

---

---

ENKELE EUROPEESRECHTELIJKE ASPECTEN VAN

“CORPORATE REAL ESTATE MANAGEMENT”

DOOR OVERHEDEN

*een onderzoek naar de toepasselijke kaders vanuit het Bao, het EG-verdrag en de jurisprudentie bij de verstrekking door een aanbestedende dienst aan een derde van de opdracht tot de ontwikkeling, realisering en exploitatie van voorzieningen van algemeen belang*

door mr W.J.H. Koster  
advocaat te Rotterdam

---

---

*Afstudeerwerkstuk in het kader van de opleiding Master of Real Estate 2004-2006 aan de Amsterdam School of Real Estate./ Universiteit van Amsterdam*

*Rotterdam, 1 augustus 2007*

Scriptiebegeleiders: drs. R.E.F.A Crassee (ASRE-begeleider)  
mr drs. M. Straatman (interne begeleider)

## INHOUD

Inhoudsopgave		2
Samenvatting		4
Lijst van afkortingen		5
HOOFDSTUK 1:	ONDERZOEKSOPZET	
1.1	aanleiding tot het onderzoek	6
1.2	vraagstelling	8
HOOFDSTUK 2:	EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT	
2.1	inleiding	10
2.1.1	wat is aanbesteding?	10
2.1.2	inhoud en bronnen van de aanbestedingsrichtlijnen	10
2.1.3	doel van de aanbestedingsrichtlijnen	11
2.1.4	tot wie richten de aanbestedingsrichtlijnen zich en en wanneer moet worden aanbesteed?	12
2.1.5	beoordelingscriteria	
2.1.6	waarom zou een aanbestedende dienst wel of niet willen aanbesteden?	13
2.1.7	functionele uitleg	13
2.2	EG-verdrag	14
2.2.1	beginselen van het EG-verdrag	14
2.2.2	basisnorm: de verplichting tot transparantie	14
2.2.3	relevantie voor de interne markt	15
2.2.4	interpretatieve mededeling: de betekenis van “passende mate van openbaarheid”	17
2.2.5	Finse keukenzaak: de Advocaat-Generaal over “passende mate van openbaarheid”	18
2.2.6	conclusies ten aanzien van het EG-verdrag	20
2.3	Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten	20
2.3.1	inleiding	20
2.3.2	aanbestedende dienst	22
2.3.3	overheidsopdracht	22
2.3.4	concessieovereenkomst voor openbare werken	24
2.4	afsluiting	26
HOOFDSTUK 3:	HET AUROUX-ARREST EN DE VATHORST-ZAAK	
3.1	inleiding	27
3.2	het <i>Auroux</i> -arrest	27
3.2.1	een inleiding op het arrest	27
3.2.2	het perscommuniqué	28
3.3	een analyse van het <i>Auroux</i> -arrest	29
3.3.1	bezwarende titel	30
3.3.2	eisen van de aanbestedende dienst	31
3.3.3	verkrijging door de aanbestedende dienst	32

3.3.4	waarde van de opdracht	32
3.3.5	doorlegging van de aanbestedingsplicht	33
3.4	de <i>Vathorst</i> -zaak	35
3.5	conclusies bij het <i>Auroux</i> -arrest en de <i>Vathorst</i> -zaak	37
HOOFDSTUK 4:	EUROPEESRECHTELIJKE COMPLICATIES BIJ DE REALISERING EN EXPLOITATIE VAN VOORZIENINGEN VAN ALGEMEEN BELANG	
4.1	inleiding	38
4.2	de casus	38
4.3	het Bao	39
4.3.1	vijf relevante vragen:	
	1. overeenkomst m.b.t. de uitvoering van een werk?	39
	2. een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst?	40
	3. wordt de drempelwaarde overschreden?	41
	4. is sprake van een bezwarende titel?	42
	5. is sprake van een concessieovereenkomst of een overheidsopdracht?	43
4.3.2	conclusies met betrekking tot het Bao	44
4.4	het EG-verdrag	45
4.4.1	context	45
4.4.2	conclusies	46
HOOFDSTUK 5:	CONCLUSIES EN ADVIES	47

## SAMENVATTING

In deze masterproof wordt onderzoek verricht naar de toepasselijkheid van Europese wet- en regelgeving, indien een overheid een overeenkomst wenst te sluiten met een derde, waaraan naar aanleiding van de uitkomst van de kerntakendiscussie de ontwikkeling, realisering en exploitatie van een voorziening van algemeen belang wordt opgedragen.

In deze masterproof wordt betoogd, dat het onder omstandigheden aannemelijk is dat de door een aanbestedende dienst beoogde gronduitgifte aan een derde, die ter plaatse van die grond een voorziening van algemeen belang dient te realiseren en te exploiteren, aanbestedingsplichtig is ingevolge het Bao. Voorts wordt betoogd, dat niet kan worden uitgesloten dat een publicatieplicht ingevolge het EG-verdrag bestaat.

Daarnaast wordt in deze masterproof een aantal oplossingsrichtingen aangedragen, bijvoorbeeld door het achterwege laten van eisen van de aanbestedende dienst ten aanzien van de verschijningsvorm van het bouwwerk, het achterwege laten van het opleggen van een bouwplicht, en het benutten van de voordelen, indien de overeenkomst zou kwalificeren als een *concessieovereenkomst voor openbare werken* in plaats van een *overheidsopdracht*.

## LIJST VAN AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-Generaal
AA	Ars Aequi
AB	Administratieve Beslissingen
Algemene Richtlijn	Richtlijn nr. 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, levering en diensten, PbEU 2004, L 134/114
Art.	artikel
Artt.	artikelen
Bao	Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten
BR	Bouwrecht, maandblad voor literatuur en rechtspraak op het gebied van het bouwrecht, verschijnt onder auspiciën van de Stichting Instituut voor Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
Commissie	Commissie van de Europese Gemeenschappen
CREM	Corporate Real Estate Management
EG-verdrag	het verdrag van de Europese Gemeenschap(en)
e.v.	en verder
GPA	Agreement on Government Procurement
Hof	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
KG	Kort Geding
Neprom	Nederlandse Vereniging van Projectontwikkelingsmaatschappijen
p.	pagina
par.	paragraaf
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PREM	Public Real Estate Management
Raad	Raad van Ministers
Rb	rechtbank
Rgd	Rijksgebouwendienst
r.o.	rechtsoverweging
TA	Tijdschrift Aanbestedingsrecht
VGR	Tijdschrift voor Vastgoedrecht
Vzngr.	Voorzieningenrechter
WRO	Wet op de ruimtelijke ordening

# 1. Onderzoeksopzet

## 1.1 Aanleiding tot het onderzoek

In het vierde semester van de MRE-opleiding (2004-2006) aan de Amsterdam School of Real Estate is het vak *Corporate Real Estate Management* aan de orde gekomen. Het begrip Corporate Real Estate verwijst naar onroerende zaken – de gronden, alsmede de gebouwen en werken, die daarmee duurzaam verbonden zijn<sup>1</sup> – die door een onderneming zijn of worden aangewend voor de huisvesting van haar bedrijfsactiviteiten. Te denken valt aan een perceel en de daarop gevestigde fabriek, die eigendom zijn van de onderneming en door de onderneming worden aangewend ten behoeve van haar ondernemingsactiviteiten. Het ‘management’ van deze onroerende zaken, waaronder kan worden verstaan het aan- en verkopen, het bewerken en bebouwen, het (ver)huren, het plannen, het beheren en exploiteren daarvan, wordt aangeduid als Corporate Real Estate Management (“CREM”).<sup>2</sup>

Door middel van de toepassing van CREM wordt beoogd een zodanige afstemming tussen bedrijfsstrategie en vastgoedstrategie tot stand te brengen, dat het vastgoed zo goed mogelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van de ondernemingsdoelstellingen. De strategie van het CREM zou derhalve afgestemd moeten worden op de strategie van de onderneming als geheel.<sup>3</sup>

Het belang van vastgoed en een vastgoedstrategie wordt al geruime tijd onderkend door private ondernemingen, alleen al vanwege het feit dat doorgaans een aanzienlijk gedeelte van het totale vermogen van een onderneming is geïnvesteerd in vastgoed, namelijk zo’n 25% tot 40% van alle activa.<sup>4</sup> Een dergelijk beslag op het ondernemingsvermogen maakt het wenselijk – sterker nog: noodzakelijk – dat de onderneming een strategie ontwikkelt over de wijze waarop het vastgoed als strategisch bedrijfsmiddel wordt ingezet ter verwezenlijking van haar doelstellingen.

