

# Van Auroux/Roanne naar Müller/ Wildeshausen: waar ligt de grens van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling?

Mr. G. 't Hart en mr. H.S.J. Albers\*

In zijn *Müller*-arrest heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) duidelijk aangegeven onder welke omstandigheden welke onderdelen van een gebiedsontwikkeling Europees moeten worden aanbesteed. De ontwikkeling en realisatie van vastgoed met een private bestemming hoeft in beginsel niet mee te worden aanbesteed met de publieke delen, indien aanbestedende dienst en ontwikkelaar vasthouden aan hun eigen rol.

*Hof EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, Helmut Müller, Pb. EU 2010, C 134, p. 7.*

## Het arrest

De Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (hierna: de Bundesanstalt) is de Duitse federale instelling voor het beheer van openbaar onroerend erfgoed. De Bundesanstalt was eigenaar van een stuk grond van ongeveer 24 hectare in Wildeshausen waarop zich een kazerne bevond die niet meer werd gebruikt. Via advertenties in de pers en op internet maakte de Bundesanstalt in oktober 2006 bekend dat zij dit stuk grond wilde verkopen. In de advertentie was vermeld dat met de gemeente Wildeshausen zou moeten worden afgestemd welke toekomstige bestemming de grond zou krijgen. Eerst na verkregen goedkeuring van de gemeente voor de beoogde bestemmingswijziging zou de grond worden geleverd. De waarde van de grond werd in mei 2007 door deskundigen getaxeerd op € 2,33 miljoen.

Helmut Müller GmbH (hierna: Müller), de naamgever van dit arrest, wilde de grond graag kopen en ontwikkelen, en bood reeds in november 2006 een bedrag van € 4 miljoen. Dit bod was onder de voorwaarde dat de planolo-

gische inrichting die zij voor het gebied in gedachten had, zou worden gevolgd. Dit voorstel werd echter niet aanvaard. Vervolgens verzocht de Bundesanstalt in januari 2007 belangstellenden een bod uit te brengen op de grond zonder daarbij een voorstel voor een bouwplan te voegen. Onder die omstandigheden bood Müller € 1 miljoen. Een andere onderneming, Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (hierna: GSSI) bood echter € 2,5 miljoen. Er waren verder nog twee andere biedingen. Vervolgens werd de bidders gevraagd hun ideeën voor de ontwikkeling van het gebied te presenteren. De Bundesanstalt en de gemeente Wildeshausen verkozen beide het projectvoorstel van GSSI. De gemeenteraad van Wildeshausen besloot in dit verband dat zij bereid was het conceptplan van GSSI te onderzoeken en een procedure voor de opstelling van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten. Zij vermeldde daarbij expliciet dat er geen wettelijk recht was op het opstellen van een met het conceptplan overeenstemmend bestemmingsplan en dat het besluit te kiezen voor het project van GSSI de gemeente Wildeshausen niet bond wat betreft haar planologische bevoegdheden.

In juni 2007 verkocht de Bundesanstalt de grond met kazerne aan GSSI. Tegen deze verkoop stelde Müller beroep in bij de *Vergabekammer* (de kamer voor de plaatsing van overheidsopdrachten). Zij stelde dat de verkoop van de grond met kazerne niet had kunnen plaatsvinden zonder Europese aanbestedingsprocedure, omdat de verkoop aanbestedingsplichtig was. Nu een aanbestedingsprocedure niet volgens de communautaire regels had plaatsgevonden, was de verkoopovereenkomst volgens haar nietig. De *Vergabekammer* verklaarde het beroep van Müller echter niet-ontvankelijk, omdat geen overheidsopdracht voor werken aan GSSI was gegund. Van deze beslissing ging Müller in hoger beroep bij het *Oberlandesgericht* in Düsseldorf. Müller stelde dat GSSI een overheidsopdracht in de vorm van een concessie voor werken had gekregen. Het *Oberlandesgericht* wilde in principe de argumentatie van Müller volgen. Volgens deze rechter

273

\* Mr. G. 't Hart is advocaat bij Houthoff Buruma. Mr. H.S.J. Albers is advocaat bij Houthoff Buruma.

had de opstelling van het bestemmingsplan door de gemeente Wildeshausen, dat naar verwachting zou overeenstemmen met het projectplan van GSSI, de gunning van een overheidsopdracht voor werken aan GSSI tot gevolg. Het zou dan gaan om een concessieovereenkomst, omdat de gemeente Wildeshausen geen vergoeding zou betalen voor het uitvoeren van de werken en GSSI het economisch risico zou dragen. De gunning van de concessie voor werken door de gemeente moest dan ook samen met de verkoop van de grond door de Bundesanstalt aanbestedingsrechtelijk als een eenheid worden beschouwd. Het *Oberlandesgericht* had deze analyse ook reeds in andere gedingen toegepast, maar werd daarin niet door andere Duitse rechters gevolgd. Zij wezen de visie van het Düsseldorfer gerecht overwegend af. Bovendien stond in Duitsland een wetswijziging op stapel met betrekking tot precies deze (sterk betwiste) uitleg van het Europese aanbestedingsrecht. Met die wijziging zou het Duitse aanbestedingsrecht wijzigen in het tegendeel van de opvatting van het Düsseldorfer *Oberlandesgericht*. Dit gerecht stelde daarom een reeks van negen prejudiciële vragen. Het Hof van Justitie groepeerde de vragen in vijf onderdelen.

## Vragen een en twee: wanneer is sprake van een werk dat voor de aanbestedende dienst wordt uitgevoerd?

274

Met de eerste twee vragen wilde het Düsseldorfer gerecht weten of het begrip overheidsopdracht voor werken vereist dat de uit te voeren werken 'fysiek of materieel ten behoeve van de aanbestedende dienst en in diens economisch belang' worden verkregen en of het in dat verband volstaat dat deze werken 'een bepaalde publieke bestemming' vervullen, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling van een bepaalde wijk.

Voor alle duidelijkheid begint het Hof van Justitie zijn antwoord met de overweging dat de enkele verkoop van de grond (met opstellen) niet kan gelden als een overheidsopdracht, omdat de betreffende overheidsinstantie (de Bundesanstalt) hier optreedt als verkoper en grondtransacties als zodanig niet verplichten tot de uitvoering van werken. Om die reden vallen dergelijke transacties niet onder de werking van het Europese aanbestedingsrecht. De vraag van het *Oberlandesgericht* betreft echter de relatie die tot stand is gekomen tussen GSSI en de gemeente Wildeshausen. De vraag die hier in wezen wordt gesteld is of deze relatie kan worden gekwalificeerd als een (schriftelijke) overeenkomst onder bezwarende titel met betrekking tot (kort gezegd) de uitvoering van werken in de zin van artikel 1 lid 2 sub a van Richtlijn

2004/18/EG.<sup>1</sup> Hierop antwoordt het Hof van Justitie dat de aanduiding 'onder bezwarende titel' betekent dat door de aannemer een prestatie wordt geleverd ten behoeve van de aanbestedende dienst. Deze prestatie kan bestaan in de uitvoering van werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken.<sup>2</sup> De prestatie dient wel gerelateerd te zijn aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst. Dat belang is allereerst duidelijk aanwezig wanneer de aanbestedende dienst zelf eigenaar van het werk wordt. Een dergelijk belang is er verder wanneer de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel (zoals huur)<sup>3</sup> kan beschikken over het gerealiseerde werk gelet op de openbare bestemming daarvan. Ten slotte is er ook een rechtstreeks economisch belang wanneer de aanbestedende dienst economische voordelen kan halen uit het toekomstig gebruik of uit een toekomstige overdracht van het werk, financieel heeft deelgenomen in het project, of risico's loopt bij een economische mislukking daarvan.<sup>4</sup>

Hieruit volgt, aldus het Hof van Justitie, dat de werken moeten worden uitgevoerd in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, zonder dat het evenwel nodig is dat de aanbestedende dienst de werken in materiële of fysieke zin verwerft. Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens dat aan deze voorwaarde niet is voldaan, wanneer de werken (slechts) beogen te voldoen aan een openbaar doel van algemeen belang, zoals de stedenbouwkundige ontwikkeling of de coherentie van een stadswijk. Het is in de lidstaten van de Europese Unie gebruikelijk dat voor de uitvoering van een bouwwerk van een bepaalde omvang een voorafgaande vergunning is vereist. Tot het uitoefenen van taken als vergunningverlenende autoriteit hoort normaal gesproken echter niet het ontvangen van contractuele prestaties of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van een aanbestedende dienst. Het voldoen aan de (publiekrechtelijke) eisen van een regulerende (vergunningverlenende) autoriteit inzake stedenbouw geldt derhalve niet als het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van een aanbestedende dienst.

## Vragen drie en vier: wanneer is sprake van opdrachtverlening?

Aan de hand van de derde en vierde vraag onderwerpt het Hof van Justitie het begrip 'overeenkomst onder bezwarende titel' aan een verdere analyse. Volgens het Hof van Justitie gaat dit begrip ervan uit dat de aannemer zich in ruil voor een tegenprestatie rechtstreeks of indirect verbindt tot een prestatie. Het gaat om een juridisch binden-

1. Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Pb. EU 2004, L 134/114, zoals gewijzigd bij Richtlijnen 2005/51/EG, 2005/75/EG en 2009/81/EG.
2. Zie bijv. ook HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, *Auroux*, r.o. 45.
3. HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07, *Commissie/Duitsland*, r.o. 56.
4. Zie opnieuw ook zaak C-220/05, r.o. 17, 18 en 45.

de overeenkomst en de uitvoering ervan dient dan ook in rechte te kunnen worden gevorderd op de in het nationale recht geregelde wijze, bij gebreke waarvan geen sprake is van een overheidsopdracht. Kort en goed ontbreekt bij ontstentenis van een bouwplicht derhalve het opdracht-element.

## Vragen vijf en zes: wanneer is sprake van eisen van een opdrachtgever?

In de beantwoording van de vijfde en zesde vraag gaat het Hof van Justitie in op de betekenis van het begrip ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’ in de zin van artikel 1 lid 2 sub b van Richtlijn 2004/18/EG. De vraag die de nationale rechter hier stelt, is of deze eisen kunnen bestaan uit het waarborgen van een openbaar belang of uit de bevoegdheid bouwplannen te onderzoeken en goed te keuren. De reden van deze vraag was dat de gemeente Wildeshausen geen bestek met eisen had opgesteld voor het uit te voeren werk. Zij had slechts verklaard dat zij bereid was het conceptplan van GSSI te onderzoeken en een procedure voor het opstellen van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten.<sup>5</sup> Het Hof van Justitie overweegt dat de vastgestelde eisen of maatregelen in ieder geval zodanig moeten zijn dat zij de kenmerken van het werk definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp uitoefenen. De enkele uitoefening van een regulerende bevoegdheid inzake stedenbouw en het onderzoeken van bouwplannen bij de uitoefening van die bevoegdheid en het in dat verband nemen van een besluit kan niet worden beschouwd als een door de aanbestedende dienst vastgestelde eis in de zin van de genoemde richtlijnbevestiging.

## Vraag zeven: wanneer is sprake van de verlening van een exploitatierecht?

De zevende vraag handelt over de vraag wanneer sprake is van een concessie voor werken. Hierover merkt het Hof van Justitie op dat een overheidsinstantie in principe geen concessie voor het exploiteren van een stuk grond kan verlenen aan een exploitant die reeds eigenaar van die grond is. Een aanbestedende dienst die niet zelf over een werk kan beschikken, kan immers ook niet het recht op exploitatie van dat werk overdragen. Daarbij komt nog de eis dat in het geval van een concessie de concessiehouder een wezenlijk deel van het risico van de exploitatie dient te dragen. De Commissie had geopperd dat dit risico zou

5. Zonder evenwel een garantie te kunnen geven dat het bestemmingsplan ook daadwerkelijk met het plan van GSSI zou overeenstemmen (de Duitse wet verbodt dit); zie r.o. 21 van het arrest.

kunnen bestaan in de onzekerheid omtrent de vraag of de stedenbouwkundige dienst al dan niet de voorgestelde bouwplannen zou goedkeuren. Het Hof van Justitie verwierpt deze stelling echter resoluut. Volgens het Hof van Justitie moet het hier bedoelde risico voortvloeien uit de contractuele betrekking tussen de concessieverlener en de concessiehouder, niet uit de regulerende bevoegdheid op stedenbouwkundig vlak van de aanbestedende dienst. Daar komt nog bij dat in dit geval de concessie voor onbepaalde duur zou worden verleend, hetgeen haaks staat op het communautair stelsel, mede in verband met onder andere de mededingingshandhaving in de Unie.<sup>6</sup>

## Vragen acht en negen: wanneer is sprake is samenloop van een grondtransactie met opdrachtverlening?

De achtste en negende vragen hebben betrekking op de situatie waarin een overheidsinstantie een stuk grond aan een onderneming verkoopt, terwijl een andere overheidsinstantie van plan is een overheidsopdracht voor werken te vergeven voor dat stuk grond, maar daarover nog geen formeel besluit heeft genomen. Moet het verkopen van de grond van het kazerneterrein door de Bundesanstalt en de eventuele latere gunning van een overheidsopdracht door de gemeente Wildeshausen juridisch als een eenheid worden beschouwd? Hierover overweegt het Hof van Justitie dat hoewel niet op voorhand kan worden gesteld dat een dergelijke fasering van het gunningproces buiten het bereik van Richtlijn 2004/18/EG valt, de omstandigheden van het geding niet zodanig zijn dat daarvan sprake is. Het Hof van Justitie wijst erop dat de gemeente Wildeshausen en GSSI in dit geval in het geheel geen juridisch bindende verbintenissen zijn aangegaan. Ook is GSSI met geen enkele partij een verbintenis aangegaan met betrekking tot het ontwikkelen van het gekochte stuk grond. De voornemens, waar in deze zaak sprake van is, vormen op zichzelf geen bindende verbintenissen en kunnen niet worden beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van artikel 1 lid 2 sub a van Richtlijn 2004/18/EG. Zij voldoen immers niet aan de eis dat sprake moet zijn van een schriftelijke overeenkomst.

6. Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie een wisselende koers vaart op dit punt. In zijn arrest van 9 maart 2006, zaak C-323/03, *Commissie/Spanje (zeevervoersdiensten)*, overwoog het Hof van Justitie in r.o. 48 dat een concessie geen langere looptijd mag hebben dan nodig om de daarmee gepaard gaande investeringen terug te verdienen (inclusief een redelijke winststopslag), terwijl het Hof in zijn arrest van 19 juni 2008, zaak C-454/06, *Nachrichtenagentur*, in r.o. 73 en 74, overwoog dat overheidsopdrachten met een looptijd voor onbepaalde tijd weliswaar strijdig zijn met het stelsel van het communautaire recht, maar dat daartegen bij gebreke van een communautair verbod niet kan worden opgetreden (en aanbestedende diensten op grond van de gemeenschapstrouw kennelijk ook niet gehouden zijn zich te onthouden van het gunnen van overheidsopdrachten met een lange looptijd).

## Commentaar

Het Hof van Justitie erkent in deze uitspraak het gelijk van diegenen die meenden dat de Commissie mede naar aanleiding van het arrest *Auroux* wel erg enthousiast de reikwijdte van de aanbestedingsplicht oprekte met haar betoog dat die aanbestedingsplicht mede ziet op reguliere gronduitgifte voor gebiedsontwikkeling. Het arrest sluit goed aan op de recente Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009 (hierna: de Reiswijzer) die mede door het ministerie van VROM is gepubliceerd om de praktijk handvatten te geven voor de deugdelijke opzet van gebiedsontwikkelingen. Ook is het arrest grotendeels in lijn met het rapport van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) dat eind 2008 verscheen en waarin haar interpretatie van het *Auroux*-arrest uiteen is gezet. De zaak *Müller* verduidelijkt een aantal punten die met het *Auroux*-arrest en de interpretatie daarvan door de Commissie aan de oppervlakte kwamen en door de ontwikkelingspraktijk als (zeer) knellend werden ervaren.

Net als in de zaak *Müller* stond ook in de *Auroux*-zaak het voor het aanbestedingsrecht fundamentele 'overheidsopdracht'-begrip centraal. Overeenkomstig de definitie in artikel 1 sub 1 van Richtlijn 2004/18/EG is sprake van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken wanneer deze berust op (a) een schriftelijke overeenkomst, (b) onder bezwarende titel, (c) gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende dienst die (d) betrekking heeft op (het ontwerp en) de uitvoering van een werk, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. In de *Auroux*-zaak werd de bouw van een multifunctioneel complex plus omliggende infrastructuur door een publiekprivate instelling langs deze maatstaf gelegd. Het was de bedoeling dat een deel van dit werk zou worden verkocht aan private partijen; een ander deel werd rechtstreeks door de gemeente Roanne afgenomen. Het Hof van Justitie overwoog dat van een overheidsopdracht ook sprake kan zijn, wanneer de aanbestedende dienst niet zelf de eigenaar wordt van het gehele werk of een deel ervan en dat voor het bepalen van de totale waarde van een overheidsopdracht de inkomsten van derden meewegen, aangezien die inkomsten bijdragen aan de aantrekkelijkheid van de opdracht, gezien vanuit de aannemer en mogelijke gegadigden uit andere lidstaten. In dit verband was overigens relevant dat de gemeente Roanne garant stond voor de uitvoering van een vastgoedproject met een private bestemming, en dat zij het vastgoed zelf zou afnemen indien het bij oplevering onverkocht zou blijven.

De Commissie las in dat arrest een argument voor een bijzonder extensieve uitleg van het opdrachtbegrip. Gronduitgifte door de overheid met de bedoeling dat die grond bebouwd wordt, werd op basis van het *Auroux*-arrest door de Commissie in principe binnen het bereik van de aanbestedingsrichtlijnen gebracht. Het bekendste (overigens van vóór het *Auroux*-arrest daterende) voorbeeld hiervan is de ingebrekestelling van Nederland in-

zake de ontwikkeling van Vathorst te Amersfoort.<sup>7</sup> Nu was al langer aanvaard dat realisatie van bijvoorbeeld openbare infrastructuur met teruglevering aan de overheid (dikwijls om niet onder kwijtschelding van een anders verschuldigde exploitatiebijdrage) onder de aanbestedingsplicht kan vallen.<sup>8</sup> Echter, het standpunt van de Commissie na het *Auroux*-arrest leek in te houden dat ook de realisatie van private bouwwerken, bestemd voor particuliere kopers, vrijwel steeds onder de aanbestedingsplicht zou vallen. De verkoop van de grond werd dan beschouwd als de schriftelijke overeenkomst, de door de overheid vastgestelde eisen waren de door de overheid opgestelde (publiekrechtelijke) voorschriften waaraan de bouwwerken moesten voldoen en de koopsom die werd betaald door de particuliere kopers werd in die gedachtelijng beschouwd als bezwarende titel.

De extensieve lijn van de Commissie werd echter niet zomaar geaccepteerd. Er is door verschillende schrijvers op gewezen dat de situatie inzake *Auroux*/Roanne wel heel specifiek was en niet zomaar kon worden doorgetrokken naar de volledig verschillende (Nederlandse) omstandigheden.<sup>9</sup> Er waren in de zaak *Auroux* meer redenen waarom het project als aanbestedingsplichtig kon worden gekwalificeerd, waarbij in het bijzonder relevant was dat de gemeente Roanne de initiatiefnemer van de herontwikkeling was, om die reden ook een bouwplicht oplegde, deels zelf onroerend goed afnam waarvoor de gemeente rechtstreeks betaalde, en bovendien garant stond voor de realisatie van vastgoed met een private bestemming. De gemeente Roanne gedroeg zich dus als een echte opdrachtgever.

## Publiekrechtelijk instrumentarium

Voor de praktijk van zeer groot belang is dat het Hof in het *Müller*-arrest thans voorop heeft gesteld dat het uitoefenen van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw niet leidt tot een aanbestedingsplicht. In Nederland vindt dergelijke regulatie op grond van de Wet ruimtelijke ordening in hoofdzaak plaats door middel van het bestemmingsplan. Daarnaast kunnen gemeentes in hun welstandsnota's eisen stellen aan de uiterlijke verschijning van bouwwerken. Verder kunnen eisen worden opgenomen in gemeentelijke bouwverordeningen (met dien verstande dat de daarin opgenomen eisen veeleer een bouwtechnisch karakter hebben) en in een exploitatieplan

7. Dit dossier is inmiddels, in maart 2009, door de Commissie gesloten, zonder dat Nederland voor het Hof van Justitie werd gebracht. De reden hiervoor is volgens de Commissie dat Nederland met het ICER-rapport *Auroux* duidelijke richtlijnen aan aanbestedende diensten heeft gegeven hoe om te gaan met ontwikkelingsopdrachten onder de vigeur van het Europees aanbestedingsrecht.
8. Zie Hof 's-Gravenhage 31 januari 2001, *NJ* 2001, 412 (*Mortierepolder*) en HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98, *Scala*.
9. Zie onder andere: J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: meer recente ontwikkelingen,' *NTER* 2007, p. 202; R.D. Luteijn, 'Roanne: één jaar later,' *Vastgoedrecht* 2008-1, p. 1 e.v.



(waarin een fasering van het te ontwikkelen gebied kan worden voorgeschreven, alsmede een verdeling in sociale koop- en huurwoningen en vrije sector). Gemeentes beschikken, kortom, over een breed scala aan ordeningsinstrumenten. Dergelijke ruimtelijke ordening (waarmee onmiskenbaar een publiek belang is gediend) is door het Hof overtuigend buiten de werking van het Europese aanbestedingsrecht geplaatst.

Uitgangspunt in de Reiswijzer is overigens dat eisen die via het publiekrechtelijk kader kunnen worden gesteld ook door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst mogen worden opgelegd. Daarbij is aangesloten bij de Nederlandse ‘twee-wegen-leer’ op grond waarvan een overheid bij het bestaan van een publiekrechtelijk instrument gebruik kan blijven maken van het privaatrecht, mits de publiekrechtelijke regeling niet exclusief is aangewezen of aanzienlijk meer rechtsbescherming biedt.<sup>10</sup> Nu het Hof van Justitie uitdrukkelijk heeft overwogen dat stedenbouwkundige regulering in de regel niet door middel van het ontvangen van contractuele prestaties geschiedt, is het de vraag of die opvatting stand zal houden. Daarbij kan van belang zijn dat het karakter van een privaatrechtelijke eis niet zonder meer hetzelfde is als bijvoorbeeld een bestemmingsplanregeling. Het bestemmingsplan geeft immers de maximale grenzen voor de ruimtelijke invulling van een gebied en die planologische ruimte hoeft niet verplicht benut te worden (anders dan bij een contractueel opgelegd programma van eisen). Bovendien staat het een partij altijd vrij een gemeente te verzoeken over te gaan tot wijziging van de vigerende bestemming (waarbij geen garantie bestaat dat een dergelijk verzoek wordt ingewilligd). Die ontwikkelvrijheid bestaat niet indien een ontwikkelaar wordt gebonden aan een specifiek (privaatrechtelijk) eisenpakket. In dat geval zal een gemeente (anders dan bij het stellen van planologische maxima) daadwerkelijk een beslissende invloed kunnen uitoefenen op het ontwerp van de te realiseren werken als bedoeld in r.o. 67 van het arrest en handelt de gemeente mogelijk niet louter kaderstellend. Wij houden het er daarom op dat gemeentes die een gebiedsontwikkeling niet willen aanbesteden zich bij voorkeur dienen terug te trekken op hun publieke domein en al hun ambities enkel door middel van publiekrechtelijke instrumenten dienen na te streven.

## Rechtstreeks economisch belang

Het Hof van Justitie heeft ook een bruikbare maatstaf gegeven voor een demarcatie tussen ‘publieke’ en ‘private’ delen binnen een gebiedsontwikkeling. Slechts die bouwwerken waarbij een aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang heeft, kunnen onder diens aanbestedingsplicht vallen. De onduidelijkheid die in het *Auroux*-arrest besloten lag, doordat de betreffende gebiedsontwikkeling integraal moest worden aanbesteed,

is nu door het Hof van Justitie weggenomen. Vastgoed met een private bestemming waar de aanbestedende dienst geen rechtstreeks economisch belang bij heeft en dat derhalve voor rekening en risico van marktpartijen wordt gerealiseerd, hoeft niet Europees te worden aanbesteed.

Overigens is de scheidslijn tussen een rechtstreeks en een indirect economisch belang nog steeds niet volstrekt helder; in beginsel heeft iedere gemeente in Nederland immers een rechtstreeks economisch belang bij de realisatie van vastgoed voor de private markt, reeds doordat gemeentes op grond van de Wet waardering onroerende zaken per onroerende zaak belasting kunnen heffen, deels afhankelijk van het gebruik van die zaak. Niettemin lijkt ons een dergelijk economisch belang onvoldoende oorzaaklijk verband te houden met de *realisatie* van werken, terwijl het aanbestedingsrecht juist bij uitstek ziet op de vraag of die realisatie al dan niet in competitie moet worden gegund. Zo’n belastingheffing is enkel een gevolg van de realisatie van een bouwwerk, terwijl die realisatie op haar beurt niet voortvloeit uit de wens belasting te kunnen heffen (laat staan dat zij voortvloeit uit de wens die belasting te betalen).

## Opdracht: afdwingbare prestatie

Een andere belangrijke verduidelijking is dat een overheidsopdracht veronderstelt dat ook daadwerkelijk *opdracht* wordt verleend; met andere woorden dat de aanbestedende dienst verzekerd is van de realisatie van een werk en dat zo nodig in rechte kan afdwingen. Bij gebreke van een bouwplicht is dus geen sprake van een aanbestedingsplicht. Overigens houdt het Hof van Justitie wel een slag om de arm door te overwegen dat ook indirecte bouwplicht in dit kader volstaat. Mogelijk doelt het Hof van Justitie met een indirecte bouwplicht op de situatie die zich voordeed in het *Auroux*-arrest, waarbij de contractant van de gemeente Roanne zelf geen enkel werk uitvoerde, maar die uitvoering op haar beurt door middel van Europese aanbestedingen volledig uitbesteedde aan derden. Een dergelijke (indirecte) wijze van uitvoering stond niet in de weg aan kwalificatie van de relatie tussen de gemeente Roanne en haar contractant als overheidsopdracht.

Op grond van het *Müller*-arrest is goed verdedigbaar dat bij gebreke van een bouwplicht niet is voldaan aan een van de cumulatieve vereisten voor kwalificatie als overheidsopdracht (namelijk het bestaan van een afdwingbare overeenkomst), ook indien wel aan de overige criteria is voldaan. Niet goed valt immers in te zien waarom bij het niet voldoen aan een van de overige criteria steeds buiten kijf is dat een aanbestedingsplicht ontbreekt – opdracht-neming om niet hoeft niet te worden aanbesteed; opdrachten die door opdrachtgevers worden verstrekt die geen aanbestedende dienst zijn evenmin – en zulks bij het vereiste van het bestaan van een afdwingbare overeenkomst anders zou zijn. Dat zou betekenen dat een aanbestedende dienst vergaande eisen zou kunnen stellen aan eventueel te realiseren vastgoed en daar ook een rechtstreeks eco-

10. Hierbij wordt overigens aangetekend dat er in de Reiswijzer aan is voorbijgegaan dat bij de uitleg van het communautaire recht geen belang wordt toegekend aan nationaalrechtelijke opvattingen; zie bijv. zaak C-220/05, *Auroux/Roanne*, r.o. 40.

nomisch belang bij kan hebben, mits die realisatie maar niet kan worden afgedwongen. In die zin dringt zich een parallel met subsidieverlening op; ook daarbij worden door een overheid financiële middelen ter beschikking gesteld voor de uitvoering van specifieke activiteiten, maar is het uiteindelijk aan de subsidieontvanger te beslissen die activiteiten al dan niet uit te voeren. Mocht de gesubsidieerde activiteit niet worden verricht, dan kan een subsidieverstrekker dat niet alsnog afdwingen, maar slechts de subsidie op nihil vaststellen en terugvorderen. De overwegingen van het Hof van Justitie betreffende de noodzaak van een (indirecte) bouwplicht staan ons inziens niet in de weg aan het bedingen van een recht op teruglevering van uit te geven gronden, indien die gronden niet binnen een bepaalde periode op enigerlei wijze (met inachtneming van het vigerende of toekomstige planologisch kader) worden bebouwd. Eerder honoreerde de Commissie een dergelijke regeling (die in de plaats trad van een oorspronkelijke bouwplicht) al door een inbreukprocedure tegen Duitsland wegens vermeende schending van het Europese aanbestedingsrecht bij gronduitgifte door de stad Flensburg te staken.<sup>11</sup> Een dergelijk beding kan worden beschouwd als de privaatrechtelijke pendant van de publiekrechtelijke onteigeningstitel ter realisatie van een nieuwe bestemming op grond van de Onteigeningswet, waarbij op grond van de zogeheten tweewegenleer mogelijk wel zal moeten worden voorzien in afdoende rechtsbescherming voor de koper van de uit te geven gronden indien die ‘onteigeningstitel’ privaatrechtelijk wordt bedongen.

278

## Concessie voor een werk

Tot slot kunnen alle ontwikkelaars die in het verleden grondposities hebben ingenomen en daarbij hebben geanticipeerd op toekomstige ontwikkelmogelijkheden opgelucht adem halen. Die grondposities kwamen onder vuur toen het Hof van Justitie in zijn *Scala*-arrest overwoog dat het bestaan van een grondpositie niet aan de nuttige werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in de weg mag staan.<sup>12</sup> Het Hof van Justitie overweegt thans dat bij bestaande grondeigendom geen sprake kan zijn van concessieverlening, aangezien het recht die gronden te ontwikkelen en daarop te realiseren werken te exploiteren inherent is aan het eigendomsrecht en derhalve niet afzonderlijk door een aanbestedende dienst kan worden overgedragen. Een eventuele onzekerheid met betrekking tot het verkrijgen van planologische medewerking levert evenmin het voor concessies noodzakelijke ‘risico-element’,<sup>13</sup> aangezien dat risico niet (direct) samenhangt met de exploitatie. Voordat het werk als werkenconcessie in exploitatie kan worden genomen, zal het eerst gerealiseerd moeten worden, hetgeen veronderstelt dat een bouwvergunning is verkregen en eventuele planologische risico’s dus reeds zijn uitgewerkt.

Hoewel de overwegingen van het Hof van Justitie ter zake tekstueel zijn beperkt tot reeds bestaande grondeigendom, was in de door het Hof beoordeelde zaak nog een grondtransactie nodig en heeft het Hof uitdrukkelijk aangegeven dat een voorafgaande grondtransactie zonder contractuele verankering van eventuele bouwvoornemens onvoldoende verband houdt met nadien gegunde overheidsopdrachten. Dat betekent ons inziens dat een gemeente ook tot zuivere gronduitgifte (zonder bouwverplichtingen) mag overgaan, waarna de mogelijkheid van een concessieverlening voor de ontwikkeling van vastgoed met een private bestemming is uitgesloten. Dat laat uiteraard de aanbestedingsplicht voor de publieke delen van een gebiedsontwikkeling onverlet, met dien verstande dat die aanbestedingsplicht naar verwachting (en mits gewenst) zal kunnen worden doorgelegd naar de (nieuwe) grondeigenaar.<sup>14</sup>

## Conclusie

Het arrest geeft de ontwikkelingspraktijk beduidend meer ruimte en zekerheid dan menigeen de laatste jaren nog voor mogelijk hield. Tegelijkertijd dwingt het publieke en private partijen tot een duidelijker (en zuiverder) rolverdeling, indien een aanbesteding achterwege blijft. Buiten twijfel is thans echter dat samenwerkingsvormen voor gebiedsontwikkeling zonder noodzaak van integrale aanbesteding van zowel publieke als private delen nog steeds mogelijk zijn.

11. Persbericht Commissie van 5 juni 2008, IP/08/867.

12. HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98, *Scala*, r.o. 97.

13. HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-300/07, *Oymanns*, r.o. 71.

14. Zaak C-399/98 en HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03, *Commissie/Frankrijk*, r.o. 57.