randvoorwaarden niet relevant is, althans eigenlijk niet zou mogen zijn, omdat men in een volstrekt arbitraire discussie terecht komt ten aanzien van de vraag welke mate van gedetailleerdheid uiteindelijk wel of niet doorslaggevend is.

18. De Reiswijzer is reeds vóór de uitspraak inzake Roanne definitief gemaakt, maar officieel door VROM uitgebracht op 1 februari 2007: ná de uitspraak inzake Roanne.

19. *Reiswijzer*, ‘Marktpartijen en gebiedsontwikkeling – een praktische routebeschrijving’, p. 17.

20. *NEPROM-bulletin* februari 2007.

21. Vgl. r.o. 64.

Dat neemt niet weg dat deze visie nadrukkelijk aandacht behoeft. Evident is immers dat de Gemeente Roanne nadrukkelijk baat en belang had bij dit project en daarmee toch overwegend een ‘publiek’ stempel had en daarvan alle – dan wel zo goed als alle – risico’s droeg, direct (door middel van financiële bijdragen) en indirect (als aandeelhouder en door middel van nadere afspraken).

Dit beeld wordt echter vertroebeld door het feit dat de SEDL ook particuliere aandeelhouders had. Onduidelijk is of hier sprake was van marginale private participaties of omvangrijke participaties. Dat blijkt niet uit de uitspraak. De vraag is bovendien ook wat een particuliere aandeelhouder te zoeken heeft in een entiteit waarvan op voorhand is bepaald dat de overschotten en tekorten van de SEDL volledig voor rekening van de Gemeente Roanne komen. Ook op dit punt wrekt zich het feit dat de uitspraak voor wat betreft de feiten op onderdelen (te) summier is, waardoor enige terughoudendheid gepast is bij het trekken van conclusies.

In de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk is het in ieder geval zo dat het markt-, althans opstalex-ploitatierisico normalerwijze geheel en volledig voor rekening van de private partijen komt – wezenlijk anders dan in Roanne geschiedde derhalve. Overigens zijn ook daar wel weer nuancerings op aan te brengen nu er in de praktijk regelmatig met grondquoten, voorverkooppercentages of minimum- en/of maximum VON-prijzen wordt gewerkt waardoor de overheid indirect ook enig risico van de projectontwikkeling draagt. Die nuancerings nemen echter niet weg dat private ontwikkelaars het markt- en afzetrisico dragen – en daar gaat het uiteindelijk om.

Het standpunt van de NEPROM is ook daarom zo interessant en van belang, omdat men inderdaad kan argumenteren dat het oordeel van het Hof – inhoudend dat de inkomsten van derden als een ‘bezwarende titel’ aangemerkt moeten worden – mogelijk specifiek en uitsluitend in de Franse setting gezien moet worden. Wie abstraheert van de letter van de richtlijnen, stelt immers vast dat de richtlijnen naar hun aard zijn geschreven voor inkopen en verwervingen door de overheid. Daarvan was in Roanne feitelijk ook sprake: de gemeente verwierf het parkeerterrein en de infrastructuur en zou ook de onverkochte commerciële gedeelten verwerven. Dat in een dergelijk geval de uit de verkoop van de commerciële delen verkregen inkomsten voor de gemeente ‘bezwend’ waren, was evident omdat de opbrengsten (of het gebrek eraan) uiteindelijk voor rekening van de gemeente zouden zijn met als ultimatum de verplichting om zelf de onverkochte delen te verwerven.

Indien deze verplichting tot (‘terug’)koop van de niet-verkochte onderdelen niet zou hebben bestaan voor de gemeente, is alleszins denkbaar en verdedigbaar dat de door de SEDL verkregen inkomsten niet als een ‘bezwarende titel’ zouden zijn aangemerkt. Dit is wat mij betreft een zeer wezenlijk aandachtspunt waar niet lichtvoetig overheen gestapt mag worden.

In dit licht is het zaak om ook nog eens goed kennis te nemen van de conclusie van de advocaat-generaal die

de mogelijkheid om inkomsten van derden te verkrijgen (uit verkoop of verhuur) voor wat betreft de commerciële delen uitsluitend beziet in de context van de berekening van de drempelwaarde en niet benoemt als een (voorbeeld van een) door de gemeente verrichte tegenprestatie in de context van de vraag of sprake is van een ‘bezwarende titel’.²²

En ook de zaak *Scala* verdient in deze context nogmaals een kritische lezing waar het Hof zich uitlaat over de ‘bezwarende titel’: ‘In dit verband zij opgemerkt, dat met de overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de in artikel 1 sub a van de richtlijn bedoelde overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken (cursivering RL)’.²³

Het gebruik van het woord ‘tegenprestatie’ lijkt, mede gelet op hetgeen het Hof daarna overweegt, toch nadrukkelijk te zien op een prestatie van overheidswege. Via derden te genereren inkomsten lijken daar niet voor in aanmerking te komen.

De slotwoorden spreken bovendien uitdrukkelijk over werken waarover de overheid ‘zal kunnen beschikken’. Die woorden lijken derhalve te impliceren dat indien sprake is van werken waarover de overheid niet kan beschikken, geen sprake meer is van een ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’.