Niet slechts bij private ondernemingen, maar ook bij de overheid wordt het belang van vastgoed en een vastgoedstrategie onderkend – CREM wordt bij de overheid wel eens aangeduid als *PREM*: public real estate management – al was het maar vanwege de enorme omvang van haar vastgoedportefeuille.<sup>5</sup> Ook de overheid wenst in beginsel haar vastgoed op een zodanige wijze aan te wenden, dat haar doelstellingen zo goed mogelijk kunnen worden verwezenlijkt.

---

<sup>1</sup> Zie artikel 5:20 BW.

<sup>2</sup> Vergelijk: R.E.F.A. Crassee in de syllabus “*De gebruiker centraal: CREM (...)*”, ASRE MRE opleiding (2004-2006), p. 1.

<sup>3</sup> De afstemming van de vastgoedstrategie van de onderneming op de doelstellingen van de onderneming als geheel wordt wel aangeduid als “strategic alignment”. Zie: R.T. Osgood Jr. “*Translating organisational strategy into real estate action: The strategy alignment model*” in *Journal of Corporate Real Estate*, Volume 6 Number 6 (april 2004), p. 106 e.v.

<sup>4</sup> Aldus: D. Brounen en P.M.A. Eichholtz “*Corporate Real Estate Ownership Implications: International Performance Evidence*” Life Working Paper 03-017, Limburg Institute of Financial Economics (2003), p. 2. Zij schatten voor Nederland de boekwaarde in 1995 van het CRE in op ongeveer 220 miljard euro. De marktwaarde schatten zij zelfs in op 330 miljard euro.

Zie ook: T.R. Nelson, T. Potter, H.H. Wilde “*Real Estate Assets on corporate balance sheets*”, *Journal of Corporate Real Estate*, dec. 1999. Zij menen dat vastgoed over de jaren 1990-1993 ongeveer 19% uitmaakt van de totale activa van een onderneming (en 40% na een correctie voor inflatie).

<sup>5</sup> Bijvoorbeeld: de Rijksgebouwendienst (Rgd). Zij is zonder twijfel de grootste huisvester van ons land. Voor de huisvesting van de rijksdiensten wordt door de Rgd ruim 7.000.000 m<sup>2</sup> bruto vloeroppervlak aangewend, zijnde ongeveer 1.700 gebouwen, waarvan zo’n 70% in eigendom is. Zie jaarverslag Rijksgebouwendienst over 2004, aangehaald door R.E.F.A. Crassee in de syllabus “*De gebruiker centraal: CREM (...)*”, ASRE MRE opleiding (2004-2006) noot 273.

In dat kader speelt bij de overheid onder andere de zogenoemde *kerntaken-discussie*.<sup>6</sup> Daarmee wordt bedoeld dat de overheid er toe overgaat om bepaalde taken niet uit te voeren (c.q. niet meer uit te voeren), welke taken zij voorheen nog wél op zich zou hebben genomen. Aldus kan de overheid zich toeleggen op de door haar gekozen “kerntaken”.<sup>7</sup> Bijvoorbeeld: de gemeente wenst, dat haar burgers gebruik kunnen maken van een zwembad, maar zij rekent het niet tot haar “kerntaak” om een zwembad te realiseren en te exploiteren, zodat de gemeente daarvoor een derde zoekt.

Dergelijke voorbeelden zijn legio. In plaats van een zwembad kan men ook denken aan een parkeervoorziening, een tunnel, een sporthal, een museum, of zelfs een begraafplaats. In de kern gaat het om *voorzieningen van algemeen economisch belang*, die de overheid niet (langer) tot haar “kerntaak” rekent, zodat zij daarvoor een derde zoekt, die de realisering en exploitatie daarvan op zich neemt.<sup>8</sup>

Bij het zoeken naar een partij, waaraan de overheid een dergelijke taak kan overdragen, dient men zich bewust te zijn van een *essentieel* onderscheid tussen een overheid en een private partij –en daarmee een essentieel onderscheid tussen PREM en CREM -.

Een private partij kan in beginsel naar eigen goeddunken c.q. naar willekeur een partij selecteren, waarmee zij in onderhandeling treedt en een overeenkomst sluit, in het kader waarvan aan de desbetreffende partij het (bestaand dan wel nog te realiseren) vastgoed wordt overgedragen, alsmede de rechten om dat vastgoed te exploiteren.<sup>9</sup> Daarentegen staat het een overheid in beginsel niet vrij om naar willekeur een partij te selecteren, waarmee zij de onderhandelingen voert teneinde uiteindelijk een dergelijke overeenkomst aan te gaan. De contractsvrijheid van een overheid wordt wat dat betreft *beperkt* door (onder andere) de Europeesrechtelijke regels, die volgen uit het aanbestedingsrecht en uit het EG-verdrag.<sup>10</sup> Die regels stellen, dat –alvorens de overheid een overeenkomst met een derde aangaat met betrekking tot de realisatie en exploitatie van het vastgoed– door de overheid moet worden vastgesteld of het recht om zo’n overeenkomst aan te gaan moet worden vergeven door middel van een Europese aanbestedingsprocedure.

---

<sup>6</sup> Zie de syllabus “*De gebruiker centraal: CREM (...)*”, MRE opleiding (2004-2006) ASRE, p. 96, alsook I. Janszen en A. de Wolf *Bedrijfshuisvesting in de veranderende organisatie: bedrijfsleven, rijksoverheid* Amsterdam School of Real Estate, 1994, p. 16.

<sup>7</sup> De keuze van de taken, die de overheid tot haar kerntaken rekent en welke taken zij niet daartoe rekent, is uiteraard een politieke keuze, die buiten de beschouwing van deze masterproof valt.

<sup>8</sup> In deze masterproof ligt de nadruk op de fase van (1) de *realisatie* van het vastgoed, zoals een zwembad of een sporthal, en (2) de *exploitatie* van dat vastgoed. Natuurlijk is het mogelijk, dat in het kader van de afstoting van taken *bestaand* vastgoed (zoals een bestaand zwembad of een bestaande sporthal) wordt overgedragen met de verplichting om dat vastgoed te exploiteren. Echter, anders dan *nog te realiseren* vastgoed valt de overdracht van *bestaand* vastgoed (dat niet is gebouwd overeenkomstig de eisen van een aanbestedende dienst) in beginsel buiten het bereik van het aanbestedingsrecht, zodat in dat geval uitsluitend de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de exploitatie zouden behoeven te worden onderzocht. Overigens kwam recentelijk een dergelijke overdracht van *bestaand* vastgoed van de gemeentelijke diensten naar een separate vehikel in het nieuws (zie: PropertyNL Nieuwsbr.1517, 10 mei 2007): “*Het gemeentelijk vastgoed van de verschillende Rotterdamse gemeentelijke diensten en deelgemeenten gaat geclusterd in drie fases over naar de nieuwe vastgoedorganisatie. Deze maand wordt de vastgoedportefeuille van de dienst Sport & Recreatie als eerste aan een detailanalyse onderworpen. Als alles volgens plan verloopt wordt deze portefeuille eind 2007 overgedragen. De realisatie van de gemeentelijke centrale vastgoedorganisatie, die onderdeel wordt van het Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam, zal naar verwachting zo’n 2,5 jaar in beslag nemen. In totaal gaat het om de overdracht van bijna 4000 projecten met een WOZ-waarde van € 2,2 mrd.*”

<sup>9</sup> Heeft een private partij eenmaal zijn onderhandelingspartner geselecteerd, dan zijn wél de beginselen van précontractuele goede trouw van toepassing. Uit die beginselen kan volgen, dat –hoewel de aanbestedingsregels zich richten tot aanbestedende diensten (en niet tot private partijen)– de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, zoals het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, óók van toepassing zijn op een private rechtsverhouding. Zie arrest van de Hoge Raad van 4 april 2006 BR 2003, p. 824 inzake *RGZ / Comformed*.

<sup>10</sup> Uiteraard spelen daarnaast nationaalrechtelijke ‘bepalingen’ voor het handelen van de overheid, zoals de toepasselijkheid algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de beperkingen uit hoofde van de Algemene wet bestuursrecht, beperkingen uit hoofde van het vennootschapsrecht, fiscale complicaties enz.. Een en ander valt echter buiten de beschouwing van deze *masterproof*.

Aldus zorgt de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht en de regels uit het EG-verdrag er voor, dat de uitvoering van CREM door een overheid –vanuit juridische optiek– aanzienlijk gecompliceerder is, dan de toepassing van CREM door een private partij. Indien een overheid geen oog heeft voor die bijzondere Europeesrechtelijke regels, dan kan dat tot gevolg hebben, dat zij het door haar beoogde beleid met betrekking tot CREM niet kan c.q. niet *mag* uitvoeren.

