

Projectontwikkeling & aanbesteding (III)

In de vorige edities van de *Tender Nieuwsbrief* (nrs. 1 en 2, 2004) is aandacht besteed aan de situatie waarbij de gemeente respectievelijk marktpartij alle gronden op een ontwikkelingslocatie bezit. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de situatie waarbij gemeente en marktpartij(en) gezamenlijk alle gronden op de locatie in bezit hebben.

Evenals het voorgaande artikel richt ook dit artikel zich uitsluitend op de Richtlijn Werken en wordt er steeds van uitgegaan a) dat te realiseren werken steeds een waarde hebben die hoger is dan het in de Richtlijn Werken benoemde drempebedrag, alsmede b) dat waar transacties plaatsvinden de partijen zakelijke prijzen of tegenprestaties bedingen, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Er wordt tevens van uitgegaan dat indien gemeente en marktpartij(en) een Special Purpose Vehicle (SPV) oprichten, zowel gemeente als marktpartij(en) de gronden die hen in eigendom toebehoren op de ontwikkelingslocatie inbrengen in c.q. overdragen aan de SPV, waarna de SPV deze gronden – bouwrijp – weer uitgeeft aan (de) marktpartij(en).

Ontwikkelingslocatie van gemeente en marktpartij(en)

De situatie is aanzienlijk complexer, indien op een ontwikkelingslocatie de grondposities in verschillende handen zijn. Alhoewel in dergelijke gevallen een enkele (samenwerkings)overeenkomst denkbaar is, is het juist in deze situatie dat partijen meestal (tevens) overgaan tot oprichting van een SPV, aan wie partijen de gronden verkopen ('inleveren'), waarna de SPV de gronden vervolgens weer (bouwrijp) aan de marktpartij(en) uitgeeft.

Samenwerkingsovereenkomst

Indien partijen zouden kiezen voor een (samenwerkings)overeenkomst – zonder oprichting van een SPV –, zijn naar mijn mening de conclusies als verwoord in deel I (voor wat betreft de werken die gerealiseerd worden op de perceelsdelen die aan de gemeente toebehoren) respectievelijk deel II (ten aanzien van de werken die gerealiseerd worden op de perceelsgedeelten die toebehoren aan de marktpartij) toepasbaar.² Deze situatie is immers niet anders dan de situatie als beschreven in genoemde delen. Er is een – vooral praktisch – verschil: er is niet een entiteit die de eigendom heeft van de totale locatie, maar de locatie is verdeeld in percelen ('kavels') die of aan de een (gemeente) of de ander (marktpartij) toe-

behoren. Per perceel dient men dan de in de deel I respectievelijk II beschreven conclusies toe te passen, hetgeen praktisch gezien natuurlijk tot een behoorlijke (en mogelijk nauwelijks oplosbare) 'puzzel' kan leiden. Dit is, met name indien de percelen klein en versnipperd zijn over de gehele locatie, nauwelijks werkbaar.

SPV – geen aanbestedende dienst

In dergelijke gevallen gaan partijen meestal over tot oprichting van een SPV. Meestal is het zo dat de gemeente een minderheidsaandeel – althans zeker niet meer dan vijftig procent – heeft, met name omdat marktpartijen meestal wel meer dan de helft van de gronden op de ontwikkelingslocatie in handen hebben. Reeds om die reden zal de SPV zich meestal niet als een aanbestedende dienst kwalificeren.³ Indien wordt aangenomen dat een dergelijke SPV zich niet kwalificeert als een aanbestedende dienst, betekent dit – in beginsel – dat de door haar te verrichten opdrachten niet Europees aanbesteed hoeven te worden.

Oorspronkelijke gemeentepercelen

Daarmee is de kous echter nog niet af. Naar mijn mening dient namelijk goed in het oog te worden gehouden van welke partij – gemeente of marktpartij – een bepaald perceel (die immers allen aan de SPV zijn overgedragen) afkomstig was. Ten aanzien van de percelen die voorheen eigendom waren van de gemeente, meen ik dat de conclusies als vervat in deel I gehandhaafd (moeten) blijven. Dat betekent dat de gemeente op voorhand dient te bedingen dat de Openbare infra en de Openbare instituten door de SPV namens de gemeente worden aanbesteed. Of, dat is ook denkbaar: de gemeente behoudt de eigendom van die percelen of perceelsdelen waarop een en ander gerealiseerd dient te worden en besteedt dit werk zelf aan.