Indien wij met deze gedachten in het achterhoofd de huidige Nederlandse projectontwikkelingspraktijk bezien, kan, zoals de NEPROM stelt, deze inderdaad gehandhaafd blijven. Immers, de gronduitgevende overheid draagt normaliter niet het ontwikkelingsrisico van de woningen en commerciële voorzieningen en bovendien neemt de overheid nimmer de verplichting op zich om de onverkochte woningen en voorzieningen te verwerven.

3.6.1. Grondposities van private partijen

In het voorgaande is met name aandacht geschonken aan de situatie waarbij de overheid gronden bezit en welke vervolgens worden verkocht aan private partijen om daarop woningen en kantoren of bedrijfsruimten te realiseren. Het is natuurlijk ook mogelijk en bovendien regelmatig voorkomend dat private partijen zelf reeds een perceel grond bezitten en daarop woningen, kantoren of bedrijfsruimten wensen te realiseren.

In de hedendaagse praktijk is er in Nederland een algemene consensus ter zake het feit dat ten aanzien van de realisatie van de ‘private’ werken in zodanig geval geen aanbestedingsplicht geldt: de grondeigenaar mag zonder dat sprake is van enige aanbestedingsplicht op zijn grond realiseren wat hij wenst, uiteraard onder de voorwaarde dat er een bouwvergunning is. Ten aanzien van de ‘publieke’ werken – met name wat betreft de openbare infrastructuur – is dat overigens minder evi-

22. Verwezen wordt naar punt 58 van de conclusie van de advocaat-generaal en een eerdere voetnoot bij dit artikel.

23. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 77.

dent en zijn er (nog) strijdige visies. Ook indien uit Roanne afgeleid zou moeten worden dat commerciële voorzieningen aanbesteed zouden moeten worden (en dat is nog steeds zeer de vraag), kan de bestaande praktijk (dat wil zeggen in gevallen waarbij de private partij haar eigen gronden wil ontwikkelen) met deze uitspraak gehandhaafd blijven.

3.6.2. Private grondposities en bouwvergunning

De private partij die op zijn gronden woningen o.d. wenst te realiseren kan daartoe een bouwvergunning aanvragen. Tussen overheid en private partij komt in zo'n geval geen overeenkomst tot stand, althans niet een civielrechtelijke overeenkomst zoals omschreven in Boek 6 BW. Van een aanbestedingsplicht is in zodanig geval n.m.m. dan ook reeds om die reden geen sprake omdat aan het element 'overeenkomst' (als onderdeel van de definitie van overheidsopdracht voor de uitvoering van werken) niet wordt voldaan.

Tenzij men natuurlijk de – zeer ver gaande – stelling wil innemen dat het aanbestedingsrecht zich weinig gelegen laat liggen aan de kwalificatie 'publieke' of 'private' overeenkomsten en de verlening van een bouwvergunning (met plicht tot betaling van leges) en de mogelijkheid voor de private partij om met de verkoop van woningen verkoopinkomsten te genereren, in haar onderlinge samenhang in het licht van het Europese aanbestedingsrecht, toch als een aanbestedingsplichtige 'overeenkomst' beschouwt. Naar mijn mening gaat een dergelijke conclusie (veel) te ver.

3.6.3. Private grondposities en samenwerkings-overeenkomst

Wat echter indien – en bepaald ongebruikelijk is dit niet – de private partij en overheid in gevallen als vernoemd tóch een overeenkomst sluiten. In de praktijk komt het immers regelmatig voor dat partijen een samenwerkings- of exploitatie-overeenkomst sluiten waarbij de overheid zich verplicht om een bestemmingsplan te wijzigen (of een artikel 19 WRO-procedure te voeren). De private partij verplicht zich daarbij om diverse bijdragen en vergoedingen aan de overheid te betalen en de gronden die zij bezit conform te verlenen vergunning en eventuele andere overheidsvoorwaarden te bebouwen.

Indachtig de thans voorliggende uitspraak van het Hof lijken er bij eerste lezing argumenten voorhanden om te stellen dat ook een dergelijke samenwerkings- of exploitatie-overeenkomst aanbestedingsplichtig is. Er is immers een overeenkomst, met de woningverkoop worden inkomsten gegenereerd zodat (mogelijk) ook sprake is van een 'bezwarende titel', mogelijk kan men de verplichting van de overheid om een bestemmingsplan te wijzigen ook duiden als een 'bezwarende titel', terwijl in de overeenkomst in de regel wel in enige mate omschreven is wat de private partij op zijn gronden zal moeten realiseren.

Hoewel er op het eerste gezicht dus argumenten voorhanden lijken te zijn die deze conclusie (inhoudend dat sprake is van een aanbestedingsverplichting) lijken

te rechtvaardigen, komt een dergelijke conclusie me al te gortig voor, nog afgezien van de vraag hoe de overheid een aanbesteding op gronden van de private partij zou moeten effectueren.

Ik meen dat in dit geval eenvoudigweg gesteld zou moeten worden dat, anders dan in de zaak *Roanne*, de overheid de inkomsten uit de woningverkoop nimmer zelf had kunnen genereren. Immers, in de zaak *Roanne* was de overheid zelf (in belangrijke mate) grondeigenaar en had zij ervoor kunnen kiezen zelf de commerciële voorzieningen te realiseren en aldus de verkoopinkomsten te genereren.²⁴ En in zekere zin verkreeg zij zodanige inkomsten ook indirect doordat zij (mede-)aandeelhouder in de SEDL was én als gevolg van de afspraak dat overschotten van de SEDL aan de gemeente zouden toevallen.

