

De gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de overheid, een valse vriend?

Een aanzet voor de grens van de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid en daarmee de grens van het aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling

door Mr. P.F.C. Heemskerk, mr. F.M.G.M. Leyendeckers en mr. B. Braat LL.M

1. Inleiding

Door middel van het ICER-rapport¹ hebben de Nederlandse autoriteiten onlangs getracht aan aanbestedende diensten die te maken hebben met gebiedsontwikkeling richtlijnen te geven die behulpzaam kunnen zijn bij de vraag hoe zij deze projecten kunnen vormgeven op een met het aanbestedingsrecht verenigbare wijze.² De schrijver – de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) – wilde met haar rapport meer duidelijkheid scheppen aangezien het arrest *Auroux c.s. v. Roanne*³ van het Hof van Justitie EG ('HvJ EG') grote onrust had veroorzaakt. Het arrest riep bij betrokkenen met name de vraag op wat de consequenties waren voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling.

In het ICER-rapport wordt voorop gesteld dat enkel een aanbestedingsplicht bestaat indien aan alle elementen van de definitie van een werk uit artikel 1 lid 2 van de Richtlijn 2004/18/EG⁴ wordt voldaan. Daarenboven geldt volgens het ICER-rapport dat een aanbestedingsplicht slechts bestaat indien de aanbestedende dienst (i) verdergaande eisen stelt dan uit haar gebruikelijke pu-

bliekrechtelijke betrokkenheid volgt en (ii) zou eisen dat bepaalde bouwwerken tot stand komen of (iii) regels zou uitvaardigen die op een specifiek bouwwerk van toepassing zijn en de Gemeente actief het verwezenlijken van deze bouwwerken of regels zou nastreven.

De vraag rijst in hoeverre de door de ICER getrokken conclusies uit het arrest *Auroux* juist zijn en de door haar gestelde criteria daadwerkelijk relevante houvast kunnen bieden in het licht van de gangbare praktijk van gebiedsontwikkeling in Nederland. Meer in het bijzonder is de vraag of de in het ICER geboden ruimte daadwerkelijk voldoende handvatten geeft om gangbare afspraken te blijven maken zonder dat onaanvaardbare risico's op aanbestedingsrechtelijk vlak ontstaan. De relevantie van deze vraag neemt toe in het licht van de op handen zijnde Rechtsbeschermingsrichtlijn⁵ en de daarin opgenomen sancties van onverbindendheid in bepaalde gevallen waarin in strijd met het aanbestedingsrecht wordt gehandeld.⁶ Wij menen dat de conclusies uit het ICER-rapport de aanbestedingsrechtelijke risico's nog onvoldoende afdekken.

1. ICER Rapport *Auroux*. De gevolgen van het arrest *Auroux* voor de gebiedsontwikkeling in Nederland.
2. Over het ICER-rapport en gebiedsontwikkeling zijn al meerdere artikelen verschenen. Zie o.a. mr W.M. Ritsema van Eck 'Gebiedsontwikkeling en Europese aanbesteding: een vogelvlucht', *Vastgoedrecht* 2009-2, p. 28-31. A. Bregman 'Goed nieuws uit Brussel', *TBR* 2009/79. Prof. mr. J.M. Hebly en mr F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van recente ontwikkelingen', *NTER* nr 1, februari 2009, p. 18-26 en J.F. van Nouhuys en M. Straatman, 'Nieuwe bezienswaardigheden en vooruitzichten op de "Aurou(x)te"', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, december 2008, p. 520-525.
3. HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux c.s./Roanne*)).
4. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten ('*Richtlijn 2004/18*').
5. Richtlijn 2007/66/EG (PbEG 2007, C335/31).
6. Zie artikel 2 van de Richtlijn 2007/66/EG.

2. Aanbestedingsrechtelijk kader

Vathorst

De discussie in Nederland omtrent de relevantie van het aanbestedingsrecht voor gebiedsontwikkeling is jarenlang gegijzeld door de ingebrekestelling die door de Europese Commissie is uitgevaardigd naar aanleiding van de ontwikkeling van een Vinex locatie Vathorst in Amersfoort.

Vathorst wordt gerealiseerd door het Ontwikkelingsbedrijf Vathorst (OBV), een publiek-privaat bedrijf met twee aandeelhouders: de Gemeente Amersfoort (50%) en een consortium (50%) van in totaal 5 marktpartijen. Vathorst zou onder meer ruimte moeten bieden aan woningbouw, kantoren, bedrijfsruimten, winkels, (commerciële) voorzieningen en openbare werken. In 2014 moeten circa 11.000 woningen zijn gebouwd, een bedrijventerrein van 45 hectare zijn aangelegd en 135.000 vierkante meter kantoren zijn gerealiseerd.

