

# Roanne: één jaar later



**Ongeveer een jaar geleden deed het Hof van Justitie EG uitspraak in de zaak *Roanne/Auroux*, om preciezer te zijn op 18 januari 2007.<sup>1</sup> Deze uitspraak leidde destijds tot de nodige commotie: de aanvankelijke veronderstelling was nl. dat gemeenten, op basis van deze uitspraak, voortaan gehouden zouden zijn hun gronduitgiftes voor wat betreft private althans commerciële ontwikkelingen (woningen en kantoren) Europees zouden dienen aan te besteden, een en ander conform de procedures zoals vervat in de Algemene Richtlijn 2004/18, in Nederland geïncorporeerd in het BAO. Tijd om één jaar na dato de balans op te maken.<sup>2</sup>**

## 1. Inleiding: nogmaals de feiten

Men roep de casus nog even in herinnering. De Gemeente Roanne had zonder enige vorm van aanbesteding – laat staan een Europese – de ontwikkeling en realisatie van een lokaal project gegund aan een, wat men kan noemen, ‘projectvennootschap’ (een zogenoemde ‘SEDL’) waarin de gemeente in hoofdzaak de aandelen hield.

Het betrof, zo leek aanvankelijk het geval te zijn, een gebiedsontwikkeling. Nadere studie van de website<sup>3</sup> van de Gemeente Roanne leidde echter veeleer tot de conclusie dat sprake was van de ontwikkeling en realisatie van een multifunctioneel centrum met omliggende infrastructuur.

Kern van de zaak was dat de gemeente aan de betreffende vennootschap de opdracht gaf – tegen betaling – tot realisatie van een parkeerterrein en infrastructuur, terwijl gemeente en vennootschap voor wat betreft het multifunctionele centrum (bioscoop, leisure, commerciële ruimten) overeenkwamen dat de SEDL dit project zou realiseren, doch dat de commerciële delen die de vennootschap niet aan derden wist te verkopen, door de gemeente zouden worden (terug)gekocht.

Ook overigens stond de Gemeente Roanne in brede zin garant: zij verzekerde de uitvoering van het project, ontving de winst uit het project en stond garant voor eventuele tekorten.

Indien men dan ook door de structuur ‘heenleest’ – ‘piercing the (corporate) veil’ zoals men in het vennootschapsrecht zou zeggen – kan gesteld worden dat het hier in wezen ging om een uitsluitende en volledige (gemeentelijke) projectontwikkeling die geheel voor rekening en risico van de gemeente plaatsvond.

Het beeld werd echter vertroebeld doordat sprake was van een samenstel van samenhangende afspraken tussen de gemeente en de projectvennootschap, maar indien men daar, als gezegd, ‘doorheen leest’ of deze ‘weg zou denken’, dan kan men stellen dat in dit geval een ontwikkeling plaatsvond die volledig voor rekening en risico van de gemeente werd uitgevoerd en uiteindelijk ook volledig door de Gemeente Roanne werd betaald. Met dien verstande dat de commerciële onderdelen die wél aan derden verkocht konden worden, uiteraard door derden betaald werden, zij het dat de gemeente hoe dan ook garant stond – en bijgevolg het economisch risico droeg – indien deze derden geen althans niet alle commerciële delen zouden afnemen.

## 2. Hamvraag: private werken Europees aanbestedingsplichtig?

De ‘ham’vraag die uit deze uitspraak voortvloeiende was (en is) of de gronduitgifte door de gemeente aan een private partij om daarop vervolgens woningen, kantoren of andere private voorzieningen te realiseren Europees aanbesteed diende te worden.<sup>4</sup> De aanvankelijke reacties naar aanleiding van deze uitspraak luiden bevestigend, hetgeen tot het nodige tumult leidde.

Nadat het stof van de uitspraak echter was neergedaald, trad enige bezinning op en was het geluid eerder tegengesteld: een nadere analyse leerde dat genoemde vraag naar alle waarschijnlijkheid juist ontkennend beantwoord diende te worden.

Wat valt sedert 18 januari 2007 waar te nemen in de literatuur, rechtspraak en de hedendaagse praktijk?

## 3. Overzicht

### 3.1. Juridische literatuur

Een analyse van de naar aanleiding van deze uitspraak verschenen (juridische) artikelen is op zijn plaats. In 2007

\* Mr. R.D. Luteijn is werkzaam onder de naam ‘Lexecon’ als interim-jurist en adviseur van (hoofdzakelijk) projectontwikkelaars, bouwbedrijven en woningcorporaties.