Men kan dus eenvoudig beargumenteren dat in gevallen als deze, waarbij de private partijen de gronden in bezit hebben, geen sprake is of kan zijn van een (overeenkomst onder) 'bezwarende titel', zodat reeds om die reden niet aan de definitie van een 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' wordt voldaan.

Indien de gronden immers in bezit zijn bij een private partij, is – anders dan indien een gemeente zelf de gronden bezit – de gemeente niet in staat, direct noch indirect, de verkoopinkomsten uit de woningverkoop te genereren.

Gelet daarop zou ik dan ook menen dat men de conclusies uit de zaak *Roanne* – waar de overheid kennelijk (het merendeel van) de gronden in bezit had – sowieso al niet mag 'doortrekken' naar de situatie waarbij een private partij de gronden bezit, ook al lijkt daar, bij eerste lezing, wellicht enige reden toe; nog afgezien van het feit dat men mogelijk kan stellen dat in gevallen waarbij de private partij het exploitatierisico draagt, de conclusies inzake 'Roanne' sowieso niet toegepast mogen worden. Het zogenoemde 'concessiemodel' kan dan ook overeind blijven.

3.6.4. Zelfrealisatierecht

In het voorgaande is bovendien gemakshalve nog geabstraheerd van de ter zake uitermate relevante maar overigens tamelijk complexe 'driehoeksverhouding' tussen de Onteigeningswet, het recht tot zelfrealisatie van de grondeigenaar en het aanbestedingsrecht.

Uitgangspunt in ons bestel is immers dat een private partij die financieel en technisch gezien in staat is op zijn gronden de door de overheid beoogde bestemming te realiseren, niet onteigend kan worden. Dat uitgangspunt is overigens niet absoluut: met name waar het de realisatie van publieke werken betrof kon, zo volgt uit

24. Uit de uitspraak blijkt niet met zoveel woorden dat de gemeente grondeigenaar was. Uit de beschreven gang van zaken – de gemeente wilde een desolaat stadsdeel nieuw leven inblazen – meen ik echter af te leiden dat de gemeente de beschikking over de gronden had (althans een substantieel deel) dan wel via onteigening had kunnen verkrijgen. In ieder geval is er geen (gegronde) aanwijzing voor de stelling dat enige private partij over een majeure grondpositie beschikte.

de rechtspraak, de betreffende overheid in een aantal gevallen de grondeigenaar toch onteigenen. Het ging daarbij echter steeds om ‘publieke werken’, terwijl er bovendien veelal wel sprake was van enige bijzondere omstandigheid waardoor onteigening ook wel in enige mate in de rede lag.

Het zou echter zeer verbazen indien de overheid gerechtigd zou worden tot onteigening opdat men alsdan zelf ook de private werken (woningen, kantoren, bedrijfsruimten) kan ontwikkelen en realiseren. Een fundamenteel verschil is immers dat de realisatie van publieke werken nu eenmaal een typische overheidsaangelegenheid is. De ontwikkeling en realisatie van woningen en overige typisch ‘private werken’ daarentegen is een aangelegenheid die niet als typische overheidstaak wordt gezien, terwijl de overheid in dat kader doorgaans ook geen risico’s wenst te lopen en daar in de regel ook niet op is ingesteld. Dit onderwerp is te complex om in dit bestek te behandelen en is op zich al voldoende om daar een aparte studie aan te wijden.²⁵

Al met al meen ik dat deze uitspraak van het Hof nadrukkelijk niet mag (omdat het aanbestedingsrecht daartoe niet noodzaakt) en bovendien ook niet kan (omdat onteigening niet mogelijk is) worden toegepast op de situatie waarbij private partijen zelf gronden bezitten en daar woningen en overige commerciële voorzieningen op wensen te realiseren.

3.7. *Bouwclaimmodel*

De vraag die (ook) opkomt is of met deze uitspraak het bouwclaimmodel ‘de nek wordt omgedraaid’. Immers, in dit model leveren private partijen hun gronden in bij een gemeente die de grond vervolgens tegen vooraf overeengekomen prijzen uitgeeft aan de private partijen. Het perceel dat een private partij ‘retour ontvangt’ hoeft echter niet noodzakelijkerwijs hetzelfde perceel te zijn als het perceel dat is ingeleverd – integendeel zelfs.

Gesteld dat zodanige gronduitgifte (met bijkomende voorwaarden) aanbesteed zou moeten worden door de overheid, rijst de vraag of private partijen nog wel bereid zijn hun gronden in te leveren, indien men vervolgens het risico loopt dat men de gronden niet ‘retour verkrijgt’ maar zal moeten meedingen in een aanbesteding.

Het verdient hierbij opmerking dat overeenkomsten die in strijd met de aanbestedingsregelgeving gesloten zijn, weliswaar hun (rechts)geldigheid behouden en derhalve in rechte afdwingbaar zijn, doch dit laat onverlet dat derden (concurrenten) door middel van een rechterlijke voorlopige voorziening mogelijk een aanbesteding zouden kunnen afdwingen.²⁶ Bovendien wordt opgemerkt dat onder de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn de zojuist genoemde rechtsregel – inhoudend dat overeenkomsten hun geldigheid behouden, ook indien zij niet overeenkomstig de aanbestedingsregelgeving tot stand gekomen zijn – mogelijk nuancering gaat behoeven.²⁷

Het is dan ook zeer wel voorstelbaar dat private partijen nadere voorwaarden zullen verbinden indien zij gronden bij de overheid inleveren. Zolang de overheid

niet in brede zin expliciet heeft gemaakt wat haar standpunt is naar aanleiding van de uitspraak inzake *Roanne*, is het goed voorstelbaar dat private partijen een ontbindende voorwaarde opnemen in hun overeenkomst, bijvoorbeeld inhoudend dat de (verkoop)overeenkomst van rechtswege wordt ontbonden indien de gemeente – ongeacht de reden – zou overgaan tot een aanbesteding.

