

Vathorst: case closed

Op 27 maart 2009 hebben ambtenaren van de Europese Commissie laten weten voornemens te zijn voor te stellen het dossier Vathorst te sluiten. De reden daarvoor is dat de Nederlandse regering de Commissie door middel van het ICER-rapport tegemoet is gekomen. Een terug- en vooruitblik.

Ingebrekestelling maart 2005

De kwestie Vathorst loopt al lang. In maart 2005 heeft de Commissie een ingebrekestelling verstuurd aan de Nederlandse overheid naar aanleiding van een klacht van een Amersfoortse politieke partij. De ingebrekestelling bevatte ca. 10 punten ten aanzien waarvan, volgens de Commissie althans, Nederland 'in overtreding' was.

De meest in het oog springende punten betroffen de projectontwikkeling. Ten eerste meende de Commissie dat de door overheid en private partijen opgerichte CV-BV (waarin beide zijden voor 50% deelnamen) een aanbestedende dienst was. Ten tweede was de Commissie van oordeel dat de uitgifte van grond aan projectontwikkelaars, waarop zij vervolgens voor eigen rekening en risico woningen zouden realiseren, een aanbestedingsplichtige opdracht was. Een belangrijk element was dat volgens de Commissie sprake was van een bezwarende titel, doordat de projectontwikkelaars als gevolg van verkoop (dan wel verhuur) van de door hen gerealiseerde woningen in de gelegenheid werden gesteld inkomsten te verwerven.

De Nederlandse regering heeft een uitvoerig verweerschrift opgesteld naar aanleiding van deze ingebrekestelling. Dit verweerschrift is alweer enige jaren geleden aan 'Brussel' verstuurd. Gaandeweg is de tijd verstreken en dat deed het vermoeden rijzen dat dit dossier in de Brusselse burelen zou blijven liggen. De vergelijking met de kwestie 'Saendelft' (eind jaren negentig) drong zich op: ook daar was sprake van een door de Commissie geïnitieerd onderzoek dat veel beroering veroorzaakte, maar dat per saldo uiteindelijk in een la belandde. Het dossier Vathorst blijkt uiteindelijk een zelfde lot beschoren, zij het dat de Commissie hiervoor de rechtvaardiging vindt in de omstandigheid dat met het opstellen van het ICER-rapport (september/oktober 2008) de Nederlandse overheid naar haar oordeel zodanig aan haar wensen tegemoet is gekomen, dat de kwestie Vathorst niet langer opgevolgd behoeft te worden.

Voor een zaak die Nederland in heftige beroering heeft gebracht en die in allerhande aanbestedingsdossiers tot heftige discussies heeft geleid, is dat eigenlijk een anti-climax, temeer indien men bedenkt - zoals uit onderstaande moge blijken - dat het ICER-rapport vele slagen om de arm en voorbehouden bevat.

Voor de praktijk is het echter een gewenste uitkomst: Vathorst is geneutraliseerd en het ICER-rapport - in samenhang met de nieuwe Reiswijzer (publicatie zomer 2009) - geeft betrokken partijen (gemeenten en private partijen) voldoende houvast om de tot dusverre gegroeide praktijk voort te zetten.

ICER-rapport 2008

Het ICER-rapport is de reactie van de Nederlandse rijksoverheid op de bekende Auroux-uitspraak van januari 2007. Ook de Auroux-uitspraak heeft geleid tot heftige polemieken en tot een eenduidige conclusie is het nog steeds niet gekomen. Was hier sprake van een volstrekt atypische situatie - veroorzaakt door het feit dat de Gemeente Roanne alle (projectontwikkelings)risico's voor haar rekening nam - waaruit bijgevolg geen algemene conclusies konden worden getrokken? Of diende men de overwegingen van het Hof van Justitie toch te extrapoleren naar de Nederlandse praktijk? Ook het ICER-rapport geeft hierop geen definitief antwoord - niet verrassend. Het rapport bevat een uitgebreide analyse, maar zodra het aankomt op conclusies worden er de nodige slagen om de arm gehouden, voorbehouden gemaakt en veel conclusies in termen als 'zou kunnen' geformuleerd.

Een van de belangrijkste vragen die nog immer onbeantwoord is, is of het uitgeven van grond aan een private partij die daarop voor zijn rekening en risico woningen realiseert en verkoopt, wel of niet een 'bezwarende titel' oplevert. Het ICER-rapport lijkt die vraag met een voorzichtig 'ja' te beantwoorden. Daarmee is volgens het ICER-rapport echter nog geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Daartoe moet namelijk ook nog aan de eis zijn voldaan dat

de (gronduitgevende) overheid (te) vergaande eisen stelt aan de te realiseren woningen. De praktijk lijkt zich hier voorlopig mee te redden. Gemeenten zullen wat terughoudend moeten zijn in het stellen van eisen en zolang dat het geval is, is - blijkens het ICER-rapport - waarschijnlijk geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dit laat onverlet dat menige gemeente bij een ontwikkeling van enige omvang doorgaans concurrentie uitlokt door het project in de vorm van een prijsvraag of selectie (al dan niet conform het BAO) 'in de markt te zetten'. Persoonlijk acht ik dit criterium uitermate ongelukkig. Ten eerste (her)kent de aanbestedingsregelgeving dit criterium niet, althans zeker niet met zoveel woorden. Ten tweede is een onderscheid tussen publieke eisen (die volgens het ICER-rapport zonder meer gesteld mogen worden) en private eisen, een onderscheid dat per EU-land zal verschillen. Wat hier publiek is, kan elders privaat zijn - en vice versa. Ten derde is het uitermate arbitrair en nauwelijks meetbaar: welke eis gaat te ver (bijgevolg waarvan een aanbestedingsplicht ontstaat) en welke niet? Wie het weet, mag het zeggen. Wat dat betreft is het 'bezwarende titel'-criterium zuiverder en eenvoudiger hanteerbaar.

Conclusie

Ondanks de kritiek die men kan hebben vanuit rechtstheoretisch oogpunt, is het goede nieuws dat de praktijk hier voorlopig mee uit de voeten lijkt te kunnen. Zolang gemeenten geen al te exorbitante eisen zullen stellen, kan men met het ICER-rapport in de hand - en daarmee ook met een goedkeuring van de Europese Commissie - stellen dat geen sprake is van een overheidsopdracht, om vervolgens het project door middel van enige vorm van prijsvraag of selectie tot concurrentie uit te lokken (welke overigens bijna altijd louter nationaal is).

mr. Robbert D. Luteijn
Lexecon