

# TENDER 6

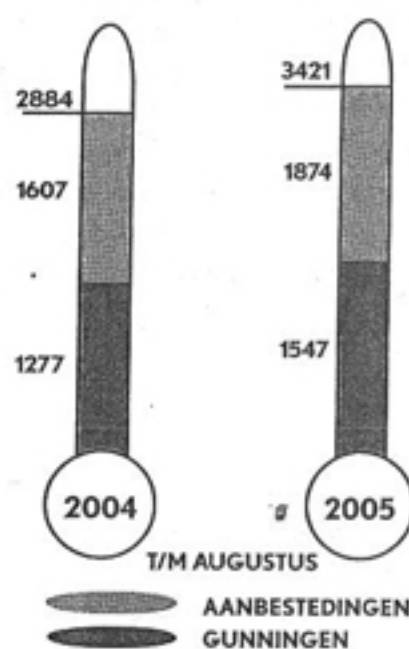
## N I E U W S B R I E F

## IN DIT NUMMER

1 De kwestie Vathorst - De homogene levering? 4 Vervlechting van aanbestedingsprocedure en trace/meir-procedure (rectificatie) 6 DE ZAAK: Het Coname-arrest: nogmaals transparantie 8 GUNNINGEN IN NEDERLAND GEZIEN?!

## TENDER THERMOMETER

## NEDERLANDSE GEPUBLICEERDE AANKONDIGINGEN



## De homogene 'levering'?

Algemeen uitgangspunt van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 'Werken', nr. 93/37/EEG, 'Leveringen', nr. 93/36/EEG of 'Diensten', nr. 92/50/EEG, is dat een voorgenomen opdracht niet mag worden opgesplitst ten einde deze aan de toepassing van voornoemde richtlijnen te onttrekken. Dit opsplitsingsverbod staat in een directe relatie tot het vraagstuk of de geraamde waarde van een overheidsopdracht de zogenaamde drempelwaarde al dan niet zal overschrijden.

lees verder op pagina 3 &gt;

## De kwestie Vathorst

De in maart 2005 door de Europese Commissie aan de Staat der Nederlanden gezonden ingebrekestelling heeft de nodige commotie veroorzaakt. De kwestie is thans nog 'sub iudice' (beter gezegd: de Staat is doende haar verweerschrift op te stellen), zodat een uitgebreide analyse niet opportuun is. Desalniettemin meent de redactie enige woorden aan dit onderwerp te moeten wijden.<sup>1</sup>

Vathorst is een VINEX-ontwikkelingslocatie van de gemeente Amersfoort. Noordelijk van Amersfoort moeten in Vathorst in de komende jaren vele duizenden woningen verrijzen. Een aantal marktpartijen (Bouwfonds, Heijmans, van Zwol, Wilma, Dura Vermeer alsmede woningcorporatie SCW) en de gemeente hebben eind jaren negentig Ontwikkelingsbedrijf Vathorst CV opgericht; beherend vennoot is Ontwikkelingsbedrijf Vathorst Beheer BV ('CV-BV'). De gemeente Amersfoort enerzijds en marktpartijen anderzijds houden ieder vijftig procent van de aandelen/belangen. Besluitvorming binnen de CV vindt plaats met een meerderheid van tachtig procent van vennoten. Besluitvorming binnen de beheer-BV vindt plaats op basis van een unanieme beslissing van de aandeelhouders. De samenwerking tussen genoemde partijen is vevat in een Grondexploitatie- en Realiseringsovereenkomst (de zogenaamde 'GROK'), daterend uit 1998. Doel van de samenwerking is te komen tot ontwikkeling en realisatie van woningen c.a. Daartoe zal de CV-BV grond verkopen aan de

marktpartijen die daarop vervolgens woningen zullen realiseren. Daarnaast heeft de gemeente Amersfoort nog een overeenkomst gesloten met Smink. Smink had namelijk een aanzienlijke grondpositie; daarbij is overeengekomen dat Smink zijn grondpositie 'inlevert' alsmede de nodige grondwerkzaamheden (sanering, bouwen woonrijp maken) mag verrichten.

