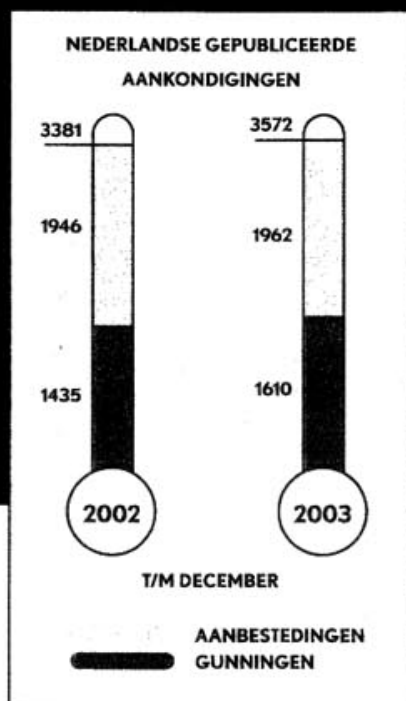


THERMOMETER



IN DIT NUMMER:

- 1 Projectontwikkeling & aanbesteding (I) Conciliatie 3 Tienjaar Tender Nieuwsbrief
5 Het nieuwe Wetgevend Pakket 6 DE ZAAK - Herziening regime voor alternatieve inschrijvingen noodzakelijk? 8 AUTEURSREGISTER 2003

Projectontwikkeling & aanbesteding (I)

In de projectontwikkelingspraktijk bestaat nog altijd de nodige onduidelijkheid over de vraag of, en zo ja in welke gevallen, een (PPS-)project (of onderdelen ervan) Europees dienen te worden aanbesteed overeenkomstig de zogenaamde richtlijn werken. In een drietal artikelen, die in deze en de volgende edities van *Tender Nieuwsbrief* zullen verschijnen, wordt gepoogd een en ander systematisch in kaart te brengen.

Het onderwerp is opgedeeld in drie artikelen uitgaande van de vraag welke partij de ontwikkelingslocatie bezit: 1) de gemeente bezit alle gronden op de ontwikkelingslocatie, 2) de marktpartij(en) bezit(ten) alle gronden op de ontwikkelingslocatie¹, 3) partijen bezitten gezamenlijk alle gronden op de ontwikkelingslocatie.²

Op deze gronden worden in de regel een of meer van de navolgende werken gerealiseerd, te weten: a) openbare infrastructuur (met name wegen, fietspaden en dergelijke), b) openbare instituten³ (sporthal, stadhuis, museum, school, zwembad en dergelijke), c) woningen (en eventueel kantoren). Vervolgens wordt bezien welke samenwerkingsvorm geëigend is voor de betreffende situatie. Veelal treft men de volgende varianten aan: a) gemeente en marktpartij(en) gaan uitsluitend een (samenwerkings)overeenkomst aan, b) gemeente en marktpartij(en) richten (vervolgens) een separate entiteit op door middel waarvan de samenwerking nader wordt vormgegeven (SPV).⁴

Deze serie artikelen richt zich uitsluitend op de richtlijn werken. Voorts wordt er steeds van uitgegaan dat a) te realiseren werken steeds een

waarde hebben die hoger is dan het in de richtlijn werken benoemde drempelbedrag, alsmede dat b) 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 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 is volledig van gemeente Woningen

De percelen waarop woningen - en kantoren - worden gerealiseerd, worden normalerwijze tegen een zakelijke prijs aan een ontwikkelaar verkocht (uitgegeven), die daar vervolgens voor eigen rekening en risico de woningen (en kantoren) realiseert en verkoopt (of verhuurt) aan particulieren (of bedrijven). Een dergelijke transactie is niet aanbestedingsplichtig.

lees verder op pagina 2 >

Conciliatie

Tijdens de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht sprak de voorzitter, Laurence Gormley van de Rijksuniversiteit Groningen, over de institutionele aspecten van bemiddeling binnen de Europese besluitvorming. Dit is een samenvatting van zijn opmerkingen. Een volledig verslag zal gepubliceerd worden in het Jaarboek van de NVvA.

lees verder op pagina 4 >

Projectontwikkeling & aanbesteding (I)

Openbare infra

Ten aanzien van de openbare infra geldt dat deze werken aanbesteed dienen te worden. Een structuur waarbij de gemeente de percelen waarop de openbare infra aangelegd dient te worden aan de marktpartij verkoopt om deze percelen, nadat daarop de infra is gerealiseerd, (terug) te kopen, is weliswaar mogelijk, doch in dat geval dient wel een Europese aanbesteding plaats te vinden – ook indien de koper van het totale te ontwikkelen perceel de realisatiekosten van de infra terugverdient door deze te verdisconteren in de prijs van de aan particulieren te verkopen woningen. Dat is in meer algemene zin de les die uit de zaak 'Mortiere Middelburg'⁵ (en 'Scala Milaan'⁶) kan worden getrokken: indien de gemeente het eenmaal in eigen hand heeft – of heeft gehad (doordat zij eigenaar is van de locatie) – een aanbestedingsprocedure te organiseren, kan zij zich niet – meer – aan die verplichting onttrekken door de locatie te vervreemden. De gemeente heeft vervolgens de keuze tussen ofwel de opdracht zelf Europees aan te besteden dan wel de koper (marktpartij) van de totale ontwikkelingslocatie te verplichten namens de gemeente een Europese aanbesteding te houden waar het de openbare infra betreft.

