

COLOFON

Redactie:

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne bv, Utrecht

mr. R.D. Luteijn
Lexecon bv, Amsterdam

prof. mr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

prof. mr. W.G.Ph.E. Wedekind
Emeritus hoogleraar aanbestedingsrecht
(Universiteit van Amsterdam)

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Maya Dornseiffer,
redactionele projecten
e-mail maya.dornseiffer@planet.nl

Uitgever: Louise Bos
tel. 070-441 5173

Abonnementen/adreswijzigingen

Abonnementen: € 129,- p.j. excl. btw
Reed Business bv
Postbus 808
7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358 358
fax (0314) 358 161
e-mail klantenservice@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen gegevens houden zij zich gaarne aanbevolen.

De artikelen in de Tender Nieuwsbrief worden gearchiveerd in de kennisbank Aanbesteden van Reed Business bv.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
Reed Business bv,
's-Gravenhage
© 2008
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

Via Roanne naar Noordwijk

Op 24 september jl. heeft de Voorzieningenrechter te Den Haag een voor de projectontwikkelingspraktijk 'schokkende' uitspraak gedaan.¹ Weliswaar een uitspraak in 'kort geding', maar de gevolgen van deze uitspraak mogen ook zeker niet onderschat worden. Tijd voor een analyse.

Feiten

De Gemeente Noordwijk was in 2006 voornemens om op een locatie in haar gemeente een gezondheidscentrum en 40 sociale woningen te (doen) realiseren. De Raad Bouw BV uit Katwijk had vervolgens bij de Gemeente geïnformeerd hieromtrent en had gemeld graag een prijsaanbieding te willen doen. De Gemeente had gemeld op enig moment een selectie te zullen uitvoeren. Op zeker moment bericht de Gemeente, in aansluiting hierop, aan De Raad Bouw dat een selectieprocedure in voorbereiding is en dat De Raad Bouw hierover nader zal worden geïnformeerd. Enige tijd daarna laat de Gemeente echter aan De Raad Bouw weten dat zij niet tot de selectieprocedure zal worden toegelaten, daar de Gemeente heeft besloten uitsluitend een beperkt aantal corporaties en ontwikkelende aannemers toe te laten die ervaring hebben met zorgcomplexen en gezondheidscentra. Enige maanden daarna bericht B&W aan de Gemeenteraad dat men voornemens is met de Noordwijkse Woningstichting (NWS) een intentie-overeenkomst te sluiten, daar zij als beste uit de bus was gekomen.

De Raad Bouw verneemt dit en laat weten deze gang van zaken in het geheel niet te accepteren, temeer niet nu De Raad Bouw naar haar oordeel evenzeer de nodige relevante ervaring met de bouw van gezondheids- en aanverwante centra meent te hebben.

Er vindt nog een briefwisseling plaats tussen de Gemeente en De Raad Bouw, doch uiteindelijk gaat de Gemeente over tot het tekenen van de intentie-overeenkomst met de NWS. Ook daarna zet de discussie en briefwisseling tussen De Raad Bouw en de Gemeente zich nog voort, waarbij De Raad Bouw herhaaldelijk aangeeft zich absoluut niet te kunnen vinden in de gang van zaken en zich ten onrechte geheel gepasseerd te voelen.

De Raad Bouw heeft de zaak inmiddels ook aan de Europese Commissie voorgelegd die de zaak in onderzoek heeft.

Omdat de discussie en briefwisseling uiteindelijk tot niets leiden, ziet De Raad Bouw zich genoodzaakt een voorlopige voorziening te vorderen, waarbij (onder meer) wordt gevorderd dat het de Gemeente wordt verboden om uitvoering te geven aan de met NWS gesloten intentie-overeenkomst alsmede tot (her)aanbesteding over te gaan.

