

Projectontwikkeling & aanbesteding (II)

In de vorige *Tender Nieuwsbrief* (nr. 1, 2004) is aandacht besteed aan de vraag welke onderdelen van een project Europees dienen te worden aanbesteed in de situatie waarbij de gemeente alle gronden op een ontwikkelingslocatie bezit. In dit artikel wordt aandacht besteed aan dezelfde vraag, echter in een situatie waarbij niet de gemeente maar de marktpartij(en) alle gronden op de locatie in bezit heeft (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 drempeelbedrag, alsmede b) dat waar transacties plaatsvinden de partijen zakelijke prijzen of tegenprestaties bedingen, tenzij uitdrukkelijk anders is vermeld. Gegeven de complexiteit van het onderwerp dient in deze serie artikelen met een weergave van de hoofdzaken te worden volstaan.

Ontwikkelingslocatie is volledig van marktpartij(en)

Woningen

De woningen (en kantoren) die de marktpartij voor eigen rekening en risico bouwt en verkoopt behoeven – vanzelfsprekend – niet Europees aanbesteed te worden.

Openbare infra

Ten aanzien van de realisatie van de infra ligt de situatie aanzienlijk genuanceerder. Persoonlijk meen ik dat de aanleg ervan niet Europees aanbesteed hoeft te worden, indien tenminste wordt uitgegaan van de – veel voorkomende – situatie waarbij de ontwikkelaar de realisatiekosten van de infra terugverdient door deze in de verkoop-prijs van de woningen te verdisconteren en de infra na realisatie niet (althans voor een symbolische prijs) overdraagt aan de gemeente. Belangrijkste argument hiervoor is dat met betrekking tot de overdracht van de infra door de marktpartij aan de gemeente geen sprake is van een 'bezwarende titel', zodat aan een van de elementen om te kwalificeren als een (aanbestedingsplichtige) opdracht niet wordt voldaan. Daarbij wordt er overigens wel vanuit gegaan dat de gemeente niet op enigerlei andere wijze de ontwikkelaar compenseert voor de realisatie van de infra. Immers, het is – theoretisch – denkbaar dat de ontwikkelaar via enige omweg of verrekening

een vergoeding (althans een tegenprestatie) ontvangt van de gemeente.²

Niet iedereen is deze mening toegedaan overigens: een argument dat wordt gebruikt – om aan te tonen dat in een dergelijk geval toch een Europese aanbesteding dient plaats te vinden – is dat in dit kader niet de door de gemeente betaalde symbolisch prijs ('een euro') doorslaggevend is, doch dat slechts relevant is de (geschatte) waarde van het te realiseren werk.³ Voorts wordt als argument rechtsoverweging 75 uit de zaak 'Scala Milaan' aangehaald ter onderbouwing van die stelling.⁴ Praktisch is overigens slecht voorstelbaar hoe een gemeente een aanbesteding zou willen (laten) organiseren op gronden die aan een derde – de marktpartij – toebehoren. In dat

Te lichtgevoelig over eigendomsrecht

geval, zo wordt thans ook wel betoogd, zou de gemeente tot onteigening moeten en kunnen overgaan.⁵

Ik meen dat een dergelijk standpunt – in zijn algemeenheid – (veel) te ver gaat: te lichtvoetig wordt voorbijgegaan aan het bijzondere karakter van het eigendomsrecht en meer in het bijzonder aan het bepaalde in artikel 6 lid 2 EU-verdrag, waarin is bepaald dat de bepalingen van het EVRM behoren te worden geëerbiedigd en als algemene beginselen van gemeenschapsrecht worden aangemerkt. Dat betekent onder meer dat artikel 1, Aanvullend Protocol, EVRM onderdeel uitmaakt van het gemeenschapsrecht, krachtens welk artikel het eigendomsrecht wordt beschermd. Mede gelet hierop komt het mij voor dat het enkel en alleen niet kunnen naleven van de Richtlijn Werken onvoldoende grond voor een onteigening is.⁶ Het laatste woord is over deze problematiek in ieder geval nog niet over gezegd.

