

Nr. 3

Verplichte aanbesteding in het exploitatieplan: ei van Columbus?

door mr. P.F.C. Heemskerk en mr. G. 't Hart¹

Inleiding

In dit artikel zullen wij ingaan op de vraag in hoeverre het verplicht stellen van een aanbesteding in een exploitatieplan (of een exploitatie-overeenkomst) sociaas kan bieden voor gemeenten die een gebiedsontwikkeling willen (laten) uitvoeren waarin (mede) overheidsopdrachten voorkomen. De wetgever is er bij de totstandkoming van de Grondexploitatiewet (eenvoudigweg) van uitgegaan dat een verplichting tot aanbesteding in het exploitatieplan – op grond van art. 6.13 lid 2 sub c van de Grondexploitatiewet (die onderdeel is van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening) – als (alomvattende) oplossing voor eventuele aanbestedingsknelpunten kan dienen. Die redenering lijkt echter te kort door de bocht.

Aanbesteding van private projectontwikkeling?

Met name de aanleg van publieke infrastructuur – zoals wegen, riolering, groenvoorzieningen en watergangen – zal snel onder de werking van het aanbestedingsrecht vallen, ook wanneer de toepasselijke drempelwaarde² niet wordt overschreden, omdat gemeenten in die gevallen desalniettemin een passende mate van openbaarheid zullen moeten betrachten, teneinde de markt voor mededinging te openen.³ Of ook de private delen van een gebiedsontwikkeling – zoals woningen, kantoren en overig commercieel vastgoed – moeten worden aanbesteed is vooralsnog niet zeker. Bij de beantwoording van die vraag zullen de concrete omstandigheden van het geval ongetwijfeld van doorslaggevende betekenis zijn. Wij volstaan hier met de constatering dat naar de huidige stand van het recht bepaald niet kan worden uitgesloten dat commercieel vastgoed soms onder de werking van het aanbestedingsrecht valt, te meer indien een aanbestedende dienst (gedetailleerde) eisen heeft gesteld aan dat

vastgoed, zodat zij als opdrachtgever moet worden aangemerkt. In ieder geval dient sinds het *Auroux*-arrest⁴ rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat ook commerciële vastgoedontwikkeling onder omstandigheden vooraf Europees dient te worden aanbesteed.

Het stellen van gedetailleerde eisen aan commercieel vastgoed door gemeenten komt in Nederland overigens veelvuldig voor. Wie bij een gemeente een greep doet in de door haar gesloten samenwerkingsovereenkomsten met betrekking tot gebiedsontwikkeling, zal zien dat daarin veelvuldig is overeengekomen dat het voorlopig en definitief ontwerp (en soms zelfs de bestekken) van het commercieel vastgoed voorafgaande goedkeuring van de gemeente behoeven. De wetgever acht dergelijke voorafgaande goedkeuring in het kader van de Grondexploitatiewet ook goed mogelijk.⁵ Gemeenten stellen verder regelmatig eerst gedetailleerde programma's van eisen op waaraan de betrokken ontwikkelaar moet voldoen, alvorens tot het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst over te (willen) gaan. Van een lijdelijke rol als (enkel) behartiger van publieke belangen is in die gevallen vaak geen sprake. En wie wel eens met een welstandscommissie heeft moeten soebatten bij de aanvraag van een bouwvergunning, weet dat ook welstandscommissies regelmatig eisen stellen aan ontwerpen die niet direct terug zijn te voeren tot de gemeentelijke welstandsnota⁶, waarbij sommige welstandscommissies er bovendien niet voor terugdeinzen om (ingrijpende) wijzigingen van het voorliggende bouwplan 'af te dwingen'. Een al te grote gemeentelijke inmenging zal er mogelijk toe leiden dat de gebiedsontwikkeling integraal dient te worden aanbesteed. Gemeenten die daar verre van willen blijven, zullen zich tenminste moeten terugtrekken op hun publieke domein en het ontwikkelen daadwerkelijk moeten overlaten aan private partijen. Op korte termijn beoogt de Europese Commissie overigens een interpretatieve

1. De auteurs zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann.
2. Art. 7-9 Bao.
3. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98, pt. 60-62 (*Telaustria*).
4. HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*).
5. *Kamersstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 9.
6. Art. 12a lid 1 Woningwet.

mededeling over publiek-private samenwerking te publiceren. Het is te hopen dat daarin meer handvatten over deze (voor de Nederlandse ontwikkelingspraktijk zeer belangwekkende) materie zijn te vinden.