Voorlopige voorziening: rechtsgrondslagen

De Raad Bouw baseert haar vorderingen op twee uitgangspunten. Ten eerste stelt zij dat de Gemeente de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen schendt door geen aanbestedingsprocedure te volgen. Ten tweede stelt zij zich op het standpunt dat de Gemeente haar grond verkoopt tegen een niet-marktconforme waarde bijgevolg waarvan sprake is van (verboden) staatssteun en op grond van de zogenaamde standstillverplichting (zoals voortvloeiend uit het EU-Verdrag) gehouden is tot nader order dit project stop te zetten. Een niet onbelangrijk gegeven in dit verband is dat het project zich nog in de initiatief-fase bevindt: er is uitsluitend sprake van een intentie-overeenkomst en aan het project zelf is nog geen feitelijke uitvoering gegeven.

Voorlopige voorziening: rechtsoverwegingen

De prealabele verweren van de Gemeente – inhoudend dat De Raad Bouw geen spoedeisend belang heeft en bovendien wegens te laat ageren haar rechten heeft verwerkt – worden in een handomdraai verworpen. Er is wel degelijk een spoedeisend belang, terwijl de Voorzieningenrechter met een – zo lijkt, ietwat gekunstelde redenering – evenzo oordeelt dat geen sprake is van rechtsverwerking. De gedachte dringt zich hier reeds op – zoals ook hierna zal blijken – dat de Voorzieningenrechter de Gemeente niet heeft willen laten weggelaten met formele verweren in een zaak waarbij de Gemeente zich niets gelegen heeft laten liggen aan de verzo-

ken, wensen en belangen van De Raad Bouw. Immers, de vraag dringt zich wel in enige mate op waarom De Raad Bouw pas in een zeer laat stadium – namelijk pas ná het tekenen van de intentie-overeenkomst – zich tot de Voorzieningenrechter heeft gewend, terwijl dat ook eerder had gekund.

De inhoudelijke overwegingen van de Voorzieningenrechter zijn echter nog interessanter en betreffen de vraag of er al dan niet een aanbestedingsverplichting gold voor de Gemeente. Ook op dat punt maakt de Voorzieningenrechter korte klappen.

De Gemeente is van oordeel dat geen sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, onder andere omdat geen sprake is van een bezwarende titel. De Raad Bouw stelt zich op het tegenovergestelde standpunt.

De Voorzieningenrechter volgt het standpunt van De Raad Bouw en oordeelt dat sprake is van een werk dat conform het Bao had behoren te worden aanbesteed. De Voorzieningenrechter oordeelt namelijk dat er wél een bezwarende titel aanwezig is. Enerzijds omdat de Gemeente bereid is genoegen te nemen met een lagere dan maximale opbrengst van de grond, anderzijds omdat de NWS inkomsten van derden (uit verkoop of verhuur van het project) verkrijgt. Dat de Gemeente geen eigenaar of gebruiker wordt van de gerealiseerde opstallen acht de Voorzieningenrechter niet relevant.

De Voorzieningenrechter baseert deze overwegingen op hetgeen het Hof van Justitie EG in de 'Roanne'-zaak² heeft geoordeeld.

Dat gezegd zijnde kon het laatste verweer van de Gemeente – inhoudend dat zij de aanbestedingsrechtelijke procedures had gevolgd – uiteraard eenvoudig worden verworpen. Immers, De Raad Bouw was in het geheel niet in de gelegenheid gesteld mee te dingen naar deze opdracht. De vorderingen van De Raad Bouw worden bijgevolg toegewezen.

Analyse

Deze uitspraak heeft de gemoederen uiteraard danig beroerd (en beroert deze nog). Tot deze uitspraak was er na de uitspraak in 'Roanne' (januari 2007) in brede zin een zekere consensus ontstaan in de praktijk – zowel bij overheid als private partijen – dat 'Roanne' een dermate atypische situatie betrof, dat deze uitspraak niet van toepassing werd geacht op de gebruikelijke Nederlandse situatie.