Een andere gedachte is dat private partijen in het geheel niets inleveren bij de gemeente, maar in overleg met die gemeente materieel gezien onderling dezelfde afspraken maken als onder het traditionele bouwclaimmodel, echter zonder dat de betreffende gronden op enig moment eigendom worden van de gemeente (uiteraard met uitzondering van de na realisatie van het project aan de gemeente over te dragen openbare infrastructuur). Het kan wellicht, maar het is wel uitermate complicerend vanuit organisatorische, financiële, fiscale en juridische optiek.

Hoe een en ander zal evolueren is met name afhankelijk van het standpunt dat gemeenten zullen innemen naar aanleiding van deze uitspraak.

3.8. *Corporaties*

Bij menige ontwikkeling wordt een deel bestemd voor wat we noemen de sociale woningbouw. In dergelijke gevallen zijn de woningcorporaties normalerwijze de contractant van de gemeente, waarbij de gemeente gronden uitgeeft welke vervolgens door de corporatie bebouwd worden. Gesteld dat als gevolg van deze uitspraak een dergelijke gronduitgifte aanbestedingsplichtig zou worden, dan zou, logischerwijs, ook de overeenkomst tussen corporatie en overheid aanbesteed moeten worden. Gegeven de aard van de overeenkomst past een dergelijke aanbesteding niet in het Nederlandse bestel. Temeer niet indien men bedenkt dat corporaties niet buiten de eigen gemeentegrenzen werkzaam mogen zijn. Zouden corporaties derhalve in de toekomst in een aanbesteding moeten meedingen naar ontwikkelingen, dan impliceert dat een wezenlijke breuk met de Nederlandse systematiek. Het zou niet de eerste keer zijn dat ‘Den Haag’ in aanvaring komt met ‘Brussel’ over het Nederlandse corporatiebeleid. Een kwestie die in het dossier Vathorst ook aan de orde is: de Europese Commissie acht de transacties tussen GEM en de in dat geval betrokken corporaties eveneens aanbestedingsplichtig.

25. In dit verband wordt verwezen naar een onderzoek van de Universiteit van Amsterdam onder leiding van prof. mr. B.J. Schueler en mr. R. Mellenbergh onder de titel: ‘De mogelijkheden van afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel. De reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM en een vergelijking met de situatie in de VS’. In de laatste paragrafen van dit onderzoek wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen eigendomsrecht, onteigening, zelfrealisatie en aanbestedingsrecht.

26. Zie o.a. HR 28 oktober 1999, *NJ* 2000, 528 (*Uneto/de Vliert*) en bevestigd in HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204. Zie <www.rechtspraak.nl>.

27. Zie hierover o.a. M. Meulenbelt, ‘Aanscherping van de Handhavingsrichtlijnen’, *Tender Nieuwsbrief* januari 2007.

De Commissie laat zich daarbij niets gelegen liggen aan Nederlandse tradities en beleid.

3.9. *Private bestemming*

Zoals hiervoor is gesteld, is de conclusie welke inhoudt dat grondverkoop met de verplichting om daarop werken te realiseren die voldoen aan gemeentelijke voorwaarden mogelijk krachtens de Richtlijn Werken aanbesteed moeten worden (gesteld dat die conclusie juist zou zijn), tamelijk verstrekkend.

De vraag dringt zich op (zo deze conclusie juist zou zijn) of in dit verband nog een onderscheid gemaakt mag of moet worden tussen ‘publieke’ en ‘private’ werken, anders gezegd: een onderscheid naar bestemming. Alhoewel het Hof hier geen overwegingen aan wijdt, mag men gevoelig aannemen dat een dergelijk onderscheid niet relevant is. De richtlijn maakt dit onderscheid niet, terwijl de advocaat-generaal Kokott in haar conclusie, mede verwijzend naar bestaande rechtspraak, een dergelijk onderscheid evenmin relevant vindt.²⁸

3.10. *Concessies: ‘publieke’ en ‘private’ werken*

De vraag die met het vorenstaande tevens aan de orde is, is of met deze uitspraak vanaf nu ook iedere – wat men kan noemen – ‘concessie voor private werken’ bestreken wordt door de Richtlijn Werken.

Immers, de ‘concessie voor openbare (of, zo men wil, “publieke”) werken’ wordt krachtens artikel 1 sub d nadrukkelijk wél bestreken door de Richtlijn Werken. Dergelijke concessies moeten met inachtneming van de richtlijn worden aanbesteed. Het gaat hierbij echter specifiek om concessies voor ‘openbare werken’, ofwel werken met een ‘publiek karakter’, zoals tolwegen, tolbruggen e.d.

De uitgifte van een perceel grond met de plicht althans het recht daarop woningen te bouwen wordt niet gezien als een concessie voor een ‘openbaar werk’: het gaat immers om een werk met een puur ‘privaat karakter’.