In het kader van de Grondexploitatiewet is, mede in het licht van de hierboven omschreven discussie, tevens interessant wanneer sprake is van een werk dat aan door een aanbestedende dienst gestelde eisen voldoet.⁷ In dat kader is van belang dat gemeenten, volgens de wetgever, in een anterieur gesloten exploitatieovereenkomst eisen mogen stellen die verder gaan dan mogelijk is op grond van een exploitatieplan.⁸ De in een exploitatieplan te stellen eisen zullen in ieder geval verband moeten houden met de (financiële) grondexploitatie en kunnen, ook op grond van art. 122 van de Woningwet, geen betrekking hebben op de (constructieve) bouw van woningen.⁹ Niet ondenkbaar is evenwel, dat het stellen van locatie-eisen – zoals het voorschrijven van woningbouwcategorieën – reeds de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een aanbestedingsplichtig werk, te meer nu de wetgever uitdrukkelijk heeft gesteld dat de private markt in dergelijke ontwikkelingen onvoldoende voorziet en gemeenten door middel van de Grondexploitatiewet een effectief instrument krijgen om realisatie van deze minder renderende delen van een gebiedsontwikkeling zeker te stellen.¹⁰ In die zin is wel degelijk sprake van enig overheidsinitiatief bij dergelijke locatie-eisen, welk overheidsinitiatief mogelijk tot het houden van een aanbesteding noopt.¹¹

Overigens is de Grondexploitatiewet – naar de aard der zaak – gericht op het verhaal van 'publieke' kosten (zie bijvoorbeeld art. 6.13 lid 1 sub b en lid 2 sub b). Een eventuele aanbestedingsplicht voor private delen van de gebiedsontwikkeling – hoewel nauw verbonden met de grondexploitatie – raakt de systematiek van de Grondexploitatiewet daarom niet direct.

Verplichte aanbesteding in het exploitatieplan

Stel nu dat een gemeente in haar exploitatieplan voorschrijft dat, kort gezegd, alle delen van een gebiedsontwikkeling die kwalificeren als overheidsopdracht – of die delen nu een publieke of een private bestemming hebben – (Europees) moeten worden aanbesteed. Is de gemeente daarmee (aanbestedingsrechtelijk gezien) uit de brand? Met andere woorden: in hoeverre is toelaatbaar dat een gemeente haar aanbestedingsplicht door middel van een exploitatieplan doorlegt aan ontwikkelaars?¹²

Doorlegging van de aanbestedingsplicht

Lange tijd is op grond van het *Scala*-arrest aangenomen dat aanbestedende diensten die geconfronteerd werden met ontwikkelaars met een grondpositie in het exploitatiegebied hun aanbestedingsplicht eenvoudigweg konden doorleggen aan die ontwikkelaars. In het *Scala*-arrest – waarin het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap overwoog dat de aanwezigheid van private partijen met grondposities in een plangebied geen rechtvaardiging is voor het achterwege laten van een aanbesteding – leek het Hof voor een dergelijke doorlegging de nodige ruimte te bieden.¹³ Het Hof heeft deze mogelijkheid tot doorlegging later echter stevig ingeperkt.¹⁴

Deze beoordeling vond plaats in de context van een bijzondere regeling inzake stedenbouw, volgens welke de vergunninghouder voor de verlening van een bouwvergunning een bijdrage aan de door zijn plan veroorzaakte aanlegkosten moest betalen. Deze laatste kon zich echter ertoe verbinden de infrastructurele voorzieningen in eigen beheer aan te leggen, onder gehele of gedeeltelijke aftrek van het verschuldigde bedrag. Volgens het Hof ging het in dit laatste geval om een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van richtlijn 93/37. Aangezien de gemeente echter niet kon kiezen wie met de aanleg van de voorzieningen zou worden belast, daar die persoon bij de wet was aangewezen in zijn hoedanigheid van eigenaar van de te verkavelen terreinen en houder van de bouwvergunning, mocht worden geconcludeerd dat de aanbestedingsprocedures, als alternatief voor de betaling aan de gemeente van een bijdrage in de kosten, in plaats van door de gemeente konden

7. Zie art. 1 sub h Bao.

8. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 7.

9. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 11.

10. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 13.