Een wezenlijk aspect in de kwestie 'Roanne' was immers gelegen in de omstandigheid dat de Gemeente Roanne de door de ontwikkelaar (een vennootschap waarvan de Gemeente overigens

enig dan wel grootaandeelhouder was) alle onverkochte commerciële ruimten (terug) zou kopen van de ontwikkelaar. Of, anders gezegd: wie door de regels van 'Roanne' heenlas, constateerde dat het een projectontwikkeling betrof die uiteindelijk geheel voor rekening en risico van de betreffende Gemeente werd uitgevoerd.

Daar in de normale (Nederlandse) praktijk woningen en commerciële voorzieningen juist voor rekening van de private ontwikkelaar werden en worden uitgevoerd, werd aangenomen dat 'Roanne' uiteindelijk niet toepasbaar was op de Nederlandse situatie. Deze visie vond ook haar bevestiging in een brief gedateerd 10 januari 2008 van VROM, VNG en NEPROM.³ Deze uitspraak haalt een (vette) streep door de ontstane consensus en zou, zo men de lijn van deze uitspraak door zou zetten, betekenen dat vanaf nu iedere gronduitgifte voor woningbouw en commerciële voorzieningen (kantoren, winkels enzovoort) Europees aanbesteed zou moeten worden.

Dat is overigens een gevolgtrekking die reeds door de Europese Commissie in het dossier 'Vathorst' is verwoord.⁴ De Commissie was van oordeel dat gronduitgifte voor woningbouw (en commerciële voorzieningen) Europees aanbesteed zou moeten worden. Meest wezenlijke overweging daarbij was dat de bezwarende titel – welke tenminste aanwezig dient te zijn om tot een aanbestedingsplichtig werk te kunnen concluderen – was gelegen in de omstandigheid dat de private ontwikkelaar met de verkoop van de woningen inkomsten kon genereren. Dat standpunt (en een aantal andere standpunten) van de Commissie is vervolgens (heftig) bestreden door het ministerie van BZK.

Het dossier 'Vathorst' dateert van maart 2005. Inmiddels zijn we ongeveer drieënhalve jaar verder en het begint er op te lijken dat dit dossier is verzand in de Brusselse burelen. Echter, met de onderhavige uitspraak worden de zaken wederom op scherp gesteld.

De Voorzieningenrechter is met een aantal hele korte klappen tot dit oordeel gekomen, zich basierend op 'Roanne' en gaat daarbij geheel voorbij aan de bijzondere, atypische omstandigheden die aan de zaak 'Roanne' ten grondslag lagen. Evenmin laat hij ruimte voor enige andere interpretatie en conclusies.

Indien de grond ook op basis van marktwaarde zou zijn verkocht, zou de conclusie vermoedelijk niet anders zijn geweest, zo lijkt uit de overwegingen te volgen.

De vraag komt ook op of het oordeel anders zou hebben geluid indien de Gemeente geen nadere voorschriften en eisen aan de ontwikkeling stelt.

Die kwestie lijkt voornamelijk theoretisch omdat bij iedere ontwikkeling iedere Gemeente altijd wel in enige mate voorschriften en eisen aan het te realiseren werk stelt, waarbij hooguit aantal en omvang van de eisen verschilt. Bovendien vormt dit aspect geen (wezenlijk) punt van overweging in deze zaak.

Zou het antwoord anders hebben geluid indien uitsluitend sprake zou zijn geweest van sociale woningbouw? Gegeven de overwegingen zou het eindoordeel vermoedelijk niet anders geweest zijn: de mogelijkheid inkomsten uit verhuur te verkrijgen kan, in de optiek van de Voorzieningenrechter, immers niet anders dan als een bezwarende titel worden aangemerkt, ongeacht of het inkomsten uit verhuur, verkoop of anderszins betreft.