De heer Van Wegen (fractievoorzitter van de Burger Partij Amersfoort) heeft op 4 december 2003 een klacht naar de Europese Commissie gestuurd met betrekking tot de ontwikkeling van Vathorst. De klacht had betrekking op de verenigbaarheid van de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling met het aanbestedingsrecht.

In maart 2005 heeft de Commissie naar aanleiding van deze klacht besloten een ingebrekestelling te verzenden aan de Nederlandse autoriteiten. Vier jaar later, bij brief van 27 maart 2009, heeft de Commissie aan de heer van Wegen bericht dat zij in het licht van het ICER rapport heeft besloten de ingebrekestelling in te trekken. De Commissie geeft aan dat zij er op basis van het ICER rapport voldoende vertrouwen in heeft dat gebiedsontwikkeling in Nederland niet in strijd met het communautaire aanbestedingsrecht zal komen zolang de richtlijnen zoals beschreven in het ICER rapport ten aanzien van gebiedsontwikkeling in Nederland worden nageleefd. Dat maakt nieuwsgierig wat in het ICER rapport precies is geregeld.

Criteria ICER rapport

Het ICER rapport trekt, na een uitvoerige samenvatting van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Auroux*, uit deze uitspraak een aantal conclusies, onder meer ten aanzien van de vraag of het zonder voorafgaande aanbesteding toelaatbaar is een publiek-private samenwerking op te richten en in welke gevallen het doorleggen

van een aanbestedingsplicht is toegestaan. Wij zouden met name willen stilstaan bij het door de ICER ingenomen standpunt ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van juridisch relevante eisen.

Er is sprake van een overheidsopdracht indien er (a) een schriftelijke overeenkomst (b) onder bezwarende titel is gesloten tussen (c) een aannemer en (d) een aanbestedende dienst (e) die betrekking heeft op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van rechtens relevante eisen concludeert het ICER rapport dat het begrip 'eisen' ruim moet worden uitgelegd.⁷ Een duidelijk onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen eisen in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn enerzijds en eisen die voortvloeien uit de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de gemeente anderzijds:

'Op het gebied van gebouwen gelden vele wettelijke voorschriften die voortvloeien uit onder andere de Wet ruimtelijke ordening, de Woningwet, de Wet milieubeheer, Wet geluidhinder en andere wetten. Bekend is ook het Bouwbesluit dat zeer gedetailleerde eisen stelt aan de kwaliteit van het bouwen. De eisen die uit deze regelgeving voortvloeien zijn niet gericht op een bepaald werk maar zijn van toepassing op alle werken die door welke partij ook worden uitgevoerd. Ook beleidsregels die aangeven hoe een overheid met zijn bevoegdheden omgaat zullen in beginsel geen eisen zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Pas als de gemeente verder zou gaan dan haar gebruikelijke publiekrechtelijke bevoegdheden en zou eisen dat bepaalde bouwwerken tot stand komen of regels zou uitvaardigen die op een specifiek bouwwerk van toepassing zijn, en de gemeente actief het verwezenlijken van deze bouwwerken of regels zou nastreven, kan sprake zijn van door een aanbestedende dienst gestelde eisen als bedoeld in de aanbestedingsregels.'⁸

Worden aan de opdracht geen eisen opgelegd zoals bedoeld in Richtlijn 2004/18, en gaat de aanbestedende dienst dus niet verder dan haar gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid, dan is aan een van de cumulatieve eisen niet voldaan, is er dus geen sprake van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en hoeft er dus niet te worden aanbesteed.

In het artikel *'Nieuwe bezienswaardigheden en vooruitzichten op de "Aurou(x)te"'* merken de schrijvers Nouhuys en Straatman over bovenstaande op dat, ter voorkoming van een aanbe-

7. ICER rapport, p. 9.

8. ICER rapport, p. 12.

stedingsplicht, meer zal worden gefocust op het langs publiekrechtelijke weg formuleren van generieke eisen die zoveel mogelijk waarborgen dat een eindsituatie wordt bereikt die gelijk is aan de eindsituatie die voorheen langs civiele weg werd overeengekomen gezien het meer generieke karakter van de bestuursrechtelijke regels.⁹ De schrijvers vrezen dat als aanbestedende diensten de door de ICER via het publiekrecht gecreëerde ruimte gaan 'overbenutten' door typisch civielrechtelijke afspraken in een publiekrechtelijk jasje te gieten, het wachten is op een rechter die tot de conclusie komt dat ook via de bestuursrechtelijke systematiek een overheidsopdracht, en derhalve aanbestedingsplicht, is ontstaan.¹⁰

De vraag is dan ook, tot hoe ver men via de bestuursrechtelijke weg kan gaan zonder de grens van de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid te passeren. In het hiernavolgende geven wij onze visie aangaande de grens van de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van een aanbestedende dienst, gerelateerd aan de gangbare praktijk van gebiedsontwikkeling.