11. Zie over de rol van een private respectievelijk publieke initiatiefnemer ook M.J.J.M. Essers, 'Projectontwikkeling en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Aurox-arrest', *BR* 2007, p. 385. Wij betwijfelen overigens of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen – mede geleid op de extensieve uitleg die het Hof doorgaans geeft aan het communautaire recht – bij de beoordeling of een bepaald project Europees had moeten worden aanbesteed doorslaggevende betekenis zal toekennen aan de vraag of dat project ontsproten is uit een publiek dan wel privaat initiatief, indien aan de (overige) eisen voor kwalificatie als overheidsopdracht is voldaan.

12. Zie dienaangaande ook A.G. Bregman, 'Het doorleggen van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling', *BR* 2007, p. 382.

13. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98, pt. 100 (*Scala*).

14. HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03, pt. 57 (*Cie./Frankrijk*).

worden toegepast door deze vergunninghouder, de enige persoon die volgens de wet de bouwwerken kon uitvoeren. Deze situatie verschilt van die waarop wet nr. 85-704 van toepassing is, die de keuze van de gedelegeerde aan de opdrachtgever laat en geen voorafgaande verplichtingen kent waarvoor de vergoeding die de gedelegeerde ontvangt een tegenprestatie zou vormen.

Indien de aanbestedende dienst keuzevrijheid heeft ten aanzien van de persoon die de overheidsopdracht uitvoert, dient het uitvoeren van een aanbesteding door een private partij namens een aanbestedende dienst te worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor dienstverlening die op zichzelf (eveneens) behoort te worden aanbesteed. Het organiseren van een goede aanbesteding kost immers (veel) tijd en geld en ontwikkelaars zullen niet licht bereid zijn daartoe over te gaan zonder enige tegenprestatie – waar toe zij op grond van art. 6.19 sub b van de Grondexploitatiewet ook gerechtigd zijn – door de betrokken aanbestedende dienst of een derde. Zou een ontwikkelaar evenwel bereid zijn om zonder daarvoor enige vergoeding te ontvangen een aanbesteding te houden, dan is geen sprake van een opdracht onder bezwarende titel¹⁵ en reeds daarom niet van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

Zelfrealisatie

Bij de beantwoording van de vraag of doorlegging van de aanbestedingsplicht op grond van een exploitatieplan is toegestaan – waarbij de aanlegkosten op grond art. 6.19 sub b in mindering mogen worden gebracht op de verschuldigde exploitatiebijdrage (gelijk het *Scala*-arrest) – dient daarom eerst te worden nagegaan of de gemeente geen andere mogelijkheid heeft dan met de betreffende grondeigenaar in zee te gaan. In dat kader is relevant in hoeverre de ontwikkelaar met een grondpositie met succes een beroep kan doen op zelfrealisatie ter afwending van een eventuele onteigening (die de weg zou moeten openen naar een aanbesteding van de in het exploitatiegebied begrepen overheidsopdrachten). Indien de gemeente tot onteigening kan overgaan, is zij naar onze mening wettelijk niet dusdanig aan de grondeigenaar gebonden, dat de gemeente geen enkele keuzevrijheid meer heeft. In dat geval zal de gemeente naar onze mening zelf tot aanbesteding moeten overgaan en is doorlegging van de aanbestedingsplicht niet toegestaan.¹⁶

De wetgever acht het bestaan van aanbestedingsverplichtingen onder omstandigheden afdoende om een beroep op zelfrealisatie af te weren¹⁷.

'In de memorie van toelichting bij de Grondexploitatiewet is gesteld dat het onzeker is of onteigening kan worden ten einde de naleving van de regels van het Europese aanbestedingsrecht af te dwingen. (...) Mede naar aanleiding van dit onderzoek en de daarin aangehaalde jurisprudentie ben ik tot het oordeel gekomen dat in een onteigeningsprocedure geen succesvol beroep op het zelfrealisatieverweer gedaan kan worden, in geval de Europese aanbestedingsregels niet in acht genomen worden.'

Wanneer objectief is komen vast te staan dat het de gemeente op grond van het aanbestedingsrecht niet vrijstaat om onderhands met een grondeigenaar te contracteren en die grondeigenaar bovendien niet bereid is om namens de gemeente een aanbesteding te houden – men denkt bijvoorbeeld aan ontwikkelaars met een gelieerde bouwzuster of -dochter – dan is de noodzaak tot onteigening¹⁸ daarmee kennelijk gegeven.