Echter, een transactie waarbij de overheid een perceel grond verkoopt waarop de kopende private partij woningen c.a. mag realiseren, zou men wellicht als een ‘concessie voor private werken’ kunnen duiden. En als men de uitspraak in *Roanne* zo moet interpreteren dat ook grondverkoop met randvoorwaarden aanbestedingsplichtig zijn, dan zou men dat kunnen vertalen als een aanbestedingsplicht voor ‘concessies voor private werken’.

Indien die conclusie terecht is, lijkt daarmee terstond een gegronde reden te ontvallen om ‘concessies voor openbare werken’ nog een aparte plaats te geven in de Richtlijn Werken, omdat alsdan alle concessies – voor zowel private als publieke werken – door de richtlijn worden bestreken.

Met deze vaststelling is dan echter tevens een (a contrario) argument voorhanden om te stellen dat gronduitgiften met de plicht die conform gemeentelijke randvoorwaarden te bebouwen, juist niet aanbestedingsplichtig zijn. Immers, de Europese wetgever heeft duidelijk expliciet willen en moeten voorzien in een

aanbestedingsplicht voor concessies voor openbare werken: transacties waarbij de verkrijger middels van derden te genereren inkomsten de realisatiekosten moet zien terug te verdienen. Een dergelijke concessie viel, bij de totstandkoming van de Richtlijn Werken, niet onder de definitie van een ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ en is als sub d bij artikel 1 ingevoegd. Ook de dienstenconcessie valt (nog immer) niet onder de Richtlijn Diensten.

Nu deze concessie voor openbare werken expliciet is beschreven en ingevoegd in de richtlijn omdat zij niet ‘gedekt’ werd door de definitie van een ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’, kan men mogelijk a contrario stellen dat concessies voor ‘private werken’ (ook) buiten de definitie van ‘overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’ althans de Richtlijn Werken (behoren te) vallen nu deze, anders dan concessies voor openbare werken, niet expliciet zijn gedefinieerd.²⁹

3.11. *GEM*

Ook rijst de vraag wat deze uitspraak betekent voor de GEM, de Gemeenschappelijke Exploitatie Maatschappij. Bij wat grootschaliger ontwikkelingen, waar het grondbezit in zekere mate tussen publieke en private partijen is verdeeld, is het gebruikelijk dat overheid en private partijen een GEM oprichten waar men de gronden inbrengt. De GEM verwerft vervolgens de nog ontbrekende gronden en voert de grondexploitatie. De GEM geeft de bouwrijpe gronden uit aan de ontwikkelaars die vervolgens de opstalexloitatie voor hun rekening nemen. De GEM is meestal een CV-BV waarin de publieke respectievelijk private partijen ieder 50% van de zeggenschaps- en financiële rechten bezitten. Alle betrokken partijen sluiten voor oprichting van de GEM veelal een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan zij de gronden in de GEM inbrengen tegen een bepaalde waarde en afspraken maken – op hoofdlijnen – over aard en omvang van de te realiseren bebouwing van het te ontwikkelen gebied.

In de thans voorliggende zaak zijn zekere parallellen te ontwaren met de GEM. De SEDL is een verband waarin, klaarblijkelijk, naast de gemeente, ook private partijen (kunnen) participeren.³⁰ De SEDL heeft een ontwikkelings- en realisatieplicht en zal, naast zelfstandig te verwerven gronden, mogelijk ook gronden van de gemeente hebben verkregen. Ondanks het feit dat de SEDL zelf een aanbestedende dienst was en alle werk-

28. Vgl. punt 42 van de conclusie van de advocaat-generaal met verwijzingen naar HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96 (*Mannesmann*) en HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03 (*Stadt Halle*).

29. Enige (indirecte) steun voor deze stelling meen ik aan te treffen in punt 46 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott. Zij stelt dat de verhouding tussen gemeente en SEDL geen concessie voor een openbaar werk in de zin van artikel 1 sub d van de Richtlijn Werken is, omdat de Gemeente Roanne het volledige risico droeg en de niet aan derden verkochte delen zou kopen.

30. Vgl. r.o. 64.

zaamheden conform de richtlijnen aanbesteedde, had de gemeente de overeenkomst met de SEDL toch Europees moeten aanbesteden.

Gelet daarop is het inbrengen in, althans verkopen van gronden door een gemeente aan een GEM een transactie die misschien evenmin aan het Europese aanbestedingsrecht ontsnapt. De GEM is immers een separate juridische entiteit en bovendien een entiteit waarin private partijen doorgaans een aanzienlijke participatie hebben.

Overigens 'wringt' een dergelijke conclusie wel. De GEM wordt doorgaans eerst opgericht als uitvloeisel van een samenwerkingsovereenkomst tussen overheid en private partijen, met name om een vehikel te creëren waarin partijen gestructureerd hun belangen, rechten en verplichtingen kunnen waarborgen. Het vehikel is normalerwijze niet veel meer dan een juridisch en praktisch goed hanteerbaar uitvoeringsinstrument van partijen. Het zou dan ook erg onwenselijk zijn indien een gemeente een aanbesteding zou moeten uitschrijven, terwijl zij juist met private partijen heeft besloten een GEM op te richten en haar gronden daarin onder te brengen.