Commentaar

Ik kan me niet geheel aan de indruk onttrekken dat de Voorzieningenrechter in enige mate een daad heeft willen stellen jegens de Gemeente Noordwijk, die, zo lijkt toch uit de uitspraak te volgen, de belangen van De Raad Bouw op grove wijze had geschonden. Persoonlijke rancune – zie overweging 1.8 – lijkt een rol te hebben gespeeld. Om de positie van De Raad Bouw volledig zeker te stellen en haar te vrijwaren van mogelijke toekomstige gemeentelijke chicanes of persoonlijke overwegingen, is het dan ook noodzaak een uitspraak te vellen die aan duidelijkheid niet te wensen overlaat en geen ontsnappingsroutes (meer) biedt aan de Gemeente. Immers, de procedures op grond van het Bao bevatten strakke voorschriften waaraan de Gemeente zich moet houden en biedt De Raad Bouw de nodige aangrijpingspunten om te (laten) toetsen of de Gemeente de juiste (selectie- en gunnings) afwegingen maakt.

De vraag is natuurlijk of dat op deze manier had moeten. Denkbaar is immers ook dat de Voorzieningenrechter de Gemeente had verplicht dat indien zij tot (her)aanbesteding zou overgaan, zij De Raad Bouw hoe dan ook daarvoor zou uitnodigen. Dat zou echter weer de vraag oproepen welke procedure de Gemeente zou dienen te volgen en wellicht ongewenste ontsnappingsroutes zou bieden.

Het is voorts aardig en bijzonder om te constateren dat dezelfde Voorzieningenrechter in een in enige mate vergelijkbare kwestie in februari 2007 nog diametraal anders oordeelde.⁵ Hierbij ging het om de verkoop door de Gemeente Den Haag van een aantal panden die bestemd waren voor de herontwikkeling, waarbij de Gemeente aangaf dat er een zekere voorkeur bestond voor

lees verder op pagina 8 >

functies die zich in enige zin laten vergelijken met de beoogde ontwikkeling in Noordwijk. In dat geval oordeelde de Haagse Voorzieningenrechter echter dat géén sprake was van een aanbestedingsplichtig werk in de zin van het Bao. Overweging daartoe was onder meer (anders dan in deze zaak) dat het project niet werd ontwikkeld voor gebruik of beheer door de Gemeente. Dat er in het Haagse geval een aantal randvoorwaarden waren geformuleerd door de Gemeente maakte het rechterlijk oordeel ook niet anders, onder meer niet omdat er nog keuzevrijheid overbleef voor de ontwikkelaar. Het onderwerp 'bezwarende titel' kwam in het geheel niet aan de orde. Uiteindelijk zijn deze algemene beschouwingen natuurlijk niet of hooguit van beperkte relevantie voor de rechtspraak. Er ligt thans een uitspraak die in hoofdzaak overeenkomt met het (hevig bestreden) standpunt van de Commissie in 'Vathorst' en een interpretatie geeft aan 'Roanne' die in wezen haaks staat op het door VROM, VNG en NEPROM in haar brief van 10 januari jl. ingenomen standpunt en doorbreekt daarmee een zekere consensus die gaandeweg was ontstaan.

Er is, uiteraard, het nodige af te dingen op de overwegingen van de Voorzieningenrechter, maar dat gemeenten indachtig deze uitspraak vanaf nu, louter uit oogpunt van zekerheid, voor een Europese aanbesteding bij gronduitgifte zullen opteren is alleszins denkbaar. Of zij daar 'gelukkig' van worden – evenals de private partijen – is een tweede.

Tot slot

De Gemeente heeft hoger beroep ingesteld. Het is dus alleszins denkbaar dat er over enige tijd in dit dossier een geheel andere uitspraak ligt. Ook zij nog gewezen op het ICER-advies dat recentelijk uitkwam.⁶ In dit advies – tamelijk halfslachtig van aard – wordt gesteld dat de uitspraak inzake 'Roanne/Auroux' onduidelijk is en voor meerdere interpretatie

vatbaar is. In zekere zin wordt het standpunt zoals vervat in de hiervoor genoemde brief van 10 januari 2008 van VROM VNG en NEPROM 'onderuit gehaald' – immers, in deze brief werd op bepaalde punten toch duidelijk stelling genomen.⁷