3. De gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid

In het licht van het voorgaande is de cruciale vraag wat nu precies dient te worden verstaan onder de 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid' van een gemeente, als opsteller van het planologische toetsingskader. Wanneer is de betrokkenheid van de gemeente in dit opzicht nog 'gebruikelijk' te noemen in die zin, dat het (nog) gaat om een in het ICER rapport bestempelde 'zuivere randvoorwaarde'? Of met andere woorden, wanneer zijn de door een gemeente gestelde randvoorwaarden dusdanig sturend voor de verwezenlijking van niet-openbare werken dat niet meer van 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid' kan worden gesproken?

In hun hiervoor genoemde artikel wijzen Nouhuys en Straatman er op dat zowel het bestemmingsplan als het projectbesluit het mogelijk maken om nadere eisen te stellen aan het planologische toetsingskader, onder meer door het stellen van ruimtelijke relevante voorschriften. Ze wijzen er voorts op dat deze sturing zich echter dient te beperken tot het waarborgen van de 'goede ruimtelijke ordening' en dat de praktijk zal moeten leren hoe breed dat begrip kan worden uitgelegd. Stedenbouwkundige voorschriften

over bouwhoogte, bouwmassa, bebouwingspercentage, dakhoogte, dakvorm, plaatsing, rooilijnen, etc. vallen in ieder geval binnen de reikwijdte van hetgeen in een bestemmingsplan of projectbesluit kan worden opgenomen. Dat is op zichzelf gezien een juiste constatering, maar dat neemt niet weg dat onder dezelfde vlag van 'de goede ruimtelijke onderbouwing' niet slechts nadere eisen in de vorm van stedenbouwkundige voorschriften in het bestemmingsplan plegen te worden opgenomen of voorschriften met betrekking tot woningbouwcategorieën, maar dat de sturing door de een gemeente – die doorgaans het ontwerpbestemmingsplan opstelt – vaak al in een veel eerdere fase van de totstandkoming van een ontwerpbestemmingsplan plaatsvindt. In die voorfase worden immers belangrijke keuzes gemaakt ten aanzien van de gewenste ruimtelijke ontwikkeling van een gebied.

Bij gebiedsontwikkeling gaat het dan om het creëren van een planologische basis voor de verlening van (bouw)vergunningen door het bindend vastleggen van de gewenste functies in het gebied, waaronder wonen, economische activiteiten zoals bedrijventerreinen, kantoren en winkels, recreatie, vaak in combinatie met het aanleggen van de benodigde infrastructuur. In de praktijk van de gebiedsontwikkeling gaat de sturing van de gemeente echter nogal eens verder dan op grond van algemene regels of beleidsregels kan worden gerechtvaardigd. De 'goede ruimtelijke ordening' wordt door gemeentes vaak van stal gehaald om bepaalde keuzes ten aanzien van aard of locaties van functies te kunnen rechtvaardigen, maar een rechtvaardiging van het sturende optreden van de gemeente kan daarin vaak niet worden gevonden.

In de concept-Nieuwe Reiswijzer voor gebiedsontwikkeling 2009 wordt er vanuit gegaan dat gedurende het hele proces van het stellen van randvoorwaarden, van publiekrechtelijke normering nauwelijks sprake kan zijn, omdat in de praktijk van veel gebiedsontwikkelingen de publiekrechtelijke normering, bijvoorbeeld het vaststellen van een bestemmingsplan, de contractsvorming volgt. Omdat de publiekrechtelijke normering er bij veel gebiedsontwikkelingen ten tijde van de contractsvorming nog niet is, worden in de praktijk in de contracten allerlei bepalingen opgenomen die moeten waarborgen dat het gemeentelijke beleid op het gebied van ruimtelijke ordening, welstand en volkshuisvesting tot die tijd juridisch wordt gewaarborgd. De gemeente

9. J.F. van Nouhuys en M. Straatman, 'Nieuwe bezienswaardigheden en vooruitzichten op de "Arou(x)te"', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, december 2008, p. 524.

10. J.F. van Nouhuys en M. Straatman, 'Nieuwe bezienswaardigheden en vooruitzichten op de "Arou(x)te"', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, december 2008, p. 524.

spreekt met marktpartijen af dat deze bepaalde randvoorwaarden in acht zullen nemen en de gemeente vertaalt vervolgens die randvoorwaarden volgens de formele publiekrechtelijke procedures. Daartoe wordt er contractueel een inspanningsverplichting voor de gemeente opgenomen, inhoudende dat de gemeente gehouden is om zich maximaal in te spannen dat genoemde randvoorwaarden een publiekrechtelijke basis krijgen. Deze randvoorwaarden horen naar hun aard bij de gemeentelijke rol van 'publieke regisseur': contractuele eisen die ofwel verwijzen naar een reeds vastgesteld kader (zoals een beeldkwaliteitsplan) dan wel naar een nog vast te stellen kader (zoals een bestemmingsplan) horen immers bij de overheid als publieke regisseur en niet bij de overheid als opdrachtgever ten aanzien van vastgoed in het kader van gebiedsontwikkeling.