Ten aanzien van percelen die voorheen eigendom waren van de marktpartij, kunnen naar mijn mening de conclusies als vervat in deel II – in beginsel – worden toegepast. Ik meen namelijk dat een dergelijke SPV in principe niet anders bezien dient te worden dan een marktpartij. Het enige verschil is dat de aandelen in een 'echte' marktpartij geheel noch deels in handen zijn van de overheid, terwijl bij de SPV er – in de context van deze paragraaf – tenminste enig aandeelhouderschap berust bij de gemeente. Dat is naar mijn mening echter geen reden om een SPV anders te beschouwen dan een – bij wijze van spreken – 'gewone' projectontwikkelaar.

'Laten uitvoeren met welke middelen ook' Er schuilt hierbij echter nog wel een behoorlijke adder onder het gras. Indien de SPV de infra laat realiseren op de percelen die voordien toebehoorden aan de marktpartij, kan wellicht betoogd worden dat de gemeente – doordat zij een (samenwerkings)overeenkomst aangaat die onder andere voorziet in de oprichting van een SPV en uiteindelijke overdracht van infra aan de gemeente – aldus een werk 'laat uitvoeren met welke middelen dan ook' in de zin van artikel 1.1a Richtlijn Werken. Feit is immers dat deelname door de gemeente in de SPV inhoudt dat de gemeente, via haar aandelenparticipatie, over de realisatie van de infra door de SPV tenminste een zekere mate van (mede)zeggenschap heeft en in zekere zin de realisatie medefinanciert. Aldus dringt zich voornoemde vraag op. Persoonlijk ben ik van oordeel dat een dergelijke stellingname annex conclusie erg ver – te ver – gaat, zeker in gevallen waarbij de gemeente een minderheidsdeelneming heeft. Over dit – complexe – aspect is het laatste woord echter nog niet gezegd.

SPV – aanbestedende dienst

Indien de SPV zich wel als aanbestedende dienst zou kwalificeren, dienen alle door de SPV te verrichten opdrachten Europees te worden aanbesteed. Feitelijk zijn in dat geval de conclusies als verwoord in deel I toepasbaar: in plaats van 'gemeente' dient men dan 'SPV' in deze paragraaf te lezen.

Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het – wel of niet – hebben van een grondpositie in overwegende mate doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of een werk al dan niet Europees aanbesteed dient te (en – niet onbelangrijk: kan) worden. Daaraan dient toegevoegd te worden dat een vervreemding door de gemeente van haar grond(positie) aan een private partij (waaronder begrepen een SPV) de gemeente niet ontslaat van haar verplichting om de openbare infra Europees aan te (laten) besteden. Feitelijk de 'Mortiere Middelburg'-casus met dien verstande dat de verkrijgende partij ook een SPV kan zijn (waarin de gemeente aandelen houdt). Het voorgaande zal ook gelden ten aanzien van de openbare instituten. De gemeente ontkomt mijns inziens in dergelijke gevallen niet (meer) aan haar aanbestedingsverplichting, tenzij de SPV zelve als aanbestedende dienst zou kwalificeren. Echter, in dat geval 'ver-

schuift' de aanbestedingsplicht hooguit van de gemeente naar de SPV.

Voor (de) marktpartij(en) geldt naar mijn mening dat indien zij haar grond(positie) vervreemdt aan de gemeente (of een SPV die zich kwalificeert als een aanbestedende dienst), er rekening mee dient te houden dat de verkrijgende partij (gemeente of SPV) de daarop te realiseren openbare infra en instituten Europees zal moeten aanbesteden, ongeacht het feit dat de onderliggende percelen oorspronkelijk eigendom waren van de marktpartij(en): had(den) de marktpartij(en) de betreffende percelen maar niet moeten vervreemden. Uiteraard kan de ontwikkelaar op voorhand bedingen dat hij de opdracht tot realisatie zal verkrijgen: een dergelijke overeenkomst is waarschijnlijk niet nietig.⁴ Echter, het is denkbaar dat derden-aannemers in kort geding alsdan – met succes – een gebod kunnen vorderen inhoudend dat de gemeente terzake de realisatie van de openbare instituten of infra een Europese aanbesteding organiseert – met alle eventuele gevolgen van dien.