1. HvJ EG 18 januari 2007 (C-220/05). Deze uitspraak en andere uitspraken van het Hof van Justitie EG zijn te vinden op <www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>.  
2. Dit artikel is afgesloten begin januari 2008. Ontwikkelingen die zich nadien hebben voorgedaan zijn derhalve niet meer in dit artikel verwerkt.  
3. <www.mairie-roanne.fr/contenu.php?rub=02&srub=01&ssrub=02&ttheme=01>.  
4. Gemakshalve wordt in dit artikel er steeds van uitgegaan dat waar opdrachten, projecten of anderszins aan de orde zijn de drempelwaarde voor werken wordt overschreden. Waar sprake is van projectontwikkeling zal dat normaliter ook al gauw het geval zijn.

zijn een tiental artikelen – van kortere of langere aard – verschenen waarbij dieper op de uitspraak is ingegaan. Samenvattend kan gesteld worden dat het merendeel der auteurs – in overwegende mate – het oordeel is toegedaan dat de uitspraak een specifieke Franse, atypische situatie betrof waaruit naar alle waarschijnlijkheid niet kan worden afgeleid dat reguliere gronduitgiftes door gemeenten, bestemd voor woningbouw of kantoren (of andere private doeleinden), Europees aanbesteed dienen te worden overeenkomstig de Algemene Richtlijn 2004/18 althans de nationale pendant ervan, in ons geval het BAO.

Alhoewel ik hierbij mogelijk niet volledig ben noem ik navolgende auteurs die – in overwegende mate – genoemd standpunt bevestigen: A. Fischer-Braams<sup>5</sup>, P.F.C. Heemskerk/H.T.L. Peeters<sup>6</sup>, J. Hebly/W. Ritsema van Eck<sup>7</sup>, M.J.J.M. Essers<sup>8</sup>, A.G. Bregman<sup>9</sup>, G.W.A. van de Meent<sup>10</sup> alsmede ondergetekende<sup>11</sup>. A.M. Ubink lijkt daarentegen voor een andere uitleg te kiezen.<sup>12</sup>

Met name de omstandigheid dat in de zaak ‘Roanne’ de ontwikkeling geheel voor rekening en risico van de Gemeente Roanne plaatsvond en dit dermate atypisch en afwijkend van de gangbare Nederlandse praktijk was (en is) – waarbij de private ontwikkelaar het project juist voor zijn rekening en risico realiseert – blijkt bij de meerderheid der auteurs veelal doorslaggevend om ‘Roanne’ niet van toepassing te achten op de gangbare Nederlandse ontwikkelingspraktijk.

### 3.2. Rechtspraak

Heeft zich een kentering in de rechtspraak voorgedaan na januari 2007?

Rechtspraak ter zake dit onderwerp is er sedertdien nauwelijks geweest. Überhaupt is het aantal zaken waarbij de vraag aan de orde kwam of projectontwikkelingen Europees aanbesteed dienden te worden, uitermate beperkt. De twee mij bekende zaken betreffen de zaak *Ballast Nedam/Bleiswijk*<sup>13</sup> en de zaak *ProVeres/Den Haag*<sup>14</sup>.

De Bleiswijkse kwestie betrof een zaak die nog werd geweest vóórdat uitspraak werd gedaan in de kwestie *Roanne/Auroux*. Hierbij werd door eiser de vraag aan de orde gesteld of de verkoop van een perceel grond om daarop ca. 350 woningen te realiseren krachtens het BAO diende te worden aanbesteed.<sup>15</sup> Volgens de voorzieningenrechter kon beantwoording van deze vraag buiten beschouwing blijven en werd de zaak op andere gronden afgedaan. Aldus werd op dit punt geen principieel oordeel geveld.

De Haagse kwestie is van recenter datum en geweest ná *Roanne/Auroux*. Hierbij kwam evenzeer de vraag aan de

orde of de betreffende ontwikkeling een opdracht was die de Gemeente Den Haag Europees c.q. conform het BAO had moeten aanbesteden. In dit geval had de Gemeente Den Haag een biedingsprocedure uitgeschreven voor de aankoop en herontwikkeling van enige bestaande panden in Den Haag. De voorzieningenrechter was van oordeel dat het ‘voorshands niet aannemelijk’ werd geacht dat sprake was van een krachtens het BAO aan te besteden overheidsopdracht. Daarbij werd onder meer overwogen (a) dat het project niet werd ontwikkeld voor gebruik of beheer door de gemeente alsmede (b) dat door de gemeente geen ontwikkelingsplan werd voorgeschreven, doch dat er keuzevrijheid bestond, een en ander nog afgezien van het feit dat niet was gebleken dat het project de drempelwaarde overschreed.

### 3.3. De hedendaagse praktijk

Wat leert de hedendaagse praktijk sedert januari 2007? Een onderzoeksstatistiek ontbreekt. Dat is jammer. Het zou uitermate interessant zijn om te turven hoeveel projectontwikkelingen als bedoeld in dit artikel thans aanbesteed worden (in enige vorm) en welk deel daarvan aanbesteed wordt conform de Algemene Richtlijn 2004/18 c.q. het BAO. Voorts zou het interessant zijn om te weten of er sedert 18 januari 2007 een significant omslagpunt valt te constateren.