Het voorgaande staat echter op gespannen voet met de praktijk van gebiedsontwikkeling, waarin de gemeente weliswaar de rol van 'publieke regisseur' vervult, maar met enige regelmaat een stuk regisseert waarvan zij het script zelf heeft geschreven. Een bestemmingsplan wordt doorgaans pas in procedure gebracht wanneer de gemeente een duidelijk beeld heeft bij een stedenbouwkundig ontwerp en programma, welk beeld pas vorm krijgt wanneer de gemeente daarover heeft gesproken met de marktpartij die immers beschikt over specifieke marktkennis. Dit leidt vrijwel altijd tot de inspanningsverplichting van de gemeente tot het vaststellen van een bestemmingsplan dat ruimte biedt voor vastgoedontwikkelingen die vanuit marktperspectief wenselijk zijn. Hetzelfde bestemmingsplan is echter vaak eveneens een weerspiegeling van vastgoedontwikkelingen c.q. een stedenbouwkundig ontwerp en -programma zoals dat door de gemeente zelf wordt gewenst. Daar is op zichzelf bezien niets mis mee, maar vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is die rol van een gemeente bedenkelijk, omdat de gemeente zich daarmee op het hellend vlak begeeft van 'publieke regisseur' naar 'opdrachtgever'. Dat vlak is daarom hellend omdat het diffuus is wanneer een gemeente nog randvoorwaarden stelt die voortvloeien uit de 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid', en wanneer dergelijke randvoorwaarden te maken hebben met de eigen agenda van een gemeente. Hoe vaak komt het immers niet voor dat een of meerdere marktpartijen aan een gemeente een stedenbouwkundig ontwerp presenteren voor de invulling van een bepaald gebied, waaraan de gemeente pas medewerking wenst te verlenen nadat daar een of meerdere functies aan zijn toegevoegd of uit zijn geschrapt? Bijvoorbeeld een marktpartij die in een nieuw aan te leggen kantorenpark een kinderdagverblijf of een super-

markt-to-go wil opnemen, maar die daarvoor bij de gemeente de handen niet op elkaar krijgt, om redenen die niet zijn terug te voeren op het gebruikmaken door de gemeente van de aan haar toegekende publiekrechtelijke bevoegdheden; of een marktpartij die commerciële functies, waaronder detailhandel, wil onderbrengen in de plint van gestapelde woningbouw, waaraan de gemeente echter geen medewerking wenst te verlenen, terwijl er uit distributieplanologisch oogpunt, en ook anderszins objectief gezien, geen bezwaren bestaan; of een gemeente die het verlenen van planologische medewerking aan een gebiedsontwikkeling – veelal impliciet – afhankelijk stelt van het opnemen van bepaalde, door de gemeente gewenste functies in een gebied. Er zijn kortom vele voorbeelden te noemen waarbij de gemeente niet louter de regisseursrol vervult, maar veel meer sturend betrokken is bij de totstandkoming van een bestemmingsplan of een projectbesluit, dan op grond van haar 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid' gerechtvaardigd is.

Hierna volgt een korte verkenning van de verschillende publiekrechtelijke instrumenten die de gemeente ten dienste staan om haar betrokkenheid bij gebiedsontwikkeling vorm te geven, waarbij zal worden aangegeven waar wat ons betreft de grens ligt van de gebruikelijke, en daarmee aanvaardbare, gemeentelijke betrokkenheid.

Instrumenten op grond van de Wro en de Woningwet

Bij het maken van genoemde planologische keuzes is een aantal plannen en algemene regels voor de gemeente vaak richtinggevend en in bepaalde gevallen zelfs leidend. Zo dienen bij het opstellen van een ontwerpbestemmingsplan de door de provincie in de provinciale ruimtelijke verordening en de door het Rijk in de AmvB Ruimte opgenomen algemene regels in acht te worden genomen. Voorts dient de gemeente rekening te houden met de gemeentelijke structuurvisie(s), waarin al vaak globale keuzes zijn gemaakt ten aanzien van aard en de plaats van de in een gebied te realiseren functies.

Bij het opstellen van een ontwerpbestemmingsplan of ontwerpprojectbesluit conform dergelijke randvoorwaarden blijft de gemeente in ieder geval binnen de bandbreedte van haar 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid'. Het is echter twijfelachtig of daarvan ook nog sprake is als de gemeente aanvullende eisen stelt ten aanzien van de aard en de plaats van de functies in een bepaald gebied, die niet terug te voeren zijn op de Wro zelf.

Hiervoor zijn reeds aan de orde geweest de sturende eisen met betrekking tot planning en fasering, categorieën woningbouw en de brancheregulering van detailhandel. De Wro biedt de wettelijke basis om dit soort eisen hetzij in het bestemmingsplan, hetzij in het exploitatieplan op te nemen.

Een 'goede ruimtelijke ordening' impliceert een goede 'ruimtelijke onderbouwing' van een bestemmingsplan of een projectbesluit. Het komt voor dat ook aan de inhoud van de ruimtelijke onderbouwing door een gemeente eisen worden gesteld die feitelijk de bandbreedte van de daaraan op grond van het Bro te stellen eisen te buiten gaat. Als het stellen van dergelijke eisen ertoe leidt dat bepaalde functies, wegens een ontoereikende planologische en/of milieuhygiënische onderbouwing niet in het ontwerpbestemmingsplan kunnen worden opgenomen, dan gaat de gemeente aldus genoemde bandbreedte te buiten.

Van Nouhuys en Straatman hebben in hun genoemde artikel reeds gewezen op het instrument van het vaststellen van de Welstandsnota op grond van artikel 12a Woningwet, op grond waarvan de gemeente architectonische eisen kan stellen. Zij stellen dat het totnogtoe gebruikelijk is dat een gemeente een algemene welstandsnota hanteert, maar dat het hen niet zou verbazen als dat in de toekomst zou gaan veranderen en er in de toekomst op het project toegesneden welstandsnota's komen, die de beoogde ontwikkeling sturen. Van dat laatste is bij gebiedsontwikkelingen feitelijk al geruime tijd sprake, door vaststelling van een beeldkwaliteitsplan voor een bepaald gebied, welk plan vervolgens door een koppeling met de (wijziging van) de welstandsnota als exclusief toetsingskader heeft te dienen bij het toetsen van bouwplannen. Als een dergelijke koppeling met de vastgestelde of te wijzigen welstandsnota echter ontbreekt, dan heeft het beeldkwaliteitsplan in publiekrechtelijk opzicht weinig betekenis, en zou het ook niet de sturende functie dienen te hebben die daaraan in de praktijk wel wordt gehecht.

Instrumenten op grond van de Wet milieubeheer en de Wet geluidhinder

Het ICER-rapport wijst erop dat op het gebied van bouwen vele wettelijke voorschriften gelden, waarbij ook worden genoemd voorschriften die voortvloeien uit de Wet milieubeheer en de Wet geluidhinder. Het rapport concludeert vervolgens dat de eisen die uit deze regelgeving voortvloeien, niet gericht zijn op een bepaalde werk, maar van toepassing zijn op alle werken die door welke partij dan ook worden uitgevoerd. Dat leidt het rapport tot de conclusie dat dit geen eisen zijn in

de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Pas als een gemeente verder zou gaan dan haar 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid' en zou eisen dat bepaalde bouwwerken tot stand komen of regels zou uitvaardigen die op een specifiek bouwwerk van toepassing zijn, en de gemeente actief het verwezenlijken van deze bouwwerken of regels zou nastreven, kan er sprake zijn van eisen als bedoeld in de aanbestedingsrichtlijn. Als we dit criterium toepassen op de Wet milieubeheer en de Wet geluidhinder, dan levert dat het volgende beeld op.

Artikel 52 Woningwet bepaalt – kort gezegd – dat indien het bouwen in de zin van de Woningwet tevens is aan te merken als het oprichten of veranderen van een vergunningplichtige inrichting in de zin van de Wet milieubeheer, de aanvraag om een bouwvergunning moet worden aangehouden totdat de daarop betrekking hebbende milieuvergunning is verleend. Artikel 8.10, eerste lid, Wet milieubeheer bepaalt dat de vergunning slechts in het belang van de bescherming van het milieu kan worden geweigerd. Hoewel hier wel sprake is van enige beoordelingsruimte voor het bevoegd gezag, lijkt het niet aannemelijk dat het bevoegd gezag bij het verlenen of weigeren van de benodigde Wm-vergunning voor een bouwwerk c.q. inrichting verder gaat dan haar 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid'.

Hetzelfde geldt voor de in Titel 5.2 van de Wet milieubeheer opgenomen luchtkwaliteitseisen, die op grond van artikel 8.8, derde lid, Wet milieubeheer 'in acht moeten worden genomen'. Dit impliceert dat er voor het bevoegd gezag geen ruimte is om van deze eisen af te wijken.

Ook de in artikel 8.8, derde lid, Wet milieubeheer genoemde, ingevolge de Wet geluidhinder geldende, geluidgrenswaarden dienen bij het beslissen op de aanvraag om een milieuvergunning in acht te worden genomen. Daar zit voor het bevoegd gezag dus evenmin muziek in, tenzij een gemeente op grond van de op 1 januari 2007 gewijzigde Wet geluidhinder eigen beleidsregels heeft vastgesteld onder welke voorwaarden ontlasting van de voorkeursgrenswaarde wordt verleend (een zogenaamd hogere waardenbesluit). Maar ook al is van vaststelling van dergelijk beleid sprake, dan kan bezwaarlijk worden geconcludeerd dat de gemeente daarmee haar gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid te buiten gaat.

Beleidsregels

In het ICER-rapport wordt opgemerkt dat ook beleidsregels, die aangeven hoe een overheid met zijn bevoegdheden omgaat, in beginsel geen eisen

zullen zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Ook hier geldt volgens het rapport weer het criterium van de 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid' in combinatie met de eis dat dergelijke regels niet op een specifiek bouwwerk van toepassing mogen zijn. Het feit dat het ICER-rapport spreekt over 'in beginsel' impliceert reeds dat er ook beleidsregels kunnen zijn die dusdanig sturend van aard zijn, dat wel moet worden gesproken van eisen in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. In onze opvatting hoeven dergelijke beleidsregels niet perse te zijn gericht op het totstandkomen van bepaalde bouwwerken; een gemeente kan immers ook beleidsregels opstellen die aan het totstandkomen van bepaalde functies in een gebied – zoals perifere detailhandel – juist in de weg staan, en feitelijk leiden tot een aanpassing van het stedenbouwkundig ontwerp c.q. -programma zoals de marktpartij dat voor ogen had.

De rol van de gemeentelijke supervisor bij gebiedsontwikkeling

De rol van de gemeentelijke supervisor bij gebiedsontwikkeling mag in dit verband niet onbesproken blijven. Opmerkelijk is dat in de concept-Nieuwe Reiswijzer 2009 de vraag wordt opgeworpen of de gemeente zich met de inzet van een supervisor verdergaand met het vastgoed bemoeit dan op grond van de publiekrechtelijke kaders mogelijk zou zijn, doch vervolgens concludeert dat dit niet het geval is. Dit om reden dat de supervisor (slechts) feitelijk het oordeel van de welstandscommissie in het kader van de bouwvergunningprocedure voorbereid, maar daaromtrent geen aanvullend oordeel geeft. Een ieder die in de praktijk van de gebiedsontwikkeling wel eens met een supervisor van doen heeft gehad, weet dat de rol van de supervisor vaak veel indringender en sturender is dan hier wordt geschetst, en dat er met enige regelmaat door de supervisor wel degelijk aanvullende eisen worden gesteld met betrekking het stedenbouwkundig ontwerp c.q. de functionele invulling ervan. Eisen die het publiekrechtelijke kader – dat is exclusief de gemeentelijke welstandsnota – wel te buiten gaan. Het is dan ook een miskenning van de praktijk dat de supervisor 'geen aanvullend oordeel' zou hebben, maar slechts een vooruitgeschoven post is van de welstandscommissie. Het behoeft weinig betoog dat dergelijke aanvullende eisen de 'gebruikelijke publiekrechtelijke betrok-

kenheid' te buiten gaan en derhalve in het licht van de aanbestedingsrichtlijn niet zijn toegestaan.

De betekenis van artikel 122 Woningwet

Bij het regisseren van gebiedsontwikkeling maken gemeenten zowel gebruik van het publiekrecht als van het privaatrecht. Op grond van de in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde 'tweewegenleer' mag de overheid van het privaatrecht gebruik maken als daarmee het publiekrecht niet op een onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Van een onaanvaardbare doorkruising is zeker sprake in die gevallen waarin de wetgever er expliciet voor heeft gekozen dat regulering via het privaatrecht niet is toegestaan. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is artikel 122 Woningwet.

Op grond van dit artikel kan de gemeente geen rechtshandelingen naar burgerlijk recht verrichten ten aanzien van onderwerpen waarin bij of krachtens het Bouwbesluit en de bouwvergunning is voorzien. In een uitspraak van 23 mei 2007¹¹ oordeelde de rechtbank te Breda dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met de inwerkingtreding van het Bouwbesluit de – voordien door de gemeente geformuleerde – technische bouwvoorschriften zijn geüniformeerd en gecentraliseerd om redenen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Het Bouwbesluit bevat aldus minimumeisen waaraan een bouwwerk publiekrechtelijke gezien moet voldoen, wil daarvoor bouwvergunning worden verleend. Aangezien de wetgever er nadrukkelijk niet voor heeft gekozen om verder te gaan dan dit bouwkundig minimum, is de door de gemeente in dit geval opgenomen eis dat gebouwd moest worden onder GIW-garantie in strijd met artikel 122 Woningwet.

Indien de lijn van de uitspraak van de rechtbank Breda als uitgangspunt wordt genomen, lijken ook andere vaak voorkomende *aanvullende* contractuele eisen, zoals de eis van het Politiekenmerk Veilig Wonen, eisen op het gebied van duurzaam bouwen en eisen op het gebied van energieprestaties, in strijd te zijn met artikel 122 Woningwet.

Conclusie

In de concept-Nieuwe Reiswijzer voor gebiedsontwikkeling 2009 wordt in het kader van de relatie met artikel 122 Woningwet opgemerkt, dat de rechtbank Breda hetzelfde doet als wat in deze

11. Rechtbank Breda 23-05-2007, *LJN* BA5601; tegen deze uitspraak is hogere beroep ingesteld, de zaak staat voor arrest bij het Hof 's-Hertogenbosch op 8 september 2009. Zie over de betekenis van deze uitspraak ook mr. M. Fokkema, 'Is de GIW-garantie nog wel gegarandeerd?', *BR* 2008, p. 93; mr. A.S.D. Lijkwan, mr. G.A. van der Veen en mr. T.B. van Dijk, 'een reactie', *BR* 2008, p. 326; Mr. J.J. Hoekstra en mr. G.A. van der Veen, 'Kwaliteits- en bindingseisen bij nieuwbouw, wat mag en wat mag niet?', *TBR* 2008/85; Dr.ir.A.G. Bregman, 'Het privaatrecht op de terugtocht bij gebiedsontwikkeling', *TBR* 2008/211.

Nieuwe Reiswijzer wordt beoogd, te weten het aanbrengen van een heldere scheiding tussen enerzijds wat de gemeente mag op grond van haar publiekrechtelijke bevoegdheden en anderzijds de exclusief door marktpartijen in te vullen ruimte die deze bevoegdheden laten, *voor zover het gaat om vastgoed dat op initiatief en voor rekening en risico van die marktpartijen wordt gerealiseerd*. In dit verband wordt benadrukt dat gemeenten zich dienen te realiseren dat de wetgever de gemeentelijke regulering van de realisatie van vastgoed ook op die wijze heeft willen beperken. Daarvan lijken veel gemeenten echter nog onvoldoende doordrongen te zijn. De neiging om de rol van ‘publieke regisseur’ op te rekken doordat een gemeente zich actief bemoeit met de totstandkoming van het stedenbouwkundig ontwerp en -programma, en in dat verband ook allerlei eisen stelt die de ‘gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid’ te buiten gaan of op zijn minst twijfelachtig zijn, valt kennelijk maar moeilijk te onderdrukken. Het zij nogmaals benadrukt dat dit op zichzelf bezien vanuit de gemeentelijke verantwoordelijkheid begrijpelijk is, maar vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is het bepaald risicovol. En het is nog maar de vraag of de Nieuwe Reiswijzer 2009 de gewenste ‘heldere scheiding’ wel gaat aanbrengen.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat een gemeente bij het realiseren van eigen vastgoed, zoals een stadskantoor of een bibliotheek, uiteraard wel een ontwerp naar eigen inzicht mag invullen en dienaangaande ook aanvullende eisen mag stellen, in haar hoedanigheid van opdrachtgever van de uitvoerende partijen.

4. Belang exitstrategie

Volgens de Hoge Raad brengt het feit dat een overeenkomst gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht in beginsel niet met zich mee dat deze nietig of vernietigbaar is (HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (*UnetofDe Vliert*)). Kort gezegd kan artikel 3:40 BW aan schending van het aanbestedingsrecht niet de sanctie van nietigheid of vernietigbaarheid verbinden zolang dit niet voortvloeit uit de desbetreffende bepalingen.¹²

Uiterlijk 20 december 2009 moet de rechtsbescherming bij aanbesteden zijn aangescherpt in de

Nederlandse wet- en regelgeving. Dit volgt uit de op 11 december 2007 vastgestelde Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.¹³ In artikel 2 van de nieuwe richtlijn staat onder meer dat een overeenkomst onverbindend wordt verklaard of dat de onverbindendheid van de overeenkomst het gevolg moet zijn van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie indien: (i) de aanbestedende dienst de opdracht heeft gegund zonder juiste bekendmaking vooraf; (ii) belanghebbenden niet de mogelijkheid is geboden om binnen een bepaalde termijn te ageren tegen een bepaald gunningsvoornemen; of (iii) gebruik wordt gemaakt van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel en daarbij aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan.¹⁴

De uitbreiding van de rechtsbescherming tegen onwettige gunningsbeslissingen verhoogt het risico dat reeds gesloten overeenkomsten ongedaan worden gemaakt indien deze in strijd met het aanbestedingsrecht moeten worden geacht. Een dergelijke onverbindendheid impliceert onder meer dat lopende contracten worden beëindigd, gevolgen (veelal financieel van aard) moeten worden afgewikkeld en dat er alsnog dient te worden aanbesteed.¹⁵

Aan de orde kwam in dit artikel al, dat enige duidelijkheid omtrent gebiedsontwikkeling is geschapen door middel van het ICER rapport en door de mededeling van de Commissie waarin zij aangaf de gebiedsontwikkeling in Vathorst te laten rusten. Dit wil echter niet automatisch zeggen dat gebiedsontwikkeling, waarbij publieke en private partijen samenwerken, nimmer aanbestedingsplichtig is en aanbestedingsrechtelijke risico's in het geheel niet bestaan. Blijken de afspraken bijvoorbeeld verder te gaan dan de criteria zoals opgenomen in het ICER rapport – bijvoorbeeld omdat de aanbestedende dienst toch verder gaat dan haar gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid – dan kan het zeer wel zo zijn dat de opdracht had moeten worden aanbesteed. Zeker met de komst van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG en daarmee samenhangend dat de opdracht alsnog onverbindend kan worden verklaard, is een risico voor partijen dus in bepaalde gevallen (nog steeds) aanwezig.

12. Mr. G.L. van 't Hoff, 'Samenwerking in gebiedsontwikkeling Omgaan met mededingingsrechtelijke risico's', *BR* 2008, p. 609.

13. Mr. J.M. Hoek MRE, 'Implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn, een Europees breekijzer', *BR* 2009, p. 379.

14. (i) De lidstaten hebben afgezien van een standstill termijn, artikel 2 quinquies, lid 1 sub c, (ii) het moet boven de drempelwaarde zijn; en (iii) het moet gaan om een schending van de regels die gelden bij opdrachtverlening bij een zogenoemde minicompetitie, artikel 2 ter laatste alinea (zie Folkert Wilman, 'Stilstand is vooruitgang', *TAN* april 2008, p. 127).

15. Mr. J.M. Hoek MRE, 'Implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn, een Europees breekijzer', *BR* 2009, p. 379.

Een oplossing hiervoor kan worden geboden door een exitstrategie af te spreken waarin mogelijke risico's van partijen worden afgedekt, mocht de rechter oordelen dat de opdracht in strijd met het aanbestedingsrecht is vergeven. Achteraf kan zo de discussie worden voorkomen over de vraag wie welke kosten moet dragen of op welke wijze partijen de belangen moeten ontvlechten. Het is aan te bevelen een dergelijke exitstrategie voor het aanbestedingsrechtelijk risico – als vorm van exploitatierisico – expliciet in de samenwerkingsovereenkomst te regelen.¹⁶

5. Conclusies

De Commissie heeft onder verwijzing naar het ICER rapport de ingebrekestelling in Vathorst ingetrokken. De onduidelijkheid die al jaren boven de markt hangt is daarmee echter niet weggenomen. De in het ICER rapport uiteengezette lijn op grond waarvan geen aanbestedingsplicht bestaat, zolang een aanbestedende dienst zich maar beperkt tot haar gebruikelijke publiekrechtelijke bevoegdheden en geen projectspeci-

fieke eisen stelt, doet nauwelijks recht aan de gangbare praktijk van gebiedsontwikkeling.

Daarnaast biedt het ICER rapport geen duidelijkheid ten aanzien van de vraag in welke gevallen sprake is van een 'bezwarende titel' als bedoeld in artikel 1 lid 2 sub a van de Richtlijn. Meer in het bijzonder rijst de vraag of aan deze definitie wordt voldaan indien een ontwikkeling geheel voor rekening en risico van marktpartijen wordt uitgevoerd en de aanbestedende dienst over de te ontwikkelen werken niet komt te beschikken en daaraan evenmin rechtstreeks financieel bijdraagt. De Europese Commissie bereidt juist op dit punt een aantal nieuwe ingebrekestellingen voor die ter zake duidelijkheid moeten bieden.¹⁷

Mede in het licht van de op handen zijnde Rechtsbeschermingsrichtlijn doen partijen betrokken bij een gebiedsontwikkeling er in elk geval goed aan zich rekenschap te geven van aard en strekking van de tussen hen gemaakte afspraken. Zoals al eerder door G.L. van 't Hoff is bepleit, is de behoefte aan een adequate exitstrategie eens te meer van groot belang.

16. Zie hierover uitgebreider Mr. G.L. van 't Hoff, 'Samenwerking in gebiedsontwikkeling Omgaan met mededingingsrechtelijke risico's', *BR* 2008, p. 609.

17. Zoals blijkt uit 'Nederland niet meer "in gebreke" om aanbesteding Vathorst', www.binnenlandsbestuur.nl.