Last but not least: de NEPROM heeft laten weten de uitspraak in de Noordwijkse zaak atypisch te vinden – de nadruk lag immers op een zorgcentrum en sociale woningbouw – zodat in haar ogen aan deze uitspraak geen vergaande conclusies verbonden kunnen worden.

mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon

www.lexecon.nl

Noten

- 1 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 24 september 2008 (KG ZA 08-947) (Gemeente Noordwijk / De Raad Bouw BV). Zie www.rechtspraak.nl, LJN: BF4232.
- 2 HvJ EG 18 januari 2007 (C-220/05). Zie over deze uitspraak o.a. R.D. Luteijn in *Vastgoedrecht*, maart 2007 ('Projectontwikkeling na Roanne') en maart 2008 ('Roanne: een jaar later').
- 3 Zie o.a. *Tender Nieuwsbrief*, maart 2008 ('De brief van VROM inzake Roanne/Auroux').
- 4 Zie hierover o.a. *Tender Nieuwsbrief*, oktober 2005 ('De kwestie Vathorst').
- 5 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 27 februari 2007 ('Den Haag/ProVeres'), LJN: BB3794. Zie www.rechtspraak.nl
- 6 O.a. te vinden op www.europadecentraal.nl
- 7 Zie voetnoot 3.

GEZIEN?!

BNA stapt naar NMa

Uit een enquête die de BNA oktober jl. afnam onder zijn leden, blijkt dat bijna 80% van de architectenbureaus altijd of vaak afziet van inschrijving op een Europese aanbestedingsprocedure vanwege de zware eisen die gesteld worden. De omzeteisen en de ervaringseisen worden als het meest belemmerend ervaren.

De enquête toont aan dat de huidige eisen mededingingsbeperkend werken. Daarom heeft de BNA het rapport aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) voorgelegd, met het verzoek de markt nader in kaart te brengen. De BNA heeft de resultaten van de enquête ook aan het ministerie van Economische Zaken gestuurd. Bron: BNA

Steeds meer opdrachten Europees aanbesteed

In een brief van minister Van der Hoeven aan de Tweede Kamer staat dat als het gaat om Europees aanbesteden het merendeel van de aanbeste-

dende diensten op de goede weg is, maar dat het nog veel beter kan en moet.

PIANOo, het expertisecentrum op het gebied van aanbesteden, gaat de komende maanden bij willekeurig zestig gemeenten inventariseren wat de problemen zijn waar gemeenten in de praktijk tegen aanlopen. Aan de hand van de uitkomsten zal samen met de VNG bekeken worden hoe de gemeenten nog beter begeleid kunnen worden bij het aanbesteden.

Bron: Ministerie van EZ

Financiering pps apart aanbesteden

Tijdens het jaarcongres van PSIBouw en de Regieraad meldde PSIBouw-voorzitter Herman Hazewinkel dat de gedachten uitgaan naar het apart aanbesteden van de financiering bij pps-projecten. Zeker bij de huidige kredietcrisis is financiering van projecten lastig, laat staan van pps-projecten met hun specifieke risico's. Daarom denkt het Rijk eraan om de financiering

apart te tenderen en dan met name de pensioenfondsen daarvoor te benaderen. Daarmee kunnen dan weer pps-projecten in de markt gezet worden.

Bron: Cobouw

Strengere regels remmen bouwkunst

Architecten bekritiseren de aanbesteding van nieuwbouwprojecten. Gemeenten zouden de Europese regelgeving te streng interpreteren. Verschrping van de bouwkunst dreigt. Rijksbouwmeester Liesbeth van der Pol heeft onderzoekers van de TU Delft om een feitenonderzoek gevraagd. Over individuele kwesties wil Van der Pol zich niet uitspreken. 'Om een compleet beeld te krijgen wil ik niet alleen de mening horen van de beroepsgroep maar ook van de opdrachtgevers. Net zoals ik graag de ervaringen hoor van de managementbureaus. Ook voer ik gesprekken met rijksbouwmeesters in de buurlanden'.

Bron: Binnenlands Bestuur