Mijn indruk is – maar niet gestaafd door statistiek – dat projecten als bedoeld in dit artikel steeds meer worden gegund na enige vorm van (objectieve en transparante) aanbesteding (prijsvraag, grondbieding, ontwerpcompetitie e.d.), waarbij ook het aandeel aanbestedingen dat conform de strikte regels van het BAO wordt uitgevoerd toeneemt.

### 4. Publieke werken: de strijd gestreden (?)

Met nadruk wordt gesteld dat de ‘ham’vraag zag (en ziet) op de – al dan niet bestaande – verplichting van gemeenten om Europees aan te besteden indien sprake is van gronduitgifte om daarop private voorzieningen te realiseren. Dát is immers dé vraag waar ‘Roanne’ betrekking op heeft.

Voor wat betreft de ‘publieke werken’ heeft ‘Roanne’ (waarschijnlijk) geen toegevoegde waarde. Waar grond wordt uitgegeven om daar een ‘publiek werk’ op te realiseren – openbare infrastructuur, een stadhuis, een gemeentelijk zwembad, een openbare bibliotheek e.d. – zal normaliter nl. wél sprake zijn van een Europese aanbestedingsverplichting.

Voor wat betreft de openbare infrastructuur vloeit deze les reeds voort uit de kwestie *Middelburg/Mortiere*,

5. *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* april 2007, p. 124 e.v.

6. *Vastgoed Civiel & Fiscaal* april 2007, p. 9 e.v.

7. *Financieel Dagblad* 3 mei 2007, p. 9.

8. *Bouwrecht* mei 2007, p. 385 e.v.

9. *Bouwrecht* mei 2007, p. 397 e.v.

10. *Tender Nieuwsbrief* april 2007, p. 8 e.v.

11. *Vastgoedrecht* 2007-1, p. 2 e.v.

12. *Gemeentestem* 19 mei 2007, nr. 7274, p. 285 e.v.

13. V.zr. Rb. Rotterdam 4 augustus 2006, *LJN* AY6632.

14. V.zr. Rb. ’s-Gravenhage 27 februari 2007, *LJN* BB3794. Deze uitspraak, alsmede de in de vorige voetnoot genoemde uitspraak, is te vinden op <www.rechtspraak.nl>. Zie over deze zaak o.a. T. Straatman, *Vastgoedrecht* 2007-5, p. 146 e.v.

15. Overigens had de Gemeente Rotterdam wel een aanbestedingsprocedure uitgevoerd.

welke zaak reeds dateert uit 2001.<sup>16</sup> De ontwikkelaar kocht grond van de Gemeente Middelburg om daarop woningen te bouwen en de openbare infrastructuur te realiseren. De betreffende openbare infrastructuur werd na realisatie door de ontwikkelaar teruggeleverd aan de gemeente tegen een symbolische vergoeding, een en ander zoals te doen gebruikelijk. In zodanig geval, aldus het Hof 's-Gravenhage, is er sprake van een verplichting tot Europese aanbesteding.

Waar het gaat om andere 'publieke werken' zoals stadhuisen, zwembaden, bibliotheken e.d. zal normaliter geen sprake zijn van grondverkoop door een gemeente maar van een 'normale' aannemings- (dan wel turnkey)opdracht aan een partij die in opdracht van de overheid, tegen betaling van een aanneem- (of turnkey)som, het betreffende werk conform de wensen van de opdrachtgever realiseert.

Immers, het gaat hierbij om werken van typisch 'publieke aard' waarvan niet of in ieder geval minder eenvoudig voorstelbaar is dat deze privaat geëxploiteerd worden. Geheel uitgesloten is dit overigens niet: men denke bijvoorbeeld aan openbare infrastructuur die privaat eigendom wordt en blijft (hetgeen overigens in Nederland zeer uitzonderlijk is). Overigens zou ook dan nog de vraag aan de orde kunnen zijn of sprake is van een concessie voor een openbaar werk.

Zou men voor wat betreft dergelijke 'publieke werken' wél grond uitgeven aan een private partij, dan zal het normaliter zo zijn dat de overheid voorschrijft aan welke eisen het werk dient te voldoen en de realisatie ervan – direct of indirect – op enige wijze bekostigt, bijvoorbeeld door langjarige ('terug')huur van het betreffende gebouw (een, zo men wil, 'sale-turnkey-lease-back'). Aldus is waarschijnlijk sprake van *het laten uitvoeren met welke middelen ook* van een werk door de overheid, in welk geval evenzeer sprake is van Europese aanbestedingsverplichting.<sup>17</sup>