Tot slot

Het is ondoenlijk om in het bestek van een artikel alle praktijkvarianten en juridische nuances die er bestaan te beschrijven. De materie is weerbarstig en de meningen zijn op bepaalde punten

(zeer) verdeeld. Bovendien betreft het een momentopname en het gegeven dat de richtlijn een 'multi-interpretabele' anti-omzeilingsbepaling bevat ('het laten uitvoeren met welke middelen dan ook'), maakt het trekken van eenduidige conclusies ook niet eenvoudiger. Dat geldt ook voor de rechtspraak van het Hof van Justitie EG. Herhaaldelijk baseert het Hof zijn uitspraken (mede) op het beginsel dat het 'nuttig effect' van de richtlijnen dient te worden gewaarborgd en wordt er herhaaldelijk voor een 'functionele uitleg' gekozen. Vrij vertaald: de richtlijnen dienen naar doel en strekking te worden uitgelegd met als gevolg dat een grammaticale lezing van de richtlijnen steeds minder maatgevend is en aldus tal van interpretatievragen worden opgeroepen. In het bijzonder zij verwezen naar 'Scala Milaan' waarin het Hof – parafraserend – beslist dat een eventualiteit als het hebben van een grondpositie, geen rechtvaardiging is voor niet-toepassing van de Richtlijn Werken. Het Hof geeft echter in concreto niet aan op welke wijze deze 'botsing' dient te worden opgelost en laat ons wat dat betreft in het ongewisse.⁵

Mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon

Noten

1. Meestal een CV-BV, maar andere structuren zijn ook denkbaar.
2. Zie *Tender Nieuwsbrief*, nrs. 1 resp. 2, 2004.
3. Aanvullende overheidsfinanciering van de SPV, bijvoorbeeld door middel van leningen, kan mogelijk tot de conclusie leiden dat de SPV zich toch als een aanbestedende dienst kwalificeert. Evenzo is denkbaar dat een SPV waarvan een gemeente alle of de meerderheid der aandelen houdt, niet noodzakelijkerwijs een aanbestedende dienst is. Immers, ook aan de 'tweede' voorwaarde om zich als aanbestedende dienst te kwalificeren – inhoudend dat de SPV is opgericht 'om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan van commerciële aard' – dient te worden voldaan. Vgl. o.a. HvJEG 15.1.1998 (C-44/96; 'Mannesmann') en HvJEG 22 mei 2003 (C-18/01; 'Korhonen').
4. Vgl. onder andere HR inzake Uneto/de Vliert, 22 januari 1999.
5. Zie inmiddels ook <http://pps.minfin.nl> het stuk 'Europese aanbesteding bij PPS bij gebiedsontwikkeling'.

Verklaring omtrent het gedrag

Naar verwachting voert het ministerie van Justitie per 1 april 2004 een nieuw systeem in voor het afgeven van verklaringen omtrent het gedrag. De verklaringen omtrent het gedrag worden dan niet meer alleen afgegeven voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen. De verklaringen worden niet langer bij de burgemeester van de woonplaats van de betrokken natuurlijke persoon aangevraagd, maar bij het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (het COVOG).

Verplicht

De nieuwe verklaring van goed gedrag is opgenomen in de 'beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbesteding in BIBOB-sectoren' die de minister van Economische Zaken begin maart heeft uitgevaardigd. Als een onderneming deelneemt aan een aanbestedingsprocedure voor de rijksoverheid en behoort tot een van vijf gegadigden die het meest in aanmerking komen voor een opdracht bij een openbare procedure of voor een uitnodiging tot inschrijving bij een niet-openbare procedure, dan dient hij deze verklaring op verzoek van de aanbestedende dienst als bewijsmiddel in te dienen.

Criteria

Het COVOG start een verdergaand onderzoek naar het strafrechtelijk verleden van natuurlijke of rechtspersoon dan aanbestedende diensten hoeven te doen volgens de genoemde Beleidsregels Integriteit. Het COVOG heeft voor het onderzoek inzage in het centraal justitieel documentatieregister en politieregisters. Zo bestrijkt het onderzoek door de COVOG zowel strafrechtelijke veroordelingen als transacties, sepots als lopende zaken.

De criteria waaraan een bedrijf moet voldoen om een verklaring van goed gedrag te krijgen, gaan verder dan de uitsluitingsgronden die in de genoemde Beleidsregels Integriteit worden genoemd. Zo onderzoekt de COVOG ook of er sprake is van deelname aan criminele organisaties, illegale tewerkstelling, oneerlijke mededinging, steekpenningen en witwassen. Een en ander betekent dat een aanbestedende dienst een onderneming die van het COVOG geen verklaring van goed gedrag verkrijgt niet zonder meer kan uitsluiten van de aanbesteding. De onderneming kan dan van het COVOG een beschikking krijgen waarin de redenen van het niet afgeven van de verklaring worden aangegeven. Aan de hand van die beschikking kan de aanbestedende dienst beoordelen of sprake is van een van de frauduleuze handelingen of feiten zoals genoemd in de Beleidsregels Integriteit.

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Berenschot Osborne