Openbare instituten

Ten aanzien van de openbare instituten (stadhuis, school en dergelijke) zal het in de regel zo zijn, dat de marktpartij deze op enig moment zal verkopen of verhuren aan de gemeente of enig ander (semi-)overheidsorgaan. Immers, een marktpartij kan normalerwijze niets met dergelijke openbare instituten. In de regel zal het mede daardoor bovendien zo zijn dat er voorafgaand aan de realisatie wel (enige) afstemming is geweest tussen marktpartij en gemeente. In dat geval zal de gemeente gehouden zijn het werk

Europees aan te besteden. Een patstelling dreigt dan: de ontwikkelaar zal zonder bouwclaim geen afstand doen van het perceel dat hem in eigendom toebehoort. Uiteindelijk komt (of moeten we inmiddels zeggen: kwam?) het er in de praktijk nogal eens op neer dat de gemeente zwicht.⁷ Uitsluitend indien een ontwikkelaar geheel op eigen initiatief, voor eigen rekening en risico, en naar eigen inzicht een dergelijk werk realiseert met het doel dit op enig moment te verkopen of te verhuren – dan wel zelf te exploiteren – en de gemeente eerst daarna besluit het gebouw te willen verwerven of huren, is geen sprake van een aanbestedingsplicht. Ten aanzien van een kantoorgebouw is een dergelijke situatie nog wel denkbaar; indien echter sprake is van een realisatie van een stadhuis of een school is een dergelijke situatie nauwelijks voorstelbaar: welke marktpartij gaat immers geheel op eigen houtje een stadhuis of een school realiseren?

Overigens is er – ter oplossing van voorgaande – nog wel een (enigszins) 'koninklijke weg' denkbaar: de gemeente zou een prijsvraag of enige andere openbare procedure kunnen uitschrijven waarbij aan marktpartijen wordt gevraagd een locatie (binnen de gemeentegrenzen) plus (schets)ontwerp aan te bieden waarop een nieuw stadhuis (conform ingediend schetsontwerp) gerealiseerd dient te worden. Een dergelijke procedure biedt anderen ook de gelegenheid een aanbieding te doen en vindt er aldus een selectie door middel van concurrentie plaats. Ook een andere variant is denkbaar: de marktpartij draagt het perceel – waarop een nieuw stadhuis wordt beoogd – over aan de gemeente (tegen een zakelijke prijs), waarbij de marktpartij bedingt dat de gemeente elders binnen haar grenzen een perceel – tegen zakelijke prijs – verkoopt aan de marktpartij waarop de marktpartij voor eigen rekening en risico woningen kan realiseren.

Samenwerkingsovereenkomst

Met een samenwerkingsovereenkomst kan in principe worden volstaan. De rol van de gemeente is hoofdzakelijk van publiek (rechtelijk) aard en beperkt zich in hoofdzaak tot het afgeven van de benodigde (bouw)vergunningen. Daarnaast zal de overeenkomst waarschijnlijk een bepaling bevatten waarbij de openbare infra na realisatie voor een symbolische prijs aan de gemeente wordt overgedragen. Wat partijen overeenkomen ten aanzien van de te realiseren instituten is vanuit aanbestedingsrechtelijke optiek nog het minst eenvoudig. Het antwoord

zal met name afhangen van de feitelijke situatie. Het 'afkopen' van de marktpartij – die daarmee zijn bouwclaim verliest – door de gemeente (door de marktpartij op een bepaalde manier te compenseren) lijkt het meest passende scenario.

SPV (Special Purpose Vehicle)

Zouden partijen toch besluiten tot het oprichten van een SPV die de grond van de marktpartij verwert – vaak een CV-BV, maar ook een andere entiteit zoals een v.o.f., BV of NV is denkbaar –, dan worden de conclusies als verwoord in voorgaande paragrafen voor een deel (wezenlijk) anders. Indien de SPV niet kwalificeert als een aanbestedende dienst (hetgeen in een situatie als deze waarbij de marktpartij alle gronden bezit wel zo aannemelijk is) – anders gezegd: de SPV is eigenlijk een 'gewone' private (markt)partij –, dan blijven de conclusies als verwoord in voorgaande paragrafen (Woningen, Openbare infra en Openbare instituten) gelden, met dien verstande dat in plaats van 'marktpartij' alsdan 'SPV' dient te worden gelezen.⁸ Indien de SPV daarentegen wel als aanbestedende dienst zou kwalificeren (hetgeen overigens weinig aannemelijk is), dan dienen naar mijn mening de conclusies als verwoord in deel I van deze artikel⁹ onder b 'Openbare infra' en c 'Openbare instituten' te worden toege-

past op de SPV en dient in deze paragrafen in plaats van 'gemeente' 'SPV' te worden gelezen. Dit betekent dat de infra en openbare instituten Europees aanbesteed dienen te worden.

(Dit artikel wordt vervolgd in Tender Nieuwsbrief nr. 3, 2004.)

Mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon

Noten

1. Zie o.a. mr. G.W.A. van de Meent, mr. J.W. Hamming, mr. J.M. Gerretsen, *Bouwrecht* 2001, blz. 545 e.v., alsmede mr. M.O. Meulenbelt, *Bouwrecht* 2002, blz. 857 e.v., een en ander n.a.v. 'Mortiere Middelburg'.
2. Overigens rijst dan de vraag of wel een aanbestedingsplicht zou gelden, indien de door de gemeente verleende compensatie onder de drempelwaarde van de Richtlijn Werken ligt.
3. Artikel 6.1.a Richtlijn Werken bepaalt dat aan de hand van de 'geraamde waarde' vastgesteld moet worden of de opdracht wel of niet boven de drempelwaarde ligt.
4. 'Dat de overheid haar contractspartij niet kan kiezen, kan dus op zich de niet-toepassing van de richtlijn niet rechtvaardigen (...)', *Rechtsoverweging* 75, slotzin.
5. Zie dr. Ir A.G. Bregman, *Bouwrecht*, januari 2002, blz. 10 e.v. en *Bouwrecht*, oktober 2002, blz. 864 e.v. Zie

ook mr. A. Moret, mr. J.J.A.W. Plomp, *Nieuwsbrief Onroerend Goed*, 3 september 2002, blz. 2 e.v. alsmede mr. M.A. Moolhuizen, mr. S.C. Brackmann, *Bouwrecht*, september 2002, blz. 786.

6. Zie ook mr. R.D. Luteijn in *Tender Nieuwsbrief*, nr. 8, december 2002.

7. Daarvoor was overigens ook wel enig begrip voor het standpunt van de gemeenten, gelet op de circulaire van de Rijksgebouwendienst d.d. 4 maart 1999 (waaraan overigens geen rechten ontleend konden worden) waarin de RGD eenvoudig vaststelt dat in een dergelijke situatie geen aanbesteding mogelijk is.

8. Een nuancering: het is denkbaar dat zich een situatie voordoet waarbij een gemeente (minderheids)aanhouder wordt (zie deel III, *Tender Nieuwsbrief*, nr. 3, 2004). Alhoewel ik een andere mening ben toegedaan, kan wellicht worden betoogd dat een SPV waarin de gemeente een (minderheids)participatie heeft, bepaalde opdrachten toch moet aanbesteden omdat, gelet op de daaruit volgende zeggenschap en financiering, alsdan mogelijk sprake is van 'het laten uitvoeren van een werk met welke middelen ook' (vgl. slotbepalingen van artikel 1.a Richtlijn Werken).

9. Zie deel I van dit artikel in de vorige *Tender Nieuwsbrief*, nr. 1, 2004.

Drempelwaarden 2004-2005

Overzicht van de drempelwaarden in euro's voor het publiceren van aanbestedingen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen zoals deze van 1 januari 2004 tot en met 31 december 2005 gelden.

WERKEN

Alle overheden*	€ 5.923.624
Concessies en projecten met >50% subsidies	€ 5.000.000

Nutsbedrijven

Telecommunicatie	€ 5.000.000
Gas, warmte, olie, vaste brandstoffen en vervoer per trein	€ 5.000.000
Andere nutssectoren*	€ 5.923.624

LEVERINGEN (VAN PRODUCTEN)

Centrale overheid*	€ 154.014
Andere overheden*	€ 236.945

Nutsbedrijven

Telecommunicatie	€ 600.000
Gas, warmte, olie, vaste brandstoffen en vervoer per trein	€ 400.000
Andere nutssectoren	€ 473.890

DIENSTEN

Centrale overheid*	€ 154.014
Andere overheden*	€ 236.945
Gesubsidieerde opdrachten, O&O en telecommunicatiediensten, diensten vallend onder bijlage IB	€ 200.000

Nutsbedrijven

Telecommunicatie	€ 600.000
Gas, warmte, olie, vaste brandstoffen en vervoer per trein	€ 400.000

Andere nutsbedrijven

O&O en telecommunicatiediensten	€ 400.000
Andere diensten*	€ 473.890

* Deze bedragen zijn gelijk aan de drempelbedragen van de Government Procurement Agreement (GPA). Bedrijven uit landen die de GPA hebben ondertekend moeten worden toegelaten. Ondertekenaars zijn onder andere Amerika, Canada, Israël en Japan. De drempelbedragen zijn in euro's exclusief BTW.

Bron: <http://www.egadvies.nl/aanbest/dremp.htm>