Ook is denkbaar dat sprake is van een zogenoemde concessie voor openbare werken.<sup>18</sup> Men denke aan een situatie waarbij grond wordt verkocht aan een private partij met de verplichting om, conform bepaalde eisen van de overheid, daarop een zwembad te realiseren en deze voor eigen rekening en risico te exploiteren. Daarbij dient de private partij uit de inkomsten uit kaartverkoop e.d. de stichtingkosten te bekostigen. De ervaring leert dat in dergelijke gevallen veelal ook nog een aanzienlijke overheidsbijdrage aan de orde is om de exploitatie rendabel te kunnen doen zijn. Dergelijke concessies voor openbare werken zijn eveneens Europees aanbestedingsplichtig. Het voorgaande overziende kan men stellen dat voor wat betreft de realisatie van 'publieke werken' op gronden die door de overheid aan een private partij zijn verkocht, normaliter sprake zal zijn van een Europese aanbestedingsverplichting. Voor wat betreft de realisatie van 'private

werken' als woningen en kantoren geldt die conclusie naar alle waarschijnlijkheid – dus – niet.

## 5. Private grondeigendom: zelfrealisatierecht buiten discussie

Men kan inmiddels gevoeglijk stellen dat thans algemeen wordt aangenomen dat 'Roanne' geen enkele afbreuk doet aan het zelfrealisatierecht van de grondeigenaar die op zijn eigen grond woningen, kantoren of andere private voorzieningen wil realiseren.

Voor wat betreft de zelfrealisatie van 'publieke werken' op eigen gronden gelden geheel andere 'spelregels'. De zaak 'Roanne' had geen betrekking op deze problematiek en is in dit verband niet relevant. Men neemt tegenwoordig overigens in tamelijk brede zin aan – los van 'Roanne' – dat van dergelijke 'publieke werken' op eigen gronden waarschijnlijk ook Europees aanbesteed dienen te worden.<sup>19</sup>

## 6. Vathorst

De kwestie 'Vathorst' mag in dit verband uiteraard niet onbenoemd blijven. Voor zover mij bekend ligt dit dossier nog steeds op (inmiddels in?) de Brusselse burelen, terwijl de ingebrekestelling al in maart 2005<sup>20</sup> is uitgegaan, inmiddels bijna drie jaar (!) geleden.

Het meest pregnante punt van de ingebrekestelling – in deze context – is het standpunt van de Europese Commissie dat de uitgifte van grond aan een projectontwikkelaar voor woningbouw als een opdracht in de zin van de Richtlijn Werken<sup>21</sup> (thans: Algemene Richtlijn 2004/18) dient te worden beschouwd.

Want, zo betoogt de Commissie op de principiële punten: de overheid heeft in zekere mate voorgeschreven aan welke eisen de woningen dienen te voldoen, terwijl de zogenoemde 'bezwarende titel' dient te worden gevonden in de omstandigheid dat de projectontwikkelaars koop/aanneemsommen ontvangen van particuliere kopers uit hoofde van verkopen van de door hen gerealiseerde woningen.

Dit (zeer ver gaande) standpunt staat haaks op hetgeen tot dusverre in Nederland in het algemeen werd (en wordt) aangenomen en wordt dan ook heftig bestreden. Opmerkelijk is overigens wel dat het Hof van Justitie EG deze visie lijkt te onderschrijven in de zaak *Roanne/Auroux*. In rechtsoverweging 45 overweegt het HvJ EG immers als volgt: 'Ten slotte is het duidelijk dat het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat. (...) Tot slot mag SEDL krachtens overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.'

Men kan zich de vraag stellen of hier sprake kan zijn van een 'slip of the pen' (hetgeen nauwelijks voorstelbaar is natuurlijk) nu de advocaat-generaal in haar conclusie dit nadrukkelijk níet overweegt, maar deze overweging uit-

16. Hof 's-Gravenhage 31 januari 2001, *LJN* AB0451.

17. Vgl. artikel 1 sub h onder 2 BAO.

18. Vgl. artikel 1 sub l BAO.

19. Met de invoering van de Grondexploitatiewet per 1 juli 2008 zal dit – anders dan thans nog het geval is – voor wat betreft de openbare infrastructuur steeds minder een punt van discussie zijn. Vgl. het preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht 2006 (J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman en J.F. de Groot). Zie met name p. 119 e.v.

20. Om preciezer te zijn: 22 maart 2005.

21. Richtlijn 93/37/EG.

sluitend betreft bij de beoordeling van de vraag hoe de drempelwaarde moet worden berekend.<sup>22</sup>

Ik ben in ieder geval geneigd om deze overweging – feitelijk één enkele zinsnede – nadrukkelijk te bezien in haar algehele context en daar dan ook niet de conclusie aan te verbinden dat het HvJ EG de Commissie in de zaak *Vathorst* a priori in het gelijk stelt.

## 7. Overheid en belangenorganisaties

Waar in de juridische literatuur uitvoerig stelling is genomen, is het zijdens de overheid en belangenorganisaties en diverse overheden relatief stil gebleven. Een overzicht.