Openbare instituten

Ten aanzien van de openbare instituten geldt dat er veelal evenzeer een Europese aanbesteding zal dienen plaats te vinden. In de praktijk zal het meestal zo zijn dat de gemeente zelf opdracht geeft aan een aannemer om het betreffende werk te realiseren. Indien de gemeente kiest voor wat complexere constructies – bijvoorbeeld door het onderliggende perceel te verkopen aan een ontwikkelaar met de (bouw)plicht op dat perceel een (openbare) school te realiseren – zal het in de regel toch zo zijn dat de gemeente – na realisatie – het gerealiseerde werk (terug)koopt of (terug)huurt en aldus (indirect) de realisatie financiert. Een dergelijke transactie is aanbestedingsplichtig. In dit geval is, om aan te haken bij definitie van het begrip 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken' (artikel 1.a richtlijn werken), sprake van 'het laten uitvoeren van een werk met welke middelen dan ook (...)'. En zelfs indien de ontwikkelaar het werk niet (terug)verkoopt (of verhuurt) aan de gemeente, maar het object voor eigen rekening en risico gaat

exploiteren, zal in een aanzienlijk aantal gevallen sprake zijn van een concessieovereenkomst, welke overeenkomst ook overeenkomstig de richtlijn werken aanbesteed dient te worden, met dien verstande dat een 'verlicht' regime geldt. In een dergelijke situatie geldt naar mijn mening alleen dan geen aanbestedingsverplichting indien men het werk niet kwalificeert als een 'openbaar werk': in dat geval is blijkbaar sprake van een werk dat bestemd is voor private doeleinden (vergelijkbaar met paragraaf Woningen).

Samenwerkingsovereenkomst

Volstaan kan worden met een 'aangeklede' (ver)koopovereenkomst dan wel een samenwerkingsovereenkomst. Kern van deze overeenkomst is dat de gemeente aan de marktpartij het grootste gedeelte van de locatie verkoopt, onder de verplichting daar met inachtneming van bepaalde randvoorwaarden, woningen en/of kantoren te realiseren. Ten aanzien van de percelen waarop de openbare infra en instituten gerealiseerd dienen te worden, kan de gemeente de daarop te realiseren werken zelf aanbesteden dan wel de marktpartij verplichten deze namens de gemeente aan te besteden.

Is de gemeente vrij in keuze van marktpartij?

SPV

Oprichting van een SPV heeft nauwelijks enige meerwaarde. Indien men daartoe toch besluit, dan veranderen de conclusies niet wezenlijk. Ofwel kwalificeert de SPV niet als een aanbestedende dienst – anders gezegd: zij is een 'gewone' private partij c.q. marktpartij (die de gehele locatie van de gemeente koopt) – in welk geval de gemeente overeenkomstig de conclusies als vervaar in paragrafen *Openbare infra* en *Openbare instituten* dient aan te (laten) besteden. Ofwel kwalificeert de SPV wel als een aanbestedende dienst, hetgeen betekent dat de aanbestedingsverplichting (eventueel) 'verschuift': niet de gemeente maar de SPV (die alle gronden heeft gekocht) dient in dat geval, overeenkomstig de conclusies als verwoord in paragrafen *Openbare infra* en *Openbare instituten*, de openbare infra en instituten aan te besteden.

Tot slot

De vraag die men nog kan stellen is of de gemeente vrij is in de keuze van de marktpartij aan wie zij de perceelsdelen verkoopt die bestemd zijn voor woningbouw (en kantoren).

Afgezien van het feit dat gemeenten meestal wel een bepaalde selectieprocedure houden om aldus een zo hoog mogelijke grondbieding te verkrijgen, meen ik dat de gemeente niet gehouden is de marktpartij(en) door middel van een openbare procedure te selecteren. Deze – ogenschijnlijk ongelimiteerde – vrijheid lijkt overigens inmiddels wel aan enige inperking onderhevig.⁷

(Dit artikel wordt vervolgd in *Tender Nieuwsbrief* nrs. 2 en 3, 2004.)

Mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

Noten

1. Dit onderwerp wordt besproken in *Tender Nieuwsbrief* nr. 2, 2004.
2. Dit onderwerp wordt besproken in *Tender Nieuwsbrief* nr. 3, 2004.
3. Het betreft meestal instituten die in de regel ofwel door de overheid worden geëxploiteerd, ofwel niet zonder een forse overheidsbijdrage tot stand kunnen komen. Vaak zal sprake zijn van een openbaar werk (artikel 1.d richtlijn werken), hetgeen reeds betekent dat indien een gemeente besluit een dergelijk werk niet voor eigen rekening en risico te doen realiseren, doch de opdrachtnemer het exploitatierecht geeft, vaak sprake zal zijn van een (Europees) aan te besteden concessieovereenkomst.
4. Special Purpose Vehicle, meestal een CV-BV maar ook een NV, BV, CV of v.o.f. (of combinatie) is denkbaar. Belangrijke vraag is of de SPV al dan niet kwalificeert als een zogenaamde 'publiekrechtelijke instelling'. Indien het antwoord bevestigend is, dient de SPV immers haar opdrachten Europees aan te besteden.
5. Hof Den Haag, 31.1.2001, *Bouwrecht*, 2001, blz. 531 e.v.
6. HvJ EG 12.7.2001, C-399/98, NJ 2002, 22.
7. Zie o.a. HvJ EG ('Telaustria'), 7 december 2000, C-324/98; mr. E.H. Pijnacker Hordijk/mr. I.A.M. Kroft, *Bouwrecht*, 2001, blz. 859; Christine Judmaier, Europese Commissie in *Tender Nieuwsbrief*, nr. 7, 2003, blz. 4 e.v.