Wij onderscheiden bij de beoordeling of de gemeente keuzevrijheid heeft bij de selectie van een partij die overheidsopdrachten zal uitvoeren de volgende situaties¹⁹:

- de gemeente bezit alle gronden in het exploitatiegebied;
- een ontwikkelaar heeft een grondpositie, doch niet op een locatie waar realisatie van (een samenhangend deel van) de ontwikkeling, inclusief overheidsopdrachten, mogelijk is;
- een ontwikkelaar heeft een grondpositie op een locatie waar realisatie van (een samenhangend deel van) de ontwikkeling, inclusief overheidsopdrachten, mogelijk is.

Wanneer de gemeente alle gronden in het exploitatiegebied bezit, is er feitelijk geen enkele belemmering om de overheidsopdrachten binnen het exploitatiegebied (Europees) aan te besteden en zo nodig de daarmee gepaard gaande kosten te verhalen door middel van exploitatiebijdragen die op grond van het exploitatieplan of een exploitatieovereenkomst zijn verschuldigd. Het staat de gemeente in dat geval niet vrij om zonder aanbesteding overheidsopdrachten te laten uitvoeren door ontwikkelaars in het exploitatiegebied in ruil voor vermindering of kwijtschelding van hun exploitatiebijdrage. Dat is anders, indien de gemeente de gronduitgifte vooraf in competitie

15. Art. 1 sub h, i en j Bao.

16. Anders: E.W.J. de Groot, 'Gebiedsontwikkeling, onteigening en zelfrealisatie', *BR* 2007, p. 933.

17. *Kamerstukken I* 2006/07, 30 218, D, p. 28.

18. Zie art. 79 Onteigeningswet.

19. Zie ook J.A.M. van den Brand, A.G. Bregman & J.F. de Groot, 'De Grondexploitatiewet: enkele verkenningen', *Preadvies Vereniging voor Bouwrecht*, nr. 34: Den Haag 2006, p. 121 e.v.

zou aanbesteden – bijvoorbeeld in de vorm van een veiling – en de uitvoering van de betreffende overheidsopdrachten op die manier koppelt aan de gronduitgifte. Wij menen dat in dat geval aan het doel en de strekking van het aanbestedingsrecht is voldaan. Vooropgesteld dat er voldoende partijen zijn die interesse hebben in een dergelijke gronduitgifte met bouw-/aanspreekplicht, is het naar onze mening niet problematisch dat aannemers die enkel interesse hebben in de uitvoering van overheidsopdrachten (maar niet in de verdere ontwikkeling van het gebied) op die manier buiten de Boot vallen. Het staat gemeenten immers vrij zelf te bepalen hoe overheidsopdrachten in de markt worden gezet, mits de gekozen wijze geen belemmering vormt voor een daadwerkelijke en effectieve mededinging.

Wanneer een ontwikkelaar een versnipperde grondpositie heeft en zonder grondruil met de gemeente niet in staat is om (een samenhangend deel van) de ontwikkeling uit te voeren, wordt in Nederland vaak een grondexploitatie maatschappij opgericht waarin alle gronden binnen het exploitatiegebied worden ingebracht in ruil voor een bouwclaim. Op die manier hoeft de gemeente niet de (soms moezame) weg van onteigening te volgen en kan het gebied sneller in exploitatie worden gebracht. Wanneer de gemeente echter niet bereid is om met de grondeigenaren samen te werken, zal in de regel kunnen worden onteigend, indien de gemeente een integrale gebiedsontwikkeling nastreeft en een dergelijke realisatievorm door de grondeigenaren – als gevolg van hun versnipperde grondposities – niet goed mogelijk is.²⁰ Dat betekent dat de gemeente in een dergelijk geval niet in een situatie verkeert waarin zij als gevolg van wettelijke beperkingen geen keuze heeft ten aanzien van de persoon die de door haar te gunnen overheidsopdrachten zal uitvoeren. Een grondexploitatie maatschappij wordt in de regel immers op grond van praktische overwegingen opgericht en niet vanwege dwingende wettelijke beperkingen. Wanneer de gemeente – juist vanwege de door haar in dat geval gewenste integrale aanpak van de gebiedsontwikkeling – desalniettemin de uitvoering van overheidsopdrachten wenst te koppelen aan de gehele gebiedsontwikkeling, zal de gemeente naar onze mening geen andere keus hebben dan eerst tot onteigening en vervolgens tot aanbesteding over te gaan.