Het vergt dan ook enige hersengymnastiek om deze uitspraak in te passen in de wijze waarop in Nederland GEM-men tot stand komen. Strikt genomen zou de GEM mee kunnen dingen naar de door de gemeente aanbestede opdracht. Zaak is dan wel dat in de samenwerkingsovereenkomst op dit punt een voorbehoud wordt gemaakt door de gemeente. Bovendien dient erin voorzien te worden wat rechtens is indien de GEM de opdracht niet zou verwerven. Of, een andere mogelijkheid: de gemeente schrijft op voorhand een aanbesteding uit en verplicht de winnende partij om met anderen en gemeente een GEM op te richten. Uiteraard is dit oplosbaar maar het vergt wel grondig voorbereidend werk, waarbij eveneens klemt dat de Richtlijn Werken (althans de Algemene Richtlijn) zeer slecht toegesneden is op de in dit kader te sluiten overeenkomst(en).

Een zeer wezenlijk punt van verschil is bovendien dat een GEM in de regel uitsluitend verantwoordelijk is voor de grondexploitatie. De opstalexploitatie is in de regel een uitsluitende zaak van de private partijen. In de thans voorliggende uitspraak droeg SEDL echter óók het risico van de opstalexploitatie (beter gezegd: de Gemeente Roanne, want zij droeg uiteindelijk – indirect – dit risico). Dat is een wezenlijk verschil waardoor men zich kan afvragen of de zaak *Roanne* überhaupt toepasbaar is op 'ons' GEM-model. Hoe het ook zij: met de onderhavige uitspraak is ook het zogenoemde 'GEM'- of 'joint venture'-model met onzekerheid omgeven.

3.12. *Kantorenmarkt*

In dit verband wordt ook nog opgemerkt dat de kantorenmarkt een andere dynamiek kent dan de woningmarkt. Bij woningbouwontwikkeling wordt ná of (min of meer) gelijktijdig met de grondaankoop een plan ontwikkeld waar nadien de kopers worden '(bij)gezocht'. In de kantorenmarkt werkt het in zekere zin andersom: men gaat in eerste instantie of in ieder geval in een

vroegtijdig stadium met een potentiële huurder of koper van een kantoor 'in de slag' waarna (of gelijktijdig) de grondaankoop (al dan niet via optie-overeenkomsten op de grond) volgt. In een dynamische wereld als die van een kantorenmarkt is het ten minste nog eens extra complicerend indien men, na overeenstemming met een koper of huurder te hebben bereikt, vervolgens de grond waarop het kantoor gerealiseerd moet worden via een aanbesteding zou moeten verwerven (met bovendien als risico dat men de aanbesteding niet 'wint'). Daar zijn de belangen van de huurder of koper te groot voor en het tijdsbeslag dat gepaard gaat met een aanbesteding is daarvoor te lang.

3.13. *Drempelwaarde*

Dat voor het bepalen van de waarde van de opdracht (en daarmee het antwoord op de vraag of de drempelwaarde wordt overschreden) inkomsten in de beschouwing dienen te worden betrokken, is naar mijn mening wat minder verrassend. Het Hof wijst daarbij in haar overwegingen op de concessie voor openbare werken, waarbij, anders dan bij de 'gewone' opdracht, kenmerkend is dat de opdrachtnemer geheel of in belangrijke mate betalingen ontvangt die van derden afkomstig zijn (denk bijvoorbeeld aan een tolgeweg) om aldus de realisatiekosten van het werk te dekken. Als dergelijke inkomsten van derden niet in de beschouwing betrokken zouden mogen worden, dan zou menige financieel omvangrijke transactie mogelijk buiten de scope van de Richtlijn Werken vallen, omdat de drempelwaarde niet zou worden overschreden omdat alsdan hooguit de overheidsbijdrage aan de opdrachtnemer maatgevend zou zijn voor berekening van de drempelwaarde. En die overheidsbijdrage kan uitermate beperkt of mogelijk zelfs geheel afwezig zijn. Bijgevolg zou dan mogelijk een veelheid van financieel omvangrijke werkenconcessies buiten het bestek van de Richtlijn Werken vallen.

3.14. *Het 'doorleggen' van de aanbestedingsplicht*

Sedert de uitspraak van het Hof inzake *Scala* was het goed gebruik geworden dat overheden een private partij (bij gronduitgifte aan deze private partij) verplichtten om, al dan niet namens de overheid, een of meer, 'publieke', werken (zoals openbare infrastructuur) aan te besteden conform de Europese regelgeving.³¹ 'Scala' had die mogelijkheid nadrukkelijk geschapen.³²

Het Hof lijkt die mogelijkheid thans teniet te doen, althans zo is men geneigd bij eerste lezing te concluderen. Ik meen echter dat een dergelijke conclusie te ver gaat, alhoewel enige voorzichtigheid natuurlijk op zijn plaats is. Ik ben geneigd de betreffende overweging van het Hof te lezen in de context van de specifieke vraagstelling, te weten de vraag of een overheid aan een aanbestedingsverplichting kan ontkomen indien de opdrachtnemer casu quo 'aannemer' wordt verplicht alle werkzaamheden met inachtneming van de richtlijnen

31. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98.

32. Vgl. r.o. 100.

aan te besteden. Dat het Hof deze vraag ontkennend beantwoordt is m.i. niet verwonderlijk: een dergelijke vrijstelling of uitzondering kent de Richtlijn Werken (evenals andere richtlijnen) immers niet.