### 7.1. Overheid

#### 7.1.1. VROM

Alhoewel mede naar aanleiding van Kamervragen werd aangegeven dat VROM met een visie, circulaire of standpunt zou komen, is het in dat opzicht stil gebleven.<sup>23</sup>

Er is wel gesuggereerd dat er een circulaire o.d. zal verschijnen waarbij gemeenten wordt geadviseerd de gronduitgiftes voor private doeleinden aan te besteden overeenkomstig het BAO. Aldus lopen gemeenten geen risico's voor wat betreft het al dan niet schenden van de aanbestedingsregelgeving, ongeacht het antwoord op de vraag of een zodanige aanbestedingsverplichting wel of niet aanwezig is.<sup>24</sup>

#### 7.1.2. Alles conform het BAO?

Of dit juist is en of het daadwerkelijk zover zal komen is niet bekend. Men kan zich indenken dat menige gemeente niet op een dergelijke aanbeveling zit te wachten, omdat het dwingt om 'strakke', nauwkeurig voorgeschreven aanbestedingsprocedures toe te passen, terwijl men tot dusverre waarschijnlijk gewoon was min of meer naar eigen inzicht procedures uit te schrijven of een aantal partijen uit te nodigen een plan in te dienen.

Een en ander zou dus voor menige gemeente een waarschijnlijke aantasting van de door haar zo gewenste vrijheid betekenen, doordat men gehouden zal zijn voor iedere ontwikkeling een aankondiging te doen en volgens de strikte regels van het BAO een aanbestedingsprocedure uit te voeren.

Overigens hoeft men daar nu ook weer niet al te krampachtig over te doen. De ervaring leert inmiddels dat reeds nu de nodige gemeenten het BAO toepassen voor projectontwikkelingen binnen hun gemeente. Het betekent wel dat er op voorhand 'meer werk aan de winkel' is doordat men zich vooraf (veel) zorgvuldig(er) zal moeten afvragen 'waar men naar toe wil', d.w.z.: men zal nauwgezet moeten beschrijven welke minimumeisen, selectie- en gunningscriteria e.d. toegepast moeten worden. Dat heeft bij projectontwikkelingen normaliter wat meer voeten in de aarde dan bij de 'rechttoe rechtaan'-inkoop van meubilair, om eens een voorbeeld te noemen. En daar het uitschrijven van aanbestedingen voor wat omvangrijker

projectontwikkelingen in de regel niet aan de orde van de dag zal zijn binnen een willekeurige gemeente, dwingt dat gemeenten waarschijnlijk tot inhuur van deskundigen en een nauwgezette en doordachte formulering op voorhand van de 'output'-wensen.

Overigens zouden gemeenten, in het ideale geval, deze uitgangspunten ook moeten toepassen indien men een aanbesteding, althans vergelijkbare procedure zou uitvoeren zonder toepassing van de strikte regels van het BAO. Immers, iedere andere overheidsaanbesteding dwingt evenzeer tot zorgvuldigheid, transparantie, toepassing van het gelijkheidsbeginsel en een adequate en doordachte formulering van minimumeisen, selectie- en gunningscriteria.

De ervaring leert echter dat daar waar de druk om te voldoen aan de strikte aanbestedingsregels ontbreekt, de uitgeschreven procedures, naar nog al eens achteraf blijkt, niet altijd de toets der kritiek kunnen doorstaan: gaandeweg de procedure blijkt dan dat over bepaalde zaken niet of onvoldoende is nagedacht hetgeen zowel de gemeente als de ontwikkelaars in 'problemen' brengt.

De gemeente krijgt een 'product' dat ze eigenlijk, bij nader inzien, niet wil, maar heeft onvoldoende mogelijkheden meer om nog bij te sturen, anders dan het geheel staken van de procedure en een nieuwe aanbesteding aan te vangen – met alle gevolgen van dien.

De ontwikkelaars maken op hun beurt een aanzienlijke hoeveelheid kosten om, samen met architecten, stedenbouwkundigen en grondexploitatie-deskundigen, een financieel, architectonisch en economisch solide plan te ontwikkelen, maar zien zich gaandeweg geconfronteerd met een gemeente die weifelt tussen staking van de aanbestedingsprocedure of het doorzetten van de procedure op basis van gewijzigde – en eigenlijk niet toegestane – condities.

#### 7.1.3. Of een keuze voor de gangbare visie?

Overigens is ook wel gesuggereerd dat VROM, in bedekte termen, de 'lijn' zal kiezen zoals die thans door velen wordt onderschreven, nl. dat *Roanne/Auroux* te atypisch was en is en daardoor niet van toepassing is op de gangbare Nederlandse projectontwikkelingspraktijk. Men realiseert zich dat het vanuit het perspectief van VROM natuurlijk in enige mate risicovol is een zodanig standpunt te onderschrijven. Immers, stel dat onverhoopt de (hoogste) rechter anders oordeelt dan de thans in de juridische literatuur gangbare stellingname. De rapen zijn dan gaar en menige gemeente zal alsdan met de vinger naar VROM wijzen, met name als er dientengevolge bij een gemeente claims zouden worden ingediend.