De situatie is anders wanneer een ontwikkelaar een grondpositie heeft die hem in staat stelt (een

samenhangend deel van) de ontwikkeling zelfstandig uit te voeren. In dat geval zal de grondeigenaar die geacht moet worden in staat te zijn de ontwikkeling ook daadwerkelijk te realiseren met succes een beroep kunnen doen op zelfrealisatie (de gemeente zal deze situatie uiteraard niet door middel van een grondruil zelf in het leven moeten hebben geroepen, omdat dan sprake is van een ongeoorloofde ontduiking van de aanbestedingsregels). Wanneer de grondeigenaar bereid is om namens de gemeente een aanbesteding te houden voor de overheidsopdrachten die in de gebiedsontwikkeling zijn opgenomen, ontbreekt de noodzaak tot onteigening en biedt de verplichting tot aanbesteding in het exploitatieplan (of de exploitatieovereenkomst) daadwerkelijk soelaas. Mocht de grondeigenaar echter niet bereid zijn namens de gemeente een aanbesteding te houden en is in het exploitatieplan wel een verplichting tot aanbesteding opgenomen, dan zal de door de grondeigenaar aan te vragen bouwvergunning moeten worden geweigerd vanwege strijd met het exploitatieplan.²¹ Een dergelijke weigering levert – naast de aanbestedingsverplichtingen van de gemeente – in dat geval een nader argument voor de noodzaak tot onteigening (de ontwikkeling komt anders immers niet van de grond).

Conclusie

De verplichting tot aanbesteding in een exploitatieplan of een exploitatieovereenkomst zal maar in beperkte gevallen daadwerkelijk een oplossing kunnen bieden voor gemeenten die worstelen met hun aanbestedingsverplichtingen. Indien de gemeente alle gronden in het exploitatiegebied bezit, zal zij de gronduitgifte met de daaraan gekoppeld uitvoering van overheidsopdrachten – in ieder geval de aanleg van publieke infrastructuur – in competitie moeten aanbesteden of anderszins de overheidsopdrachten afzonderlijk moeten aanbesteden en zo nodig (voor zover haar kostenverhaal niet reeds is verzekerd door middel van de gronduitgifteprijs) overgaan tot kostenverhaal op grond van de Grondexploitatiewet. Onderhandse uitvoering van overheidsopdrachten door ontwikkelaars in ruil voor een vermindering of kwijtschelding van hun exploitatiebijdrage is niet toegestaan.

Wanneer de private grondposities in het exploitatiegebied versnipperd zijn, kan de gemeente een grondexploitatie maatschappij oprichten met de betrokken grondeigenaren, mits de ter zake te

20. Bijvoorbeeld KB 8 mei 2002, *Stert.* 2002, 113, p. 16; KB 22 september 2003, *Stert.* 2003, 198, p. 16 en KB 8 mei 2006, *Stert.* 2006, 96, p. 19.

21. *Kamerstukken I* 2007/08, 30 938, A, art. 8.17 sub D, p. 48-49.

gunnen overheidsopdrachten afzonderlijk door de gemeente worden aanbesteed (de grondexploitatiemaatschappij kan de aanbestedingsplicht van de gemeente volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap immers niet zonder meer overnemen). Wenst de gemeente desalniettemin een integrale gebiedsontwikkeling, dan zal zij genoodzaakt zijn eerst tot onteigening over te gaan alvorens de gebiedsontwikkeling integraal aan te besteden.

Indien een grondeigenaar in staat is een (samenhangend deel van) de gebiedsontwikkeling uit te voeren (zonder voorafgaande grondruil met de gemeente) en bereid is om namens de gemeente de uit te voeren overheidsopdrachten aan te besteden, mag de gemeente haar aanbestedingsplicht wél doorleggen. Weigert een dergelijke grondei-

genaar daaraan mee te werken, dan zal de gemeente echter alsnog tot onteigening moeten overgaan.

Het bovenstaande doet in ieder geval opgeld voor de aanleg van publieke infrastructuur. Indien op den duur zou komen vast te staan dat, onder omstandigheden, ook private delen van een gebiedsontwikkeling moeten worden aanbesteed, heeft dat verstrekkende gevolgen voor ontwikkelend Nederland. Het zou goed zijn als de Nederlandse wetgever zich deze dreigende uitdijning van het aanbestedingsrecht zou aantrekken en zich in Europa hard zou maken om die ontwikkeling te keren. Een (aanzienlijk) krachtiger gehuid dan de wetgever bij de parlementaire behandeling van de Grondexploitatiewet liet horen²², is daarbij zonder meer op zijn plaats.

22. *Kamerstukken I 2006/07*, 30 218, D, p. 30.