Bovendien kan men – en (m.i.) dient men – een onderscheid maken tussen het geval waarbij enerzijds de ‘aannemer’ op eigen naam en voor eigen rekening en risico werken aanbesteedt en anderzijds het geval waarbij een ‘aannemer’ een opdracht ‘namens’ (derhalve als gevolmachtigde) en mitsdien voor rekening en risico van de overheid aanbesteedt.

In de onderhavige uitspraak was sprake van een situatie waarbij aan de ‘aannemer’ (SEDL derhalve) een alomvattende opdracht werd verstrekt en deze vervolgens op eigen naam en – in eerste instantie – voor eigen rekening en risico de uit die opdracht voortvloeiende werkzaamheden uitbesteedde met inachtneming van de procedures als vervat in de richtlijnen en vervolgens ook op eigen naam de daaruit voortvloeiende overeenkomsten aanging.³³

Die situatie is wezenlijk anders indien een derde op naam van de Gemeente Roanne een of meer opdrachten voor rekening en risico van de Gemeente Roanne zou hebben aanbesteed met inachtneming van de Richtlijn Werken. Zowel formeel als materieel zou de Gemeente Roanne alsdan de entiteit zijn geweest die aanbesteedde en bijgevolg de overeenkomsten zou sluiten. Ik zou menen dat een dergelijke gang van zaken, ondanks meergevoemde overweging van het Hof, nog immer toegestaan is. Naar mijn mening had het Hof in de zaak *Scala* ook een dergelijke gang van zaken voor ogen daar in rechts-overweging 100 van deze uitspraak uitdrukkelijk van een ‘volmacht’ wordt gesproken.

De omstandigheid dat in de zaak *Scala* de overheid geen andere mogelijkheid had om een aanbesteding te realiseren – omdat de infrastructuur in dat geval op grond van de private partij gerealiseerd moest worden – doet aan het voorgaande naar mijn mening niet af.³⁴

Zou dat wel het geval zijn, dan brengt deze uitspraak in de zaak *Roanne* met zich mee dat ten opzichte van de zaak *Scala* een tamelijk radicale ommezwaai wordt gemaakt, tenzij men zou willen aannemen dat het onderscheid in grondpositie – in Roanne was de gemeente eigenaar, in ‘Scala’ de private partij – doorslaggevend is in dit verband. Nogmaals, ik denk niet dat dat het geval is.³⁵

Feit is natuurlijk wel dat indien de private partij als gevolmachtigde wordt betaald om namens de gemeente de aanbesteding uit te voeren, sprake is van een aanbestedingsplichtige dienst. Dat is echter weer een geheel andere kwestie.

3.15. Staatssteun

Zou het inderdaad zo zijn dat gronduitgiftes (met randvoorwaarden omtrent bebouwing) voortaan aanbesteed moeten worden, dan is daarmee acuut iedere discussie over staatssteun bij grondtransacties ‘opgelost’. Om te voorkomen dat mogelijk sprake is van (ongeoorloofde) staatssteun, kan de overheid ervoor opteren gronden (of gebouwen) te verkopen op basis van een taxatie vooraf

dan wel door middel van een aanbestedings(achtige) procedure.³⁶ Indien iedere grondverkoop geschiedt op basis van een Europese aanbesteding wordt daarmee verondersteld dat de verkregen prijs marktconform is en geen staatssteun impliceert.

4. Conclusie

4.1. Inleiding

Na ‘Scala’ is deze zaak eigenlijk de tweede uitspraak van het Hof die betrekking heeft op projectontwikkeling. Het kost vanwege de complexiteit immer enige moeite om deze uitspraken te ‘ontleden’ en vast te stellen welke meer algemene conclusies men daaruit mag trekken.

De oorzaken daarvoor zijn van diverse aard. Uiteraard kent iedere zaak haar eigen merites. Daar komt bij dat zowel in de zaak *Scala* als deze zaak het beeld enigszins werd en wordt vertroebeld doordat in de casus bepaalde specifieke lokale en overigens bijzondere (Italiaanse respectievelijk Franse) wetgeving en omstandigheden aan de orde waren. De derde omstandigheid die het trekken van algemene conclusies bemoeilijkt, is gelegen in het feit dat projectontwikkeling per land zijn eigen eigenaardigheden en praktijken kent en eigenlijk nimmer sprake is van ‘eendimensionale’ verhoudingen. Projectontwikkelingscontracten hebben in de regel betrekking op diverse uiteenlopende maar overigens integraal met elkaar samenhangende zaken, waarbij allerhande betalingen en verrekeningen plaatsvinden, terwijl niet altijd evident en eenduidig is welke betaling of verrekening aan welke specifieke opdracht of element kan worden gerelateerd. Ook in het staatssteunrecht herkent men deze problematiek.

Een ‘doorsnee’-projectontwikkelingsovereenkomst heeft immers al gauw betrekking op het maken van ontwerpen en het realiseren van diverse met elkaar samenhangende ‘private’ en ‘publieke’ werken, gepaard gaande met allerlei expliciete en impliciete verrekeningen, betalingen, vergoedingen en bijdragen vanuit overheden en private partijen, daarbij tevens rekening houdend met grondposities van betrokken partijen. Het beeld

33. Een nuancering is op zijn plaats nu, blijkens de overeenkomst tussen de gemeente en SEDL de gemeente het risico van het project geheel overneemt. Materieel gezien werden, zo kan men betogen, de overeenkomsten voor rekening en risico van de Gemeente Roanne gesloten. Formeel gezien echter niet.