#### 7.1.4. Bagatel?

Mocht er overigens enige circulaire of aanbeveling verschijnen waaruit volgt dat gemeenten er wijs aan doen gronduitgiftes voor private doeleinden conform het BAO

22. Conclusie A-G J. Kokott, 15 juni 2006. Zie met name punt 57.

23. Zie o.a. Verslag van een algemeen overleg, vastgesteld 3 mei 2007, *Kamerstukken II 2006/07*, Grondbeleid, 27.581, nr. 31. Zie voorts ook de reactie van minister Winsemius n.a.v. Kamervragen van Kamerlid Jansen van de SP d.d. 31 januari 2007, *Kamerstukken II 2006/07*, Aanhangsel van de handelingen, nr. 862.

24. Bij het ter perse gaan van dit nummer was er nog geen circulaire o.d. van VROM bekend ook al werd vernomen dat er nog in 2007 een publicatie zijdens VROM zou verschijnen.

aan te besteden, dan mag men aannemen en hopen dat hierbij in enige ‘bagatelvrijstelling’ wordt voorzien.

Immers, voor een aanzienlijke ontwikkeling is een uitgebreide procedure, gelet op de verhouding kosten-baten, wel verantwoord, maar voor wat kleinschaliger projecten is dat al gauw niet meer het geval.

De recente uitspraak van het Hof van Justitie EG in de zaak *An Post* laat daartoe, zo lijkt, ook enige ruimte.<sup>25</sup>

Waar geen sprake is van een grensoverschrijdend belang, kan de overheid mogelijk – in zekere mate – naar eigen goeddunken handelen.

## 7.2. NEPROM

De NEPROM stelde zich al spoedig (februari 2007) op het standpunt dat deze uitspraak naar haar oordeel niet met zich meebrengt dat gronduitgiftes voor private ontwikkelingen Europees aanbesteed hoeven te worden.<sup>26</sup> Daarin is sedertdien geen verandering gekomen.

## 7.3. VNG

Voor zover mij bekend heeft de VNG tot dusverre, evenmin als VROM, een formeel standpunt ingenomen.

## 7.4. Europese Commissie

De Europese Commissie heeft naar aanleiding van *Roanne/Auroux* geen specifieke circulaire, mededeling of anderszins doen uitgaan. Feitelijk is haar visie al verwoord in het dossier *Vathorst*. Anders dan aanvankelijk werd aangegeven is het (nog) niet tot een interpretatieve mededeling (of anderszins) gekomen.<sup>27</sup>

## 7.5. Europa Decentraal

Niet onbenoemd mag blijven de in oktober 2007 door Europa Decentraal<sup>28</sup> uitgebrachte factsheet ‘Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling’, temeer nu de zaak ‘Roanne’ een belangrijke reden is geweest om deze factsheet op te stellen. Weliswaar wordt voor wat betreft de uitleg van de zaak ‘Roanne’ geen standpunt ingenomen – de voorhanden visies en standpunten worden overzichtelijk geanalyseerd en op een rij gezet – het is echter een alleszins lezenswaardig document.<sup>29</sup>

## 7.6. Reiswijzer

Ook de reiswijzer ‘Marktpartijen en Gebiedsontwikkeling’ – een publicatie van de Ministeries van Financiën en VROM, IPO, VNG en NEPROM – dient vermeld te worden.<sup>30</sup> Weliswaar is de reiswijzer verschenen ná de uitspraak in ‘Roanne’, maar feitelijk was zij natuurlijk al

grotendeels geschreven vóór deze uitspraak. De reiswijzer neemt tot uitgangspunt dat gronduitgiftes door gemeenten voor de realisatie van woningbouw níét aanbesteed behoeven te worden conform het BAO.

## 8. Transparantiebeginsel

Los van bovengenoemde (‘ham’)vraag – d.w.z. is gronduitgifte voor private doeleinden Europees aanbestedingsplichtig? – resteert natuurlijk nog steeds de vraag of ook indien genoemde (‘ham’)vraag ontkenkend beantwoord moet worden (en dat is alleszins waarschijnlijk), gemeenten het transparantiebeginsel dienen toe te passen zoals dat is geformuleerd in een reeks van arresten van het Hof van Justitie EG.<sup>31</sup>

Of, anders gezegd: dienen gemeenten in dergelijke gevallen hun voornemen om een dergelijke transactie aan te gaan te publiceren in een passend medium om aldus aanbiedingen ‘uit de markt’ te verkrijgen? Een voorzichtige tendens in die richting is alleszins waarneembaar, maar gemeengoed is zij nog niet. Essers stelt dat gemeenten met dit gegeven ‘rekening dienen te houden’.<sup>32</sup> Jansen en Manunza lijken hierin tamelijk stellig: grondverkoop e.d. zijn onderhevig aan het transparantiebeginsel.<sup>33</sup> Ook het in een voetnoot genoemde door de Europese Commissie uitgebrachte ‘paper’ neemt tot uitgangspunt dat op basis van het transparantiebeginsel de selectie van een PPS-partner bij een institutionele PPS plaatsvindt na publicatie van een oproep tot mededinging.

