

Reiswijzer 2009

Najaar 2009 is de 'Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009 - een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden' uitgekomen. De 'oude' Reiswijzer diende als gevolg van voortschrijdende ervaringen en rechtspraak te worden geactualiseerd. Het resultaat is een fraai boekwerk dat is uitgebracht onder auspiciën van VROM, BiZa en Financiën alsmede de VNG, IPO en NEPROM.¹

De Reiswijzer 2009 bevat veel informatie en is zeer toegankelijk, vooral voor diegenen die voor het eerst of weinig met gebiedsontwikkeling in aanraking komen. Hoewel men zou denken dat de Reiswijzer 2009 uitsluitend ingaat op de complexe relatie tussen gebiedsontwikkeling en aanbestedingsrecht is het (veel) meer dan dat. De Reiswijzer 2009 bevat veel leesbare, beknopte inleidingen over tal van uiteenlopende onderwerpen die verwant zijn aan gebiedsontwikkeling. Niet alleen komen de 'modellen' (concessie, bouwclaim, joint-venture) en fasering (initiatief, haalbaarheid, realisatie, exploitatie) voorbij, maar evenzo worden de Wet ruimtelijke ordening, de Wet voorkeursrecht gemeenten, de Onteigeningswet en het zelfrealisatieprincipe op leesbare wijze uiteengezet. Ook wordt de gehele aanbestedingsprocedure stapsgewijs behandeld: van aankondiging via selectie tot gunning, inclusief een beschrijving van de diverse typen aanbestedingsprocedures en alle relevante aspecten.

Bovenal is er veel aandacht voor het aanbesteden, waarbij alle gerelateerde thema's aandacht krijgen: marktconsultatie, grondposities, zelfrealisatie(verweren), selectie- en aanbestedingsstrategieën, samenwerkingsmodellen, selectie op prijs en/of visie, 'unsolicited proposals', het aanbrengen van wijzigingen in plan en/of contract na gunning, praktische tips, 'do's en don't's', et cetera.

Aanbestedingsrecht

Vanuit het perspectief van de Tender Nieuwsbrief is natuurlijk het hoofdstuk (6) waarin specifiek wordt ingegaan op het aanbestedingsrecht het meest interessant. Sedert de vorige Reiswijzer hebben zich op dit vlak significante ontwikkelingen voorgedaan: 'Roanne/Auroux' (2007) heeft zijn weerslag gehad op de praktijk (de discussie over de interpretatie ervan is echter nog niet definitief beslecht), het ICER-rapport is verschenen (najaar 2008), de 'zaak-Vathorst' is door de Europese Commissie ingetrokken (maart 2009) en op nationaal vlak is er voortschrijdende jurisprudentie (Noordwijk, Voerendaal, Kampen, Voorst). Dit onderdeel begint overigens met een forse disclaimer: de Reiswijzer bevat een uitleg, maar iedere gemeente is zelf verantwoordelijk. Het is een

lijvig hoofdstuk met uitvoerige beschrijvingen. Voor wie hierin thuis is, is dit deel herkenbaar, maar het is af en toe wel zoeken naar eenduidige en werkbare conclusies. Per onderwerp zijn er namelijk uitvoerige uiteenzettingen, inclusief benoeming van alle voors, tegens en afwegingen, maar een 'harde' conclusie is niet altijd even vlot te destilleren.

Eén-op-één

Volgens de Reiswijzer is één-op-één (onder)handelen met een marktpartij nog wel mogelijk, al wordt dit overigens niet nader geconcretiseerd. Bovendien wordt aanbevolen om ook dan tot concurrentiestelling over te gaan. In dit opzicht gaat deze Reiswijzer verder dan de vorige. Overigens heeft de gedachte dat overheden bij substantiële ontwikkelingen over dienen te gaan tot het uitlokken van mededinging inmiddels brede ingang gevonden. Naast het feit dat de marges om nog één-op-één te (onder)handelen klein zijn geworden, is het eigenlijk niet meer van deze tijd. Bovendien leert de praktijk ook dat bij menig project steeds een prijsvraag of competitie wordt uitgeschreven. Misschien wordt die niet altijd uitgevoerd conform de exacte regels der kunst (namelijk strikt conform het BAO), maar zolang de selectie en gunning objectief en onafhankelijk verlopen, zal dat een inschrijver normaliter niets uitmaken.

Voor wat betreft de grondexploitatie lijkt de basale regel te zijn dat het bouw- en woonrijp maken te allen tijde Europees dient te worden aanbesteed. Volgens de Reiswijzer moet bij voorkeur worden afgezien van het 'doorleggen' van de aanbestedingsverplichting, tenzij het vanwege grondposities echt niet anders kan. Dit neigt tot rigiditeit: zolang de belangen van de inschrijvers gewaarborgd zijn, zou op dit punt enige flexibiliteit wenselijk zijn. Interessant is voorts de stellingname dat indien een grondeigenaar niet wenst mee te werken aan een aanbesteding van openbare werken op zijn gronden vanwege het zelfrealisatieprincipe, onteigening wellicht mogelijk is.

Publiek- of privaatrechtelijke eisen

Het meest pregnante onderdeel betreft natuurlijk

het onderwerp aanbesteding en opstalexploitatie ('Roanne/Auroux'). Uitvoerig aandacht wordt gegeven aan het onderscheid tussen door de overheid te stellen publiekrechtelijke respectievelijk privaatrechtelijke eisen. Ofwel: zolang de overheid bij een grondverkoop louter publiekrechtelijke eisen stelt, zal normaliter geen sprake zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht. Persoonlijk heb ik met deze gedachtegang altijd moeite gehad. Ten eerste omdat deze mate van detaillering (een uitvoerige detaillering van het onderscheid tussen publieke en private eisen) een invulling is die wij, Nederland, hebben gegeven aan de definitie van een 'werk', maar het Hof van Justitie EG heeft zich nooit in deze zin en deze mate hierover zo expliciet uitgelaten. Ten tweede is het onderscheid relatief: wat in Nederland tot het publieke domein behoort, kan in een andere Lidstaat tot de private sfeer behoren (en vice versa). En het kan niet zo zijn dat een eventuele aanbestedingsplicht van de lokale regelgeving afhankelijk is. Op dit punt gaat de Reiswijzer 2009 naar mijn smaak verder dan direct uit de rechtspraak kan worden afgeleid. Voordeel van deze visie is wel dat het een werkbaar handvat geeft aan de praktijk. Daarbij gaat de Reiswijzer wel voorbij - dat ontbreekt toch wel - aan de vraag wanneer wel of niet sprake is van een 'bezwarende titel'. Ook de stellingname dat het opleggen van een bouwplicht reeds leidt tot opdrachtgeverschap en mitsdien leidt tot een aanbestedingsplicht, roept vraagtekens op.

Conclusie

De Reiswijzer 2009 is een fraai boekwerk: veel informatie, goed toegankelijk en praktische handvatten. Voor wie reeds ervaring heeft met aanbestedingen is het een handig naslagwerk, voor wie hiermee onbekend(er) is, is de Reiswijzer een zeer uitvoerige, welkome informatiebron.

Robbert D. Luteijn
Lexecon

Noot

1. Zie www.neprom.nl of <http://www.vrom.nl/pagina.html?id=2706&sp=2&dn=9224>.