34. Advocaat-generaal Kokott (zie punt 76) lijkt ik hier overigens niet aan mijn zijde te vinden. Principieel verschilpunt tussen ‘Roanne’ en ‘Scala’ is en blijft echter dat in de zaak *Roanne* de SEDL niet krachtens volmacht handelde.

35. Er is immers geen verschil tussen een aannemer die op naam van en voor rekening en risico van een overheidsinstelling een aanbesteding uitvoert en een ingehuurd consultancy- of ingenieursbureau: in al deze gevallen wordt aanbesteed namens de overheidsinstelling en er wordt voor diens rekening en risico gecontracteerd. De betreffende derde is niet meer dan een ingehuurde externe uitvoerder.

36. Zie *PbEG* 1997, C 209 d.d. 10 juli 1997: ‘Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties’.

wordt nog gecompliceerder indien, zoals regelmatig het geval is, meerdere partijen zijn betrokken en een GEM wordt opgericht.

4.2. *Private grondeigendom & 'doorleggen' aanbestedingsplicht*

Dat private grondeigenaren op eigen gronden voor eigen rekening en risico zonder aanbestedingsrechtelijke repercussies woningen en kantoren/bedrijfsruimten mogen blijven ontwikkelen staat wat mij betreft buiten kijf. Idem staat wat mij betreft nog steeds buiten kijf dat overheden de aanbestedingsplicht kunnen 'doorleggen', mits dit maar geschiedt namens (derhalve bij volmacht) en voor rekening en risico van de overheid. Althans, zodanige conclusies acht ik uitermate goed verdedigbaar.

4.3. *De hamvraag*

De hamvraag is of met deze uitspraak thans gegeven is dat gronduitgiftes en grondverkoop door de overheid – waarbij dan tevens voorwaarden omtrent de te ontwikkelen voorzieningen worden gesteld – ter zake de ontwikkeling van woningen, kantoren en overige commerciële voorzieningen voortaan krachtens de Richtlijn Werken (althans de Algemene Richtlijn en het BAO) aanbesteed moeten worden.

De specifieke setting van de zaak *Roanne* (te weten een project met een nadrukkelijk publiek belang, dat werd uitgevoerd door een andere aanbestedende dienst, waarbij de overheid uiteindelijk het ontwikkelingsrisico droeg en de niet-verkochte delen 'terug'kocht), het gepolitiseerde karakter van de uitspraak en – op onderdelen – de onduidelijkheid omtrent de exacte feiten, bemoeilijken een definitieve oordeelsvorming nadrukkelijk.

De tot dusverre 'in de pers' ingenomen stelling dat met deze uitspraak in de hand voortaan ook woningen, kantoren en bedrijfsruimten Europees aanbesteed moeten worden, is wat mij betreft dan ook bepaald nog geen uitgemaakte zaak. Sterker nog: met name de omstandigheid dat de Gemeente Roanne zich had verplicht de onverkochte delen alsmede (sowieso) het parkeerterrein en de infrastructuur te kopen van de SEDL en ook overigens het projectrisico droeg, onderscheidt deze zaak nadrukkelijk van hetgeen normaal en gangbaar is in de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk.

Gelet daarop alsmede gelet op de conclusie van de advocaat-generaal Kokott en de uitspraak inzake *Scala*, vind ik de argumenten voor de stelling dat deze uitspraak níet noopt tot het Europees aanbesteden van private projecten per saldo overtuigender.³⁷

4.4. *De toekomst*

Het ligt in de rede dat VNG en VROM op (korte) termijn met een visie zullen komen. Thans leidt de uitspraak in ieder geval wel tot de nodige onzekerheid en terugtrekkende bewegingen aan overheidszijde. Nu (nog) niet geheel duidelijk is welke lijn men uit de uitspraak mag destilleren wordt, zo mag men aannemen en zo blijkt uit de eerste reacties, van overheidswege gekozen voor veiligheid: voorlopig niets doen en indien no-

dig wellicht toch een procedure conform de Algemene Richtlijn (althans het BAO) verkiezen. Een richtlijn die nadrukkelijk niet is toegesneden op de complexe projectontwikkelingspraktijk. De omstandigheid dat de Europese Commissie in 'Vathorst' is opgetreden heeft bovendien al tot de nodige kopschuwheid aan overheidszijde geleid. Het euvel is daarmee in zekere zin al geschied.

5. **Tot slot**

Ik geloof in ieder geval niet dat overheid en private partijen zitten te wachten op een verplichting tot Europese aanbesteding conform de Algemene Richtlijn (althans het BOA) voor louter private projecten waarbij de overheid geen (exploitatie)risico loopt. Het roept wederom de gedachte op dat 'Europa' 'doorschiet' en draagt bij aan de stellingname dat 'Europa' zich zal moeten matigen wil men tot een brede acceptatie van 'Europa' komen. Over deze uitspraak zal nog heel veel worden gezegd – en geschreven.

37. Ik kan mij niet losmaken van de indruk dat de slotzin van overweging 45 van het Hof, te weten dat de mogelijkheid om inkomsten van derden te verwerven als een 'bezwarende titel' moet worden aangemerkt, een 'slip of the pen' is en uitsluitend had dienen te worden geplaatst in de context van de vraag hoe de drempelwaarde berekend moet worden.