Voorts is er de indruk dat gemeenten inderdaad meer dan voorheen dergelijke transacties op voorhand bekend maken en vervolgens een transparante procedure doorlopen die in grote lijnen lijkt op een ‘echte’ Europese aanbesteding.

## 9. Heden en toekomst

Wat is thans wijsheid? Alle omstandigheden in aanmerking genomen, lijkt een prijsvraag die volledig conform het BAO wordt uitgevoerd niet noodzakelijk. Enige vorm van aanbesteding die op voorhand wordt gepubliceerd en waarbij de ontwikkelaar voor de woningen en overige private voorzieningen krachtens een objectieve en transparante procedure wordt geselecteerd, lijkt, thans in ieder geval nog, een verantwoorde route, mits de ‘publieke werken’ maar wél conform het BAO aanbesteed worden. In dit artikel is in hoofdzaak gefocust op de situatie waarbij een gemeente alle gronden in eigendom heeft. Er zijn uiteraard ook situaties denkbaar waarbij de eigendom van een ontwikkelingsgebied ten dele in private handen is. Alsdan komt men doorgaans na overleg – en zonder

25. HvJ EG (*An Post*) 13 november 2007 (C-507/03), zie met name r.o. 30.

26. NEPROM-bulletin februari 2007. Een en ander met name gelet op dat ‘Roanne’ een ontwikkeling betrof die geheel voor rekening en risico van de Gemeente Roanne werd uitgevoerd.

27. In dit verband wordt ook nog het in de zomer van 2007 door de Commissie uitgebrachte ‘paper’ genoemd betreffende een (mogelijke) mededeling aangaande institutionele PPS-en. Alhoewel dit ‘paper’ primair ziet op institutionele samenwerkingsverbanden tussen publieke en private partijen (in Nederland doorgaans een joint venture in CV-BV-vorm), ligt aan het ‘paper’ evenzeer het transparantiebeginsel – zie hierna – ten grondslag.

28. <[www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)>.

29. <[www.europadecentraal.nl/content/1073/100/Nieuw\\_factsheet\\_over\\_aanbesteden\\_en\\_staatssteun\\_bij\\_PPS.html](http://www.europadecentraal.nl/content/1073/100/Nieuw_factsheet_over_aanbesteden_en_staatssteun_bij_PPS.html)>.

30. O.a. te verkrijgen via de NEPROM, zie <[www.neprom.nl](http://www.neprom.nl)>.

31. Vgl. o.a. HvJ EG (*Telaustria*) 7 december 2000 (C-324/98); HvJ EG (*CoNaMe*) 21 juli 2005 (C-231/03); HvJ EG (*Parking Brixen*) 13 oktober 2005 (C-458/03).

32. *Bouwrecht* mei 2007, p. 395.

33. C.E.C. Jansen & E.R. Manunza, *NJB* 12 mei 2006, p. 1041.

enige vorm van openbare selectie – met de private grondeigenaren tot een gemeenschappelijke grondexploitatie, die gestalte wordt gegeven in de vorm van een GEM (CV-BV). Zolang de GEM uitsluitend ziet op een gemeenschappelijke grondexploitatie – en uitdrukkelijk níét (ook) op de opstalexploitatie – lijkt een dergelijke aanpak nog steeds te verantwoorden, mits ook in dit geval de ‘publieke werken’ Europees worden aanbesteed.

#### 10. Gevolgen nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn

Of deze keuzes op afzienbare termijn verantwoord blijven is een andere vraag, met name als gevolg van de inwerkingtreding – te zijner tijd – van de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>34</sup> Weliswaar neemt het nog enige tijd in beslag om deze richtlijn om te zetten in nationaal recht en doet deze richtlijn niet toe of af aan de in dit artikel voorliggende vraag (nl. of gronduitgiftes voor private ontwikkelingen wel dan niet overeenkomstig de Algemene Richtlijn c.q. het BAO Europees aanbesteed dienen te worden), feit is echter wel dat met inwerkingtreding van deze richtlijn de risico-analyse en afweging door gemeenten mogelijk wezenlijk anders zullen worden.

Thans is het immers zo dat een overeenkomst die is gesloten in strijd met de Europese aanbestedingsregelgeving níét nietig is. Onder de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn zal een der waarschijnlijke gevolgen van een dergelijke overeenkomst echter zijn dat deze *zonder rechtsgevolgen* is.<sup>35</sup> De exacte uitwerking van dit principe is aan de nationale overheden overgelaten, zodat nog niet geheel kan worden voorzien tot welke specifieke rechtsgevolgen dit zal leiden. Dat neemt echter niet weg dat sprake is van een wezenlijk omslagpunt.