De belangen voor een overheid zijn daarbij groot. Immers, het niet in acht nemen van de Europese regelgeving kan er toe leiden, dat door een rechter wordt geoordeeld, dat een overheid het contract, dat zij zonder voorafgaande aanbesteding in het kader van CREM had gesloten met een derde, is ontbonden, en dat het desbetreffende contract alsnog door middel van een openbare aanbesteding moet worden vergeven.<sup>11</sup> Als gevolg van de ontbinding van het onderhands gesloten contract is de overheid jegens de desbetreffende derde op grond van de wet in beginsel *schadeplichtig*.<sup>12</sup> Voorts kunnen door de Europese Commissie zeer aanzienlijke boetes worden opgelegd, vanwege het niet in acht nemen van de Europese regelgeving.

## 1.2 Vraagstelling

In deze masterproof wordt onderzoek verricht naar de vraag welke Europeesrechtelijke kaders er gelden, indien een overheid in het kader van haar CREM-beleid de realisering en exploitatie van bepaalde voorzieningen van algemeen economisch belang, die de overheid niet (langer) tot haar “kerntaak” rekent, wenst over te dragen aan een derde. Teneinde de leesbaarheid van deze masterproof te vergroten en de problematiek voor de lezer concreter te maken, beschrijf ik in hoofdstuk 4 een casus, waarop de in de voorafgaande hoofdstukken beschreven kaders worden toegepast.

De opbouw van mijn masterproof is als volgt.

Het eerste hoofdstuk is gereserveerd voor deze aanleiding tot het onderzoek en de vraagstelling.

Het tweede hoofdstuk behandelt de huidige Europeesrechtelijke kaders, die van belang zijn bij de toepassing van CREM bij overheden. Het gaat daarbij met name om de kaders, die volgen uit:

- 1) het EG-verdrag; en
- 2) de aanbestedingsrichtlijnen en met name het zogenoemde Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao).

In hoofdstuk drie maak ik een analyse van een belangwekkende arrest, dat onlangs door het Hof gewezen.<sup>13</sup> Dat arrest betreft een zaak, die door de heer Auroux, lid van de gemeenteraad van de Franse stad Roanne, en acht andere verzoekers is aangespannen tegen de gemeente Roanne. Daarbij speelt op de achtergrond de zaak Vathorst, welke zaak

---

<sup>11</sup> Zolang de overeenkomst niet in strijd is met het primaire EG-recht, zoals het staatssteunrecht, is de overeenkomst niet nietig. Aangezien het aanbestedingsrecht niet behoort tot het primaire gemeenschapsrecht, zijn overeenkomsten, die in strijd zijn met het aanbestedingsrecht zijn in beginsel geldig en *niet* nietig (verg.: A.C.M. Fisher-Braams *Van Roanne naar Rotterdam: tijgeren door een juridisch mijnenveld of een fluwelen revolutie?* In: TA, april 2007, p. 124). Wél kan de vordering tot ontbinding van de overeenkomst wegens strijd met het aanbestedingsrecht in rechte worden toegewezen, en/of een vordering tot (her)aanbesteding van de in het kader van de desbetreffende overeenkomst gegunde opdracht.

<sup>12</sup> Zie art. 6:270 BW. De door de overheid te vergoeden schade kan onder andere bestaan uit gederfde winsten. Overigens kan het al dan niet in acht nemen van aanbestedingsregels ook politieke gevolgen hebben voor het (zittende) bestuur. E.e.a. valt echter buiten het bereik van deze masterproof.

<sup>13</sup> Het Hof heeft slechts twee maal een arrest gewezen inzake aanbestedingsplicht en projectontwikkeling.



in Nederland veel stof heeft doen opwaaien. In die zaak heeft de Europese Commissie de Staat der Nederlanden *in gebreke gesteld* naar aanleiding van de ontwikkeling en realisering van woningen c.a. op de locatie Vathorst te Amersfoort.

Kennis van het *Auroux*-arrest en de zaak-*Vathorst* zijn essentieel voor goed begrip van deze masterproof.

In hoofdstuk vier wordt de in de voorafgaande hoofdstukken opgedane kennis toegepast op een gefingeerde casus. De casus vangt aan met een korte beschrijving. Ik heb gekozen voor de uitgifte van bouwgrond door een gemeente aan een derde ten behoeve van de realisering en exploitatie van een zwembad. Ik merk daarbij op, dat het voor wat betreft de juridische problematiek onverschillig is, of sprake is van de realisering en exploitatie van een zwembad, dan wel een parkeervoorziening, een sportvoorziening, een museum of zelfs een begraafplaats. Het gaat er om, dat het een voorziening van algemeen economisch belang betreft.

Het vierde hoofdstuk vervolgt met een juridisch onderzoek naar de toepasselijkheid van:

- de in hoofdstuk twee beschreven kaders, te weten het EG-verdrag en het Bao; en
- het *Auroux*-arrest (en overige jurisprudentie) en de zaak-*Vathorst*;

indien een overheid wenst, dat een marktpartij overgaat tot de realisering en exploitatie van een voorziening van algemeen belang, zoals een zwembad.

In hoofdstuk vijf formuleer ik de conclusies en aanbevelingen geformuleerd naar aanleiding van mijn onderzoek.

De tekst van dit afstudeerwerkstuk werd op 1 augustus 2007 afgesloten. Nadien verschenen wet- en regelgeving en jurisprudentie zijn niet meer verwerkt.

W.J.H. Koster

--- --- /// --- ---

## 2. Europees aanbestedingsrecht

### 2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk behandelt de Europeesrechtelijke kaders, die van belang zijn bij de toepassing van CREM door een overheid. Dat zijn met name (1) het EG-verdrag en (2) het Besluit aanbestedingsregels voor overheden (Bao).

Echter, voordat ik het EG-verdrag en het Bao bespreek, komen in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk enkele inleidende vragen aan de orde, zoals de vraag wat een “aanbesteding” eigenlijk is. Voorts ga ik na wat de inhoud en de doelstellingen zijn van de aanbestedingsrichtlijnen, en welke partijen die richtlijnen dienen toe te passen. Tevens ga ik in op de vraag onder welke omstandigheden moet worden aanbesteed –daarbij kan ik slechts een *voorlopig* antwoord geven, zoals uit het vervolg van deze masterproof blijkt– en hoe de inschrijvingen, die in het kader van een aanbesteding door de aanbestedende dienst zijn ontvangen, moeten worden beoordeeld. Tenslotte ga ik na wat de redenen kunnen zijn voor een aanbestedende dienst om een opdracht wel of juist niet te willen aanbesteden.

Na deze inleiding op het Europees aanbestedingsrecht komen in de tweede en derde paragraaf van dit hoofdstuk het EG-verdrag en het Bao aan de orde.

#### 2.1.1: wat is een aanbesteding?

Allereerst is het van belang om vast te stellen wat onder een “aanbesteding” moet worden verstaan. Een aanbesteding kan worden omschreven als “*de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbesteder aan twee of meer ondernemers om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen [de uitvoering van een werk] of het verrichten van diensten.*”<sup>14</sup>

In “gewone spreektaal”: Men spreekt van een aanbesteding, indien een opdrachtgever meerdere potentiële opdrachtnemers laat meedingen naar het verkrijgen van een opdracht.

#### 2.1.2: de inhoud en bronnen van de aanbestedingsrichtlijnen

Indien in één enkele zin zou moeten worden omschreven wat de inhoud is van de aanbestedingsrichtlijnen, dan zou deze kunnen luiden: “*de regelgeving inzake het selecteren door een opdrachtgever van een opdrachtnemer door middel van een vastgelegde procedure en met behulp van kenbare, niet-discriminatoire en proportionele criteria.*”<sup>15</sup>

De aanbestedingsrichtlijnen leggen aldus vast hoe men er zeker van kan zijn, dat alle potentiële inschrijvers gelijke kansen hebben op het verkrijgen van een bepaalde opdracht, die voor hen van belang is.

In het aanbestedingsrecht vervullen de aanbestedingsrichtlijnen een centrale rol. De richtlijnen hebben een *directe* doorwerking in de Nederlandse rechtsorde.<sup>16</sup> De directe werking houdt in, dat private partijen de publieke opdrachtgever *rechtstreeks* (c.q. direct) kunnen aanspreken op de correcte naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, alsof het een ‘normale’ Nederlandse wet is. De richtlijnen zijn een uitwerking van de evenzeer een directe werking hebbende bepalingen uit het EG-verdrag ten aanzien van het vrij verkeer binnen de Gemeenschappelijke Markt van goederen, personen en diensten.