### Stellingname Europese Commissie

De Europese Commissie neemt op een aantal punten stelling:

- De Commissie is van oordeel dat de 'project-ontwikkelingsrechten' overeenkomstig de Richtlijn Werken hadden dienen te worden aanbesteed. De marktpartijen nemen namelijk gronden af van de CV-BV en realiseren daarop, met inachtneming van bepaalde kaders, woningen. De Commissie meent dat hier sprake is van het 'laten uitvoeren van een werk met welke middelen ook' als bedoeld in definitie van een 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken'.<sup>2</sup>

lees verder op pagina 2 &gt;



- De door de CV-BV te verstrekken opdrachten om het totale plangebied bouw- en woonrijp te maken had conform de Richtlijn Werken aanbesteed moeten worden.
- De door de gemeente aan Smink opgedragen werkzaamheden tot sanering van afvalbergingen behoorde conform de Richtlijn Werken te worden aanbesteed. Idem wat betreft het verrichten van bouw- en woonrijpmaakwerkzaamheden.
- De realisatie van de huurwoningen aan de woningcorporatie SCW had conform de Richtlijn Werken aanbesteed moeten worden.
- OBV dient als een aanbestedende dienst te worden aangemerkt, daarbij onder meer verwijzend naar een opdracht die in 2002 in het *Publicatieblad* was gepubliceerd en waarbij OBV zichzelf als 'aanbestedende dienst' had aangemerkt.
- Voor zover bepaalde (deel)opdrachten de drempelwaarde van de Richtlijn Werken niet overschrijden, hadden deze opdrachten met inachtneming van de in 'Unitron'<sup>3</sup> en 'Telaustria'<sup>4</sup> vervatte criteria toch (op enigerlei wijze) 'aanbesteed' moeten worden.
- Waar sprake is geweest van dienstverlening in opdracht van de gemeente en/of OBV, hadden deze aanbesteed dienen te worden met inachtneming van de Richtlijn Diensten.

## Algemene beschouwingen

Gegeven het in de inleiding gestelde past het niet om (te diep) op de materie in te gaan, hetgeen niet wegneemt dat de redactie meent tot een aantal algemene beschouwingen te kunnen komen.

Primair dient te worden geconstateerd dat op het moment dat de overeenkomsten zijn gesloten (omstreeks 1998), de 'wereld' er geheel anders uitzag dan thans het geval is. De uitspraken inzake 'Scala'<sup>5</sup> en 'Mortiere Middelburg'<sup>6</sup> dateren uit 2001. Het is met name de uitspraak in 'Scala' geweest die heeft geleid tot een wezenlijk andere invalshoek.

De stellingname als zou de CV-BV een aanbestedende dienst zijn, is strijdig met hetgeen in Nederland tot dusverre algemeen wordt aangenomen. Doorgaans wordt gesteld dat dergelijke entiteiten niet voldoen aan het criterium dat zij zijn opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan van industriële of commerciële aard. Bovendien is ook de aandelen- en stemverhouding zodanig gestructureerd – zoals te doen gebruikelijk – dat de gemeente (in casu Amersfoort) in de CV-BV niet een doorslaggevende stem heeft dan wel meer dan de helft

van de financiering voor haar rekening neemt. Dit aspect is wezenlijk in dit dossier, omdat veel van de door de Commissie bestreden opdrachten door de CV-BV worden verstrekt.

De stellingname inhoudend dat de 'projectontwikkelingsrechten' aanbesteed hadden dienen te worden, is eveneens strijdig met de tot dusverre in Nederland gangbare visie. In de praktijk wordt aangenomen dat de verkoop van grond een niet aanbestedingsplichtige transactie is, ook niet indien de verkoper (een gemeente) daarbij een bouwplicht oplegt. De verkoper ontvangt immers gelden (terwijl in geval van opdrachten de overheid gelden betaalt). De op de gronden te realiseren woningen worden betaald door de particuliere huizenkoper. Dat een gemeente voorwaarden stelt aan de te bouwen woningen doet daar – in de gangbare (Nederlandse) visie – niets aan af, onder meer niet omdat dergelijke voorwaarden vaak zijn gebaseerd op publiekrechtelijke voorschriften, zoals de Woningwet.

De realisatie en levering (om niet) van de openbare infrastructuur is immer een precare kwestie, waarbij sedert 1998 (zie hiervoor) de panelen wezenlijk zijn verschoven. Prangende vraag blijft daarbij of de opdracht tot realisatie van openbare infrastructuur aanbestedingsplichtig is (met name: of sprake is van een 'bezwarende titel'), indien de verkrijgende overheid geen vergoeding (direct noch indirect) betaalt voor de realisatie van de openbare infrastructuur. Voorts kan in dit dossier van belang zijn dat woningcorporaties op grond van de wet slechts

binnen de eigen gemeente werkzaam mogen zijn hetgeen, voor zover al verplicht, een aanbesteding onder woningcorporaties onmogelijk maakt althans aanzienlijk beperkt.

Of opdrachten onder de drempelwaarde aanbesteed dienen te worden, is een inmiddels bekend discussiepunt. Hierover lopen inmiddels de nodige zaken en op enig moment zal duidelijk worden of het Hof van Justitie EG deze stellingname van de Commissie (al dan niet) accepteert.

## Tot slot

De vraag is natuurlijk hoe dit zal eindigen. Dat het nog wel even zal duren voordat deze kwestie tot een einde komt, is evident. Deze kwestie roept herinneringen op aan de kwestie 'Zaandam/Saendelft' uit 1997. Ook toen veroorzaakte de stellingname van de Europese Commissie ten aanzien van dit PPS-project de nodige commotie in Nederland. Die kwestie is, voor zover bekend, met een 'sisser' afgelopen. Of dat inzake Vathors ook het geval zal zijn, zal nog moeten blijken.

## De redactie

## Noten

1. Inmiddels verscheen ook in *Bouwrecht*, juli 2005, een artikel over dit onderwerp van mrs. Boot en Ubink.
2. Artikel 1.a Richtlijn 93/37/EEG.
3. HvJEG C-275/98 d.d. 18 november 1999.
4. HvJEG C-324/98 d.d. 7 december 2000.
5. HvJEG C-399/98 d.d. 12 juli 2001.
6. Hof's Gravenhage d.d. 31 januari 2001.

Oktober 2005  
www.MaandvanhetAanbesteden.nl  
WTC Rotterdam

## Maand van het Aanbesteden

Elsevier Congressen, de *Tender Nieuwsbrief* en de *AanbestedingsKrant* organiseren in oktober 2005 de Maand van het Aanbesteden. Een must voor iedereen die van welke kant ook met aanbestedingen te maken heeft. Als congreslocatie is gekozen voor het World Trade Center te Rotterdam.

Voor het resterende deel van de maand staan nog drie onderdelen op het programma. Op woensdag 19 oktober vindt de praktijkdag elektronisch aanbesteden en veilen plaats. Tijdens

deze dag leert u aan de hand van de praktijk ervaringen hoe u met deze relatief nieuwe instrumenten kunt werken en wat de kansen en bedreigingen zijn.

Op donderdag 20 oktober wordt de verdiepingscursus Jurisprudentie Aanbestedingsrecht gegeven. De interpretatie van zowel de Europese als de nationale aanbestedingswet- en regelgeving is niet eenvoudig. Kennis en inzicht in belangrijke en actuele jurisprudentie is daarom van essentieel belang.

Op woensdag 26 oktober wordt de Maand van het Aanbesteden afgesloten met het congres contractvorming in de bouw. Tijdens dit congres leert u wat de verschillende contractvormen kunnen betekenen voor uw aanbestedingspraktijk.

Kijk voor meer informatie op:  
www.maandvanhetaanbesteden.nl