Indien een overeenkomst die is gesloten in strijd met de aanbestedingsregelgeving in de toekomst immers zonder enige reserve leidt tot nietigheid, zal de vraag of men een gronduitgifte voor private ontwikkelingen wel of niet conform het BAO organiseert, nog prangender worden. Immers, de gevolgen kunnen, anders dan thans, veel verstrekkender zijn, met name in gevallen waarin de uitvoering al is gevorderd, gronden zijn overgedragen etcetera.

#### 11. Conclusie

Is er veel veranderd één jaar na *Roanne/Auroux*? Ja en nee.

Ja, omdat het onderwerp nadrukkelijk op de agenda staat. Ja, omdat ‘projecten’ (d.w.z. gronduitgiftes aan ontwikkelaars, bestemd voor woningbouw) waarschijnlijk meer dan voorheen conform de Algemene Richtlijn althans het BAO worden aanbesteed.

Ja, omdat waarschijnlijk meer dan voorheen dergelijke projecten door middel van enige aanbestedingsvorm, voorafgegaan door een publicatie, worden gegund.

De vraag die men daarbij uiteraard moet stellen is of deze toename een gevolg is van de uitspraak in ‘Roanne’ of dat dit om allerlei redenen toch wel was gebeurd. Immers, ook zonder ‘Roanne’ was er een tendens zichtbaar om projectontwikkelingen als bedoeld in dit artikel

via een openbare, transparante selectie, met publicatie vooraf, ‘in de markt te zetten’.

De redenen daarvoor kunnen immers van (geheel) andere aard zijn (geweest) en niet van doen hebben met ‘Roanne’: lokale politieke druk, de ‘buurman-gemeente’ doet het ook zo, de afname van koudwatervrees ten aanzien van dergelijke procedures, vergrote bewustwording van het feit dat overheden dergelijke omvangrijke projecten niet ‘zomaar’ uit de hand kunnen gunnen, ‘druk’ vanuit organisaties als VROM, NEPROM of VNG en, ‘last but not least’, de toenemende invloed van het transparantiebeginsel zoals geformuleerd door het Hof van Justitie EG.

De vraag of ‘Roanne’ tot een wezenlijke verandering heeft geleid zou derhalve evengoed negatief – derhalve met een ‘neen’ – beantwoord kunnen worden, omdat rechtspraak en literatuur niet tot een fundamenteel ander inzicht hebben geleid waar het gaat om de private ontwikkelingen als bedoeld in dit artikel.

#### NASCHRIFT BIJ ‘ROANNE: ÉÉN JAAR LATER’

Bovenstaand artikel werd afgesloten op 5 januari 2008 en ging kort daarna naar ter perse. Het toeval (?) wilde dat op 10 januari jl. de langverwachte brief van VROM verscheen, in casu een brief die zowel door VROM als de VNG en de NEPROM is ondertekend.<sup>36</sup>

Niet geheel onverwacht kiest VROM – met de VNG en de NEPROM – voor de lijn die zich ook heeft afgetekend in de literatuur (en zoals in het artikel onder paragraaf 7.1.3 beschreven): ‘De recente jurisprudentie van het Europese Hof vormt géén reden om de huidige Nederlandse samenwerkingspraktijk bij gebiedsontwikkeling ten principale ter discussie te stellen. Dat betekent dat voor gronduitgifte aan een marktpartij en/of het kiezen van een marktpartij als partner voor een PPS (bijvoorbeeld een GEM) niet een Europese aanbestedingsprocedure behoeft te worden doorlopen.’ Vervolgens wordt dit algemene standpunt op een aantal punten nader uitgewerkt en genuanceerd, waarvan de belangrijkste twee n.m.m. zijn (a) dat het doorleggen van een aanbestedingsverplichting voor wat betreft publieke werken in de regel nog steeds mogelijk zal zijn alsmede (b) dat met het participeren door de overheid in de opstalontwikkeling het risico van een aanbestedingsverplichting wezenlijk toeneemt. Een en ander is wat mij betreft geheel in lijn met de in paragraaf 9 van het bovenstaand artikel geformuleerde conclusies (‘Heden en toekomst’). Paragrafen 7.1.1-4 (VROM) en 7.3 (VNG) van bovenstaand artikel zijn hiermee eigenlijk ‘ingehaald’.

Mr. R.D. Luteijn

34. Richtlijn tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/12/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

35. Artikel 2 septies lid 2 van de in de vorige noot genoemde Richtlijn. Inmiddels aangenomen door Raad en Europees Parlement.

36. De brief is in ieder geval te vinden op <www.neprom.nl>. Op <www.minvrom.nl> trof ik – dat wil zeggen op 14 januari 2008 – de brief nog niet aan. Evenmin op <www.vng.nl>.