<sup>14</sup> Zie: artikel 1 sub b van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.

<sup>15</sup> Verg.: H.C. Lejeune en W.J.H. Koster “*Een school of universiteit als PPS? Nieuwe ontwikkelingen inzake PPS, onderwijs en aanbesteding*” in B.O.S.S. Magazine, november 2002, p. 19.

<sup>16</sup> Een richtlijn wordt in art. 189 van het EG-verdrag omschreven als “*verbindend ten aanzien van het resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.*”

Dat betekent, dat hetgeen “*in Europa*” wordt vastgelegd over de inhoud van de aanbestedingsrichtlijnen en de wijze waarop een aanbesteding dient plaats te vinden, bepalend is voor de wijze waarop “*in Nederland*” een opdrachtgever een opdracht dient aan te besteden. Een Nederlandse opdrachtnemer kan met de Europese regels in de hand een Nederlandse opdrachtgever er op aanspreken, dat hij de aanbesteding niet juist heeft uitgevoerd.

De bronnen van het aanbestedingsrecht zijn (in volgorde van belangrijkheid):

- de internationale verdragen, waarvan de GPA<sup>17</sup> de belangrijkste is,
- het recht van de Europese Gemeenschap (het EG-verdrag, de richtlijnen en de niet bindende handelingen van instellingen),
- de Nederlandse wetgeving,
- de Uniforme Aanbestedingsreglementen<sup>18</sup> en
- de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

In het kader van het onderwerp van deze masterproof zijn het EG-verdrag en de richtlijnen het meest relevant. Zij komen in deze masterproof aan bod. De overige bronnen laat ik onbesproken.

### 2.1.3: doel van de aanbestedingsrichtlijnen

De eerste Europese aanbestedingsrichtlijnen dateren van begin jaren '70 van de vorige eeuw. Het doel van de EG-wetgever met de totstandkoming van de richtlijnen was (en is) om te waarborgen, dat gedurende de zogenoemde pré-contractuele fase –dat wil zeggen: de fase van selectie en onderhandeling, die vooraf gaat aan het sluiten van een overeenkomst tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer– de opdrachtgever niet discrimineert tussen de verschillende potentiële opdrachtnemers (c.q. niet discrimineert tussen de verschillende inschrijvers). Dat verbod op discriminatie is het leidende beginsel van het aanbestedingsrecht.<sup>19</sup> Discriminatie is uit den boze, omdat slechts bij afwezigheid van discriminatie een vrije en eerlijke mededinging kan bestaan tussen de verschillende ondernemingen in de Europese gemeenschappelijke markt.

De richtlijnen dienen derhalve primair om binnen de Europese Unie vrije en eerlijke concurrentie te bevorderen en daarmee de totstandkoming te bevorderen van een goed functionerende en transparante interne Europese markt. Maar de doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijnen gaan verder. De toepassing van de aanbestedingsregels zou voorts moeten leiden tot een professioneler inkoopproces. De aanbestedingsregels zouden de integriteit van het bestuur moeten ondersteunen en tevens moeten leiden tot het verkrijgen van het beste product tegen de scherpste prijs. Met andere woorden: “*the best value for the taxpayers money*”. Aangezien de overheidsopdrachten zo'n 16% uitmaken van het bruto binnenlands product van de Europese Unie, is met het vergeven van overheidsopdrachten een aanzienlijk financieel belang gemoeid.<sup>20</sup> De aanbestedingsrichtlijnen zijn (derhalve) tevens uitdrukkelijk bedoeld om fraude en corruptie met overheids gelden te bestrijden.

<sup>17</sup> Het GPA is op 15 april 1994 in het kader van de Uruguay Round van de GATT (General Agreement on Trade and Tariffs, thans: World Trade Organization) ondertekend en door de aanvaarding van de resultaten van de Uruguay Round voor Nederland verbindend is geworden. Zie: Besluit 94/800/EG van de Raad van 22 december 1994.

<sup>18</sup> Bijvoorbeeld het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005), welk reglement in feite een uitwerking is van het hierna nog te bespreken Bao.

<sup>19</sup> Overigens staat het verbod op discriminatie niet alleen in Europa, maar ook in Nederland hoog in het vaandel. Niet voor niets begint onze grondwet met “*Allen, die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.*” (artikel 1).

<sup>20</sup> Zie: [www.europadecentraal.nl/wet- en regelgeving](http://www.europadecentraal.nl/wet- en regelgeving).

#### 2.1.4: tot wie richten aanbestedingsrichtlijnen zich en wanneer moet worden aanbesteed?

De aanbestedingsrichtlijnen richten zich tot de zogenoemde aanbestedende diensten. Onder een aanbestedende dienst wordt verstaan: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen, die zijn gevormd door één of meer van deze lichamen of instellingen. De aanbestedingsrichtlijnen leggen aan een aanbestedende dienst onder bepaalde omstandigheden de verplichting op om, indien zij een overheidsopdracht wil laten uitvoeren, die overheidsopdracht op de Europese markt aan te besteden. Die verplichting geldt in beginsel, indien de waarde van die overheidsopdracht een bepaalde *drempelwaarde* overstijgt. Die drempelwaarde is afhankelijk van de aard van de overheidsopdracht. Bijvoorbeeld: bij een overheidsopdracht tot het realiseren van een *werk* ligt die drempelwaarde op 5.000.000 SDR<sup>21</sup>, zijnde op dit moment ruim 5,2 miljoen EURO. Bij een overheidsopdracht tot het uitvoeren van een *dienst* ligt die drempelwaarde op 200.000 SDR, zijnde op dit moment op EURO 211.000,--.<sup>22</sup> De drempelwaarden worden iedere twee jaar door de Commissie opnieuw vastgesteld aan de hand van de dagwaarde van de euro.<sup>23</sup>

Ik heb in de bovenstaande alinea uitdrukkelijk opgenomen, dat indien de drempelwaarde wordt overschreden, de opdracht *in beginsel* moet worden aanbesteed. Op dat beginsel zijn vele uitzonderingen mogelijk en er zijn vele kanttekeningen bij te maken. Zoals in het vervolg van deze masterproof zal blijken, valt de vraag of er al dan niet moet worden aanbesteed, daardoor soms buitengewoon lastig te beantwoorden. Sterker nog, in het aanbestedingsrecht heerst er op dit moment op bepaalde gebieden *rechtsonzekerheid* over de vraag of er al dan niet moet worden aanbesteed. Die rechtsonzekerheid vormt mede het onderwerp van deze masterproof.

#### 2.1.5 beoordelingscriteria

Door een opdracht Europees aan te besteden wordt beoogd er voor zorg te dragen, dat eenieder de gelegenheid krijgt om in te schrijven op een opdracht en een prijs te bieden, waarvoor zij de desbetreffende opdracht zou willen uitvoeren. De opdrachtgever moet bekend maken aan de hand van welke criteria de inschrijver en de aanbieder worden beoordeeld. Het gaat dus om zowel een beoordeling van (a) de *inschrijver* als om een beoordeling van (b) diens *aanbieder*.

Voor wat betreft de beoordeling van de *inschrijver* kan de opdrachtgever eisen stellen ten aanzien van diens technische en financiële capaciteiten.

Bij de beoordeling van de *aanbieder*, die de inschrijver heeft gedaan, hanteert de opdrachtgever ingevolge het aanbestedingsrecht twee hoofdcriteria, namelijk:

---

<sup>21</sup> Sinds 1975 worden internationale transacties uitgedrukt in Special Drawing Rights (oftewel: bijzondere trekkingsrechten), zijnde een internationaal aanvaard betaalmiddel. SDR's zijn vermogenstitels die zijn gebaseerd op de reserves en leenmogelijkheden van een staat bij het Internationaal Monetair Fonds. Zie: A. Heertje en J.E. Andriessen "*Economie in theorie en praktijk (deel 1)*" (1986), p. 167.

Omdat de Europese drempelwaarden moeten overeen stemmen met de bedragen van de GPA, werden de bedragen uitgedrukt in SDR. In de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, waarover méér in paragraaf 2.3., worden de bedragen uitsluitend in EURO weergegeven. Echter, vanwege de afhankelijkheid van de SDR voor wat betreft overheidsopdrachten die onder de GPA vallen, heeft de Commissie de verplichting om de drempelwaarden door middel van een verordening iedere twee jaar aan te passen. Zie art. 78 van de richtlijn 2004/18/EG.

<sup>22</sup> Met onderscheid tussen een "werk" en een "dienst" vertrouw ik de lezer bekend. Voor een definitie van een "werk" verwijs ik overigens naar art. 1 sub g Bao. Een overzicht van diensten staat vermeld op bijlage 2 bij het Bao.

<sup>23</sup> De Commissie heeft de drempelwaarden voor de periode 2006-2007 gepubliceerd in Verordening 2083/2005 van 19 december 2005. De exacte drempelwaarde voor werken bedraagt EURO 5.278.000,-- Voor diensten bedraagt de exacte drempelwaarde EURO 211.000,--.

(1) de laagste prijs; en

(2) de economisch meest voordelige aanbidding.

Het criterium van de laagste prijs is in feite een hakbijcriterium. De inschrijver, die bereid is de opdracht uit te voeren tegen de laagste prijs, wint de aanbesteding. Bij complexe projecten wordt het criterium “*laagste prijs*” derhalve nauwelijks gebruikt.<sup>24</sup>

Het tweede hoofdcriterium, de “*economisch meest voordelige aanbidding*”, biedt veel meer ruimte voor beoordeling. Naast de laagste prijs kunnen tevens andere factoren worden meegewogen, zoals het plan van aanpak dat de inschrijver voorstaat, en de kwaliteit van het geboden product. De verschillende factoren worden ieder voor zich (met een relatief gewicht) meegewogen, zodat er per inschrijver een eindscore ontstaat. Ook hierbij geldt wederom, dat de beoordeling door de opdrachtgever van de aanbiddingen van de inschrijvers zo objectief en transparant mogelijk dient te geschieden, waarbij aan de inschrijver met de hoogste totaalscore op de verschillende onderdelen –prijs, plan van aanpak, kwaliteit van het geboden product, enz.– in beginsel de opdracht wordt gegund.

#### 2.1.6 waarom zou een aanbestedende dienst wel of niet willen aanbesteden?

De Europese aanbesteding van een opdracht kan voor een aanbestedende dienst zowel voordelen als nadelen hebben. Enerzijds wordt met het houden van een Europese aanbesteding tegemoet gekomen aan de doelstellingen, die in hoofdstuk 2.1.3 zijn geformuleerd, zoals non-discriminatie, transparantie, integriteit van bestuur, een professioneler inkoopproces en het voorkomen van corruptie met overheidsgelden. Bovendien wordt dankzij een aanbesteding –en dit punt is voor de aanbestedende dienst in kwestie niet in de laatste plaats van belang– uit de markt de beste prijs verkregen (althans, in theorie).

Niettemin komt het voor, dat een aanbestedende dienst de opdracht liever *onderhands* zou gunnen aan een bepaalde opdrachtnemer, dan dat de opdrachtgever een openbare aanbesteding organiseert. Als reden wordt daarvoor wel opgegeven, dat het voorbereiden en uitvoeren van een aanbesteding tijdrovend zou zijn, waardoor de uitvoering van de opdracht wordt vertraagd. Bovendien zou het op de juiste wijze toepassen van de Europese regels een vrij complexe aangelegenheid zijn, waarbij gemakkelijk fouten kunnen worden gemaakt. Als gevolg van dergelijke fouten –en zeker indien er gerechtelijke procedures uit voortkomen– kan eveneens aanzienlijk tijdverlies optreden en wordt de uitvoering van de opdracht vertraagd.

#### 2.1.7 functionele uitleg

Zoals ik in de vorige paragraaf heb toegelicht, zou er voor een aanbestedende dienst aanleiding kunnen bestaan om een voorkeur te hebben voor een onderhandse gunning van een opdracht aan een bepaalde opdrachtnemer, in plaats van de desbetreffende opdracht te vergeven door middel van een aanbesteding.

In dat verband is het echter van belang, dat men zich realiseert, dat het aanbestedingsrecht *functioneel* wordt uitgelegd. Ik citeer in dat verband Essers:

*“Omdat het EG-aanbestedingsrecht de openstelling van de markten voor overheidsopdrachten voor overheidsopdrachten ten doel heeft, leidt een functionele uitleg in de praktijk tot een ruime uitleg [mijn onderstr., W.K.] van het aanbestedingsrecht. (...) Deze uitleg brengt o.a. mee dat een rechter een stokje moet steken voor constructies waarbij opdrachten (...) niet openbaar worden aanbesteed, die uiteindelijk voor wat betreft de invloed van een gemeente [c.q. een aanbestedende dienst,*

<sup>24</sup>

Zie: H.C. Lejeune en W.J.H. Koster, t.a.p.

w.k.] op de eisen (...) en de risicoverdeling tot dezelfde situatie leiden als wanneer een gemeente zelf voor het realiseren van een project zorgdraagt.”<sup>25</sup>

Met andere woorden: constructies, die de kennelijke strekking c.q. doel hebben om aan de werking van het Europees aanbestedingsrecht te ontsnappen, kunnen (mede) dankzij een ruime uitleg van het Europees aanbestedingsrecht worden afgestraft.<sup>26</sup> Het is derhalve risicovol om in een project “scherp aan de wind te voeren” met het oogmerk om een (eventuele) aanbestedingsplicht te omzeilen.

## 2.2 EG-verdrag

### 2.2.1: beginselen uit het EG-verdrag

Zoals in de inleiding is aangegeven, vormt het EG-verdrag een belangrijke bron van het aanbestedingsrecht. Wanneer aanbestedende diensten in de lidstaten van de EU opdrachten plaatsen, die binnen de werkingssfeer van het EG-verdrag vallen<sup>27</sup>, dan behoren zij de regels en beginselen in acht te nemen, die in het EG-verdrag zijn vervat. Die beginselen zijn onder andere het beginsel van vrije verkeer van goederen, personen en diensten, alsmede de algemene beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling, evenredigheid en wederzijdse erkenning.<sup>28</sup> Voornoemde beginselen zijn in principe van toepassing op al het economisch handelen van de EU-lidstaten. Onder economisch handelen is in dit verband te verstaan het toevertrouwen van een economische activiteit aan een derde en het vastleggen van de voorwaarden waaronder een en ander plaatsvindt (zoals het toevertrouwen van de realisering en exploitatie van een zwembad, een parkeervoorziening, een begraafplaats enz. door de gemeente aan een marktpartij).

Kennis van deze beginselen is derhalve van belang in het kader van de in deze masterproof aan de orde gestelde problematiek. In deze paragraaf 2.2 komen daarom de voor deze masterproof relevante beginselen aan de orde, alsmede de uitwerking van die beginselen in zogenoemde basisnormen.

### 2.2.2: basisnorm: verplichting tot transparantie

Zoals ik in paragraaf 2.1.3 heb opgemerkt, is non-discriminatie een leidend beginsel voor het aanbestedingsrecht, welk beginsel rechtstreeks is ontleend aan het EG-verdrag. Het Hof heeft ingevolge de door haar gewezen arresten een reeks basisnormen ontwikkeld voor het plaatsen van opdrachten door overheden, welke basisnormen direct zijn ontleend aan de beginselen van het EG-verdrag.

In het kader van deze masterproof is met name het beginsel van non-discriminatie van belang, dat in het EG-verdrag is vervat. Dat beginsel is door het Hof in de jurisprudentie

<sup>25</sup> M.J.J.M. Essers “Projectontwikkeling en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Aurox-arrest”, BR 2007, p. 386 en 391.

<sup>26</sup> Zo is in art. 1 sub h van het (hierna nog te bespreken) Bao gekozen voor de *functionele* omschrijving van het begrip “overheidsopdracht voor werken” door een overheidsopdracht te definiëren als “het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk” juist met het oogmerk om ontsnappingsconstructies tegen te gaan.

<sup>27</sup> Men dient zich te realiseren, dat niet alle overheidsopdrachten binnen de werkingssfeer van het EG-verdrag vallen. Zie paragraaf 2.3.3 van deze masterproof.

<sup>28</sup> Andere beginselen zijn onder andere *gemeenschapstrouw* (art. 10 EG-verdrag), welke beginsel inhoudt dat de Lidstaten de verplichtingen van het Gemeenschapsrecht moeten nakomen en geen maatregelen zullen nemen die de verwezenlijking van de doelstellingen in gevaar kunnen brengen. Een belangrijk beginsel vormt eveneens het *attributiebeginsel* in art. 5, dat inhoudt dat “Europa” alleen kan optreden als daarvoor een bevoegdheid is vastgelegd in het EG-verdrag. In art. 5 is tevens het *subsidiariteitsbeginsel* vastgelegd, welk beginsel er voor dient te waken dat “Europa” alleen optreedt, als dat noodzakelijk is. Zie voor een uitgebreide beschouwing: F. Ambtenbrink en F.D.D. Vedder *Recht van de Europese Unie*, 2006.

uitontwikkeld tot de basisnorm van de *verplichting tot transparantie*. Dat betekent, dat het handelen van de overheid in het kader van de selectie en gunning van een overheidsopdracht voor een ieder helder en doorzichtig moet zijn. Volgens het Hof in de zaak *Telaustria* houdt zo'n verplichting tot transparantie in, “*dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.*”<sup>29</sup>

### 2.2.3: relevantie voor de interne markt

Echter, de aan het EG-verdrag ontleende basisnormen, zoals de verplichting tot transparantie, gelden niet altijd en niet onder alle omstandigheden. De basisnormen gelden uitsluitend voor overheidsopdrachten, die voldoende verband houden met de werking van de interne markt. Het Hof heeft in dat verband in het *Coname*-arrest bepaald, dat er in specifieke gevallen van mag worden uitgegaan, dat “*wegens bijzondere omstandigheden, zoals de zeer geringe economische betekenis (...)*” de ondernemingen uit andere lidstaten niet geïnteresseerd zullen zijn in de uitvoering van een opdracht. In een dergelijke geval moet “*de impact op de betrokken fundamentele vrijheden (...) als te toevallig (...) en te indirect worden beschouwd*” om de toepassing van de aan het primaire Gemeenschapsrecht ontleende normen te rechtvaardigen.<sup>30</sup>

Aldus heeft het Hof in het hierboven geciteerde arrest bepaald, dat de toepassing van de basisnorm met betrekking tot de transparantie, welke norm voortkomt uit het “*non-discriminatie*”-beginsel uit het EG-verdrag, achterwege kan blijven, indien de economische betekenis van de overheidsopdracht zeer gering is. Kennelijk dient in overige gevallen deze basisnorm wél te worden toegepast.<sup>31</sup> Dat betekent, dat indien de waarde van de overdrachtsopdracht de relevante drempelwaarde niet overstijgt, de desbetreffende overheidsopdracht weliswaar niet hoeft te worden aanbesteed, maar dat die opdracht wél onderhevig kan zijn aan de werking van de door het Hof ontwikkelde basisnormen –in casu: de verplichting tot transparantie– zodat óók indien de relevante drempelwaarde niet wordt overschreden “*aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd.*”

<sup>29</sup> Arrest van 7 december 2000 in de zaak C-324/98 *Telaustria*, Jurispr. 2000, p. I-10745, r.o. 62. Zie ook het arrest van 21 juli 2005 in de zaak C-231/03 *Coname*., r.o. 16-19, alsmede het arrest van 13 oktober 2005 in de zaak C-458/03 *Parking Brixen*, r.o. 49.

<sup>30</sup> Zie: arrest *Coname*. (voornoemd), r.o. 20. Ik verwijs tevens naar de discussie in Bouwrecht tussen mr Stalenberg en mr Straatman (e.a.), waarbij mr Stalenberg uit r.o. 20 concludeert dat de waarde van de dienstenconcessie voor het Hof géén rol speelt bij het al dan niet aannemen van een publicatieplicht (als uitwerking van de verplichting tot transparantie), terwijl mr Straatman daarin leest, dat de zeer geringe economische betekenis van een concessie juist wél een reden kan zijn om af te zien van een publicatieplicht en geen inbreuk aan te nemen op de door het EG-verdrag gegarandeerde vrijheden. Zie *BR 2006*, p. 28 e.v. Overigens dient men zich te realiseren, dat het in de zaak *Coname*. specifiek ging om een dienstenconcessie, maar het is goed denkbaar dat wat het Hof overweegt over een dienstenconcessie ook geldt voor andere overheidsopdrachten. Zie ook noot 26.

<sup>31</sup> In dat verband kan er op gewezen worden, dat in het *Telaustria*-arrest weliswaar een openbare dienstenconcessie aan de orde was – en niet een concessie voor openbare werken, waarvan in het geval van de realisering van een zwembad, sporthal enz. sprake zou zijn – maar gezien het feit, dat het Hof de verplichting tot transparantie afleidt uit de *beginselen* van het EG-verdrag, is het zeer onaannemelijk dat de publicatieplicht uitsluitend voor dienstenconcessies zou bestaan. Immers, de beginselen uit het EG-verdrag zijn van toepassing op al het economisch handelen van aanbestedende diensten uit de EU-lidstaten (zie par. 2.2.1.).

Voor de goede merk ik op, dat als een concessie voor openbare werken wordt aangemerkt een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit het recht het werk te exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs, aldus art. 1 sub I Bao. De tegenprestatie kan (in de voorbeelden, die in hoofdstuk 1 van deze masterproof zijn gegeven) bestaan uit het recht om de opbrengsten te behouden van de exploitatie van de parkeervoorziening, het zwembad, een tunnel, enz.

Uit de bovenstaande rechtspraak van het Hof zou een belangrijke algemeen geldende conclusie getrokken worden. De conclusie zou luiden, dat als een aanbestedende dienst een opdracht te vergeven heeft, waarvan de waarde weliswaar onder de relevante drempelwaarde ligt, maar waarvan de economische waarde niet zodanig gering is, dat je mag veronderstellen dat voor die opdracht geen interesse bestaat van ondernemingen uit andere lidstaten, de overheid in dat geval de basisnormen, zoals de verplichting tot transparantie, *moet* toepassen.

Een voorbeeld ter verduidelijking. Stel dat een aanbestedende dienst door een aannemer een gebouw wenst te laten realiseren ter waarde van EURO 2.500.000,--. In dat geval behoeft de aanbestedende dienst de desbetreffende opdracht niet aan te besteden, omdat de relevante drempelwaarde van 5.000.000 SDR niet wordt overschreden. Maar de desbetreffende aanbestedende dienst moet zich wél afvragen of de economische waarde van de opdracht zodanig gering is, dat aannemers uit andere lidstaten niet geïnteresseerd zouden zijn in de uitvoering van die opdracht. Als de conclusie zou (moeten) luiden, dat aannemers uit andere lidstaten wél geïnteresseerd zouden zijn in het uitvoeren van die opdracht, dan zou de aanbestedende dienst haar voornemen tot het plaatsen van de opdracht op een zodanige wijze bekend moeten maken, dat aan elke potentiële inschrijver een “*passende mate van openbaarheid*” wordt gegarandeerd.

Vervolgens komt de vraag aan de orde *hoe* een aanbestedende dienst dient te bepalen of potentiële opdrachtnemers uit andere lidstaten geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de te vergeven opdracht. Daarover heeft de Europese Commissie zich uitgelaten in de *interpretatieve mededeling C-179/2*. Blijkens die mededeling is het volgens de Commissie de verantwoordelijkheid van de desbetreffende aanbestedende dienst *zélf* om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten mogelijkwijs geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de beoogde opdracht. De Commissie stelt:

*“deze beslissing [moet] gebaseerd zijn op een evaluatie van de individuele omstandigheden van het geval in kwestie, zoals het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken, enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Als de aanbestedende dienst concludeert dat de opdracht relevant is voor de interne markt, moet deze worden gegund volgens de aan het Gemeenschapsrecht ontleende basisnormen.”*<sup>32</sup>

Kortom, de aanbestedende dienst moet het volgens de Commissie zelf maar uitmaken. De interpretatieve mededeling C-179/2 geeft derhalve (veel) minder duidelijkheid dan het op het eerste gezicht lijkt, zodat men wellicht zou verwachten, dat de mededeling naar de achtergrond zou verdwijnen. Maar niets is minder waar. De interpretatieve mededeling C-179/2 heeft zelfs zoveel stof doen opwaaien, dat lidstaat Duitsland naar aanleiding daarvan

<sup>32</sup>

Zie: de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, PbEU C-179/2 d.d. 1 augustus 2006, p. 2. Men dient zich daarbij te realiseren, dat een “*interpretatieve mededeling*” van de Commissie geen formeel juridische status heeft, maar dat zo’n mededeling wel degelijk van belang is, gezien haar invloed op de rechtspraak. Daarbij loert het gevaar, dat de Commissie door middel van een interpretatieve mededeling aan de uitleg en toepassing van Europeesrechtelijke regelgeving de door haar wenselijk geachte draai geeft (c.q. probeert te geven), die niet noodzakelijkerwijs aansluit op het eindresultaat van het wetgevingsproces. Zie over de juridische status van dergelijke interpretatieve mededelingen verder: E.H. Pijnacker Hordijk e.a. *Aanbestedingsrecht* (2004), p. 20-23.

Overigens, in eerdere conceptversies van Mededeling C-179/2, die op het internet circuleerden (o.a. op [www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)), behield de Commissie zich het recht voor om een inbreukprocedure aanhangig te maken ten aanzien van opdrachten met een geschatte waarde van meer dan 10% (en later 20%) van het relevante drempelbedrag. Echter, door kritiek van enkele lidstaten is die benadering door de Commissie verlaten. Zie ook: E.J. Stalenberg *Mededeling Europese Commissie opdrachten ‘onder de drempel’*, VGR 2006-5, p. 132.



een formele klacht tegen de Commissie ingediend bij het Hof, waarin zij de vernietiging van die mededeling vordert. Derhalve is nadere bespreking van de mededeling opportuun, zeker voor wat betreft de visie, die de Commissie daarin heeft vervat met betrekking tot de betekenis van het criterium “*passende mate van openbaarheid*”. Die visie komt in de volgende paragraaf aan de orde.

#### 2.2.4 Interpretatieve mededeling: de betekenis van “passende mate van openbaarheid”

Stel dat een aanbestedende dienst heeft bepaald, dat –hoewel de relevante drempelwaarde *niet* wordt overschreden– ondernemingen uit andere lidstaten mogelijkwerwijs geïnteresseerd zouden kunnen zijn in de beoogde opdracht. Hoe dient de aanbestedende dienst dan vervolgens te handelen, zodat er sprake is van een passende mate van openbaarheid?

In de interpretatieve mededeling C-179/2 heeft de Commissie aangegeven wat zij daaronder verstaat.<sup>33</sup> Daartoe citeert de Commissie allereerst het Hof: “*De transparantieverplichting houdt in dat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming toegang krijgt tot alle relevante informatie over de opdracht voordat deze wordt gegund, zodat zij desgewenst haar belangstelling voor die opdracht kan tonen [Coname, punt 21]*”. Volgens de Commissie is het niet voldoende om contact op te nemen met een aantal potentiële inschrijvers, ook al beperkt de aanbestedende dienst zich niet tot inschrijvers uit het eigen land of probeert zij alle potentiële leveranciers te bereiken. Met een dergelijke selectieve aanpak kan discriminatie van potentiële inschrijvers uit andere lidstaten, en met name van nieuwe marktpartijen, niet worden uitgesloten. Hetzelfde geldt voor alle vormen van “passieve” publiciteit, waarbij een aanbestedende dienst van actieve bekendmaking afziet, maar reageert op verzoeken tot informatie van aanvragers die op eigen gelegenheid te weten zijn gekomen dat er een opdracht wordt geplaatst. Ook wanneer voor informatie alleen wordt verwezen naar persverslagen, parlementaire of politieke debatten of congressen of dergelijke, is dit geen passende bekendmaking.

Daarom kan volgens de Commissie alleen aan de door het Hof gestelde eisen worden voldaan door de bekendmaking van een voldoende toegankelijke *aankondiging van de opdracht* voordat deze wordt geplaatst. Met andere woorden: een publicatieplicht. De aanbestedende dienst moet deze publicatie c.q. bekendmaking doen om de opdracht voor mededinging open te stellen.<sup>34</sup>

In het vervolg van haar interpretatieve mededeling gaat de Commissie in op het medium van bekendmaking, waarbij de Commissie opmerkt, dat de aanbestedende dienst zich onder andere moet laten leiden door de gebruikelijke praktijken in de desbetreffende sector. Met andere woorden: de bekendmaking dient te geschieden in een medium, dat overeenkomstig de gebruikelijke praktijken in de sector dergelijke aankondigingen voor de uitvoering van een opdracht worden gedaan. Voor de bouw- en vastgoedsector zou dat bijvoorbeeld een aankondiging kunnen zijn in de Cobouw.

De Commissie merkt voorts op, dat hoe groter het belang voor ondernemingen uit andere landen, hoe meer ruchtbaarheid aan de aankondiging moet worden gegeven. Aangezien de Cobouw wellicht minder lezers trekt uit –bijvoorbeeld– Portugal, Polen of Griekenland, zou in dat geval gebruik moeten worden gemaakt van internet, Staatsbladen, lokale media, en het Publicatieblad van de Europese Unie (PbEU) en de Tenders Electronic Daily (TED). De bekendmaking mag beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure en een uitnodiging om contact op te nemen met de aanbestedende dienst.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Zie interpretatieve mededeling van de Commissie 2006/C-179/02, p. 2.

<sup>34</sup> Zie: interpretatieve mededeling van de Commissie 2006/C-179/02, p. 3.

<sup>35</sup> Mij is één uitspraak bekend van een Nederlandse rechter met betrekking tot de invulling van het begrip “*een passende mate van openbaarheid*”. Dat betrof een uitspraak van de Voorzieningenrechter te Utrecht, die dat begrip vooralsnog terughoudend lijkt in te vullen. Zie: Vzng. Rb. Utrecht 16 augustus 2005, LJN AU1933. Mocht het Hof de in paragraaf 2.2.4. verwoorde redenering van de Commissie

Voor een goed begrip van de omvangrijke impact en reikwijdte van het standpunt van de Commissie –nota bene: dit is slechts het (omstreden) standpunt van de *Commissie* en het is onzeker of het *Hof* dit standpunt overneemt<sup>36</sup> – dat opdrachten, waarvan de waarde onder de relevante drempelwaarde ligt, moeten worden gepubliceerd, zou men zich moeten realiseren, dat onderhandse gunning (oftewel: gunning “uit de hand”) naar zijn aard onverenigbaar is met de verplichting tot publicatie. Immers, indien naar aanleiding van een publicatie méér dan één inschrijver een aanbieding doet, dan dient de aanbestedende dienst in dat geval “door middel van een vastgelegde procedure en met behulp van kenbare, niet-discriminatoire en proportionele criteria”<sup>37</sup> de uiteindelijke opdrachtnemer te selecteren. Met andere woorden: als naar aanleiding van de publicatie méér dan één inschrijver zich meldt, dan moet de aanbestedende dienst in feite alsnog een aanbesteding organiseren.

Ik herhaal, dat het standpunt van de Commissie omstreden is. Het is dan ook van belang dat men zich realiseert, dat de interpretatieve mededeling slechts de opvatting van de Commissie weergeeft. Zoals ik in de vorige paragraaf reeds aangaf, heeft de interpretatieve mededeling C-179/2 reeds aanleiding gegeven tot een formele klacht door lidstaat Duitsland tegen de Commissie.<sup>38</sup> Duitsland meent dat de Commissie door middel van de interpretatieve mededeling de door haar wenselijk geachte draai tracht te geven aan de rechtspraak van het Hof. *De facto* gaat de Commissie volgens Duitsland daarmee op de stoel van de wetgevende macht zitten, waartoe zij niet bevoegd is. Immers, de wetgevende macht is nu juist voorbehouden aan het Europees Parlement en de Raad van Ministers.<sup>39</sup> Aldus maakt de Commissie inbreuk op het institutionele evenwicht tussen de Raad, het Europees Parlement en de Commissie. In februari 2007 is het Europees Parlement in een brief aan het Hof lidstaat Duitsland bijgevalen.

Helaas draaien de raderen van Europa langzaam. Het zal daarom nog wel enige jaren voordat de klacht door het Hof is behandeld.

#### 2.2.5. Finse keuken-zaak: de Advocaat-Generaal over “passende mate van openbaarheid”

Zoals in de vorige paragraaf is toegelicht, stelt de Commissie in haar interpretatieve mededeling C179/02 met betrekking tot opdrachten onder de relevante drempelwaarde in verregaande mate eisen aan de invulling van de door de aanbestedende dienst in acht te nemen “passende mate van openbaarheid”. Deze eisen vertalen zich – volgens de Commissie – in een *bekendmakings- c.q. publicatieplicht* voor opdrachten onder de relevante drempelwaarde.

Maar de Commissie is door A-G Sharpston in haar conclusie bij een onlangs verschenen arrest van het Hof op de vingers getikt. De A-G heeft in haar conclusie aangegeven, dat de transparantieplichting onder EG-recht géén verplichting meebrengt voor contracten onder de drempelwaarde voor het doen van een marktverkenning in naburige lidstaten en een daarop afgestemde publicatie in bepaalde lidstaten in een bepaalde vorm. Met name lokale autoriteiten, die vaker neigen om contracten van lagere waarden te sluiten dan grotere aanbestedende diensten, zouden worden geraakt door het aannemen van een verplichting tot publicatie van het voornemen gunnen van de opdracht in naburige lidstaten. Het zou

---

overnemen met betrekking tot de publicatieplicht voor opdrachten onder de relevante drempelwaarde, dan zou derhalve de discussie aan de orde kunnen komen welke mate van openbaarheid onder de gegeven omstandigheden als “passend” kan worden beschouwd.

<sup>36</sup> Zie in dit verband ook: A.C.M. Fisher-Braams *Van Roanne naar Rotterdam: tijgeren door een juridisch mijnenveld of een fluwelen revolutie* in TA, april 2007, p. 126: “De Commissie pleegt wel vaker extreme standpunten in te nemen, waarvan men maar moet afwachten of het Europees Hof deze zal volgen.”

<sup>37</sup> Verg.: de definitie van de inhoud van de aanbestedingsrichtlijnen in 2.1.2, eerste alinea.

<sup>38</sup> Lidstaat Duitsland heeft op 12 september 2006 een beroep strekkende tot nietigverklaring van de interpretatieve mededeling C-179/2 ingediend bij het Hof. Zie: *Duitsland / Commissie*, zaak T-258/06, Pb. EU C-294/107.

<sup>39</sup> Zie ook noot 31.

volgens de A-G een “*onevenredige en onrealistische last*” op hen leggen.<sup>40</sup> Zij acht de vaststelling van gedetailleerde bekendmakingsvereisten voor opdrachten met een lagere waarde dan de relevant drempelwaarde derhalve niet verenigbaar met het subsidiariteitsbeginsel. Bovendien zou er enorme rechtsonzekerheid ontstaan, omdat niet uit (secundaire) wetgeving kan worden afgeleid “*wanneer, waar en in welke vorm zulke opdrachten bekend zouden moeten worden gemaakt.*”<sup>41</sup>

De A-G is daarom van mening, dat de vaststelling wat een “passende mate van openbaarheid” is voor contracten met een lagere waarde dan de relevante drempelwaarde, een zaak van nationaal recht is. Met andere woorden: dergelijke contracten vallen *niet* onder de werking van het Gemeenschapsrecht, maar behoren tot de bevoegdheid van de individuele lidstaten. De vraag of en –zo ja– op welke wijze contracten met een lagere waarde dan de relevante drempelwaarde moeten worden aanbesteed, moet derhalve naar nationaal recht –en niet naar Gemeenschapsrecht– worden beantwoord.

Dat betekent volgens de A-G, dat een opdracht, waarvan de waarde onder de relevante drempelwaarde ligt, niet onder de werking van het EG-verdrag valt en er dan ook geen publicatieplicht voor dergelijke opdrachten geldt, *tenzij* ingevolge het nationale recht van een lidstaat –ingeval van Nederland: het Nederlandse recht– voor zulke opdrachten een publicatieplicht (of aanbestedingsplicht) geldt. Aangezien in het Nederlandse recht (nog) géén aanbestedingsplicht of publicatieplicht bestaat voor een opdracht onder de relevante drempelwaarde, behoeft zo’n opdracht *niet* te worden gepubliceerd.<sup>42</sup>

Naar ik meen, wordt aldus door de A-G een elegante uitweg geboden uit de *Telaustria*-problematiek, waarop de Commissie haar “*alles aanbesteden*”-offensief heeft gebaseerd. Het lijkt mij, dat het aannemen van een publicatieplicht voor opdrachten onder de drempelwaarde inderdaad leidt tot inefficiënties bij de uitvoering van overheidsopdrachten en daarenboven in de praktijk volstrekt onwerkbaar is.

Gezien de conclusie van de A-G lijkt het standpunt van de Commissie, dat voor opdrachten onder de drempelwaarde een publicatieplicht geldt, niet houdbaar. Maar er schuilt een juridisch addertje onder het gras. Want alvorens de A-G in haar conclusie bij het arrest is ingaat op de inhoud van het beroep van de Commissie, heeft zij aangegeven dat zij twijfelt aan de gegrondheid en de ontvankelijkheid van het beroep van de Commissie in deze zaak, omdat de conclusie van de Commissie “*niet nauwkeurig de grieven aangeven, waarop een uitspraak van het Hof wordt verlangd en dat bijgevolg het beroep niet ontvankelijk moet worden verklaard.*”<sup>43</sup>

Het Hof heeft de conclusie van de A-G overgenomen, dat de Commissie onvoldoende duidelijk heeft gemaakt wat zij Finland exact verwijt. Het Hof overweegt in dat verband dat “*de Commissie op geen enkel moment in de procedure coherent en nauwkeurig [heeft] kunnen aangegeven op welke feitelijke elementen de grieven berusten die zij ter ondersteuning van haar beroep heeft aangevoerd.*”<sup>44</sup> Het Hof verklaart de Commissie derhalve niet-ontvankelijk. Aan een inhoudelijke behandeling komt het Hof derhalve niet toe.

<sup>40</sup> Zie: conclusie van Advocaat-Generaal E. Sharpston van 18 januari 2007 in de zaak van de Europese Commissie tegen de Republiek Finland C-195/04 (Finse keuken-zaak), punt 96.

<sup>41</sup> Zie conclusie A-G, t.a.p., punt 89.

<sup>42</sup> Met de introductie van de Aanbestedingswet zou dat kunnen veranderen. Het wetsvoorstel, waarin de resultaten van c.q. het kabinetsstandpunt met betrekking het onderzoek van de Parlementaire Enquetecommissie Bouwnijverheid zijn verrat, is op 28 maart 2006 ingediend. Overigens staat het (bijvoorbeeld) een gemeente vrij om een gemeentelijk aanbestedingsreglement vast te stellen, waarin striktere eisen zijn opgenomen, dan de eisen die zijn verrat in de Europese Aanbestedingsrichtlijnen. In dat geval gelden voor het vergeben van opdrachten van de desbetreffende gemeente de desbetreffende striktere gemeentelijke aanbestedingsregels.

<sup>43</sup> Zie conclusie A-G, t.a.p., punt 49.

<sup>44</sup> Zie: arrest van 26 april 2007 in de zaak van de Europese Commissie tegen de Republiek Finland C-195/04 (*Finse keuken-zaak*), r.o. 28.

Dat is jammer, want daardoor blijft de rechtsonzekerheid voortduren over de vraag of opdrachten onder de relevante drempel al dan niet moeten worden gepubliceerd.

#### 2.2.6: conclusies ten aanzien van het EG-verdrag

De conclusies, die behoren bij dit hoofdstuk 2.2, zijn van belang voor een goed begrip van de in deze masterproof vervatte problematiek. De conclusies luiden als volgt.

- Overheidsopdrachten, waarvan de waarde de relevante drempelwaarde overstijgt, moeten worden aanbesteed.

(voor een overheidsopdracht voor de realisering van een *werk* ligt die drempel op 5,278 miljoen EURO, en voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van een *dienst* ligt die drempel op EURO 211.000,--)

- Een overheidsopdracht, waarvan de waarde de relevante drempel *niet* overstijgt, maar waarvan redelijkerwijs mag worden verondersteld dat ondernemingen uit andere lidstaten interesse zouden hebben, behoeven weliswaar *niet* te worden aanbesteed, maar behoeven blijkens de uitspraak van het Hof in de zaak *Telaustria* wél een “passende mate van openbaarheid”.
- Het is onzeker op welke wijze het criterium “passende mate van openbaarheid” moet worden ingevuld. De Commissie heeft in een omstreden interpretatieve mededeling C-179/2 verregaande eisen gesteld aan de invulling van de door de aanbestedende dienst in acht te nemen criterium van “passende mate van openbaarheid”, welke eisen er in feite op neer komen, dat vrijwel alle opdrachten moeten worden aanbesteed, althans moeten worden gepubliceerd.
- Daarentegen meent de A-G in de Finse Keuken-zaak, dat het aannemen van een publicatieplicht voor opdrachten onder de relevante drempelwaarde in strijd zou zijn met het subsidiariteitsbeginsel, doordat zij een “*onevenredige en onrealistische last*” legt op de aanbestedende diensten. Zij meent dat ingevolge het nationale recht van iedere separate EU-lidstaat moet worden bepaald of een dergelijke opdracht al dan niet moet worden gepubliceerd.
- Het Hof had in de Finse Keukenzaak de gelegenheid om hierover een beslissing te nemen en een einde te maken aan de thans heersende rechtsonzekerheid, maar zij heeft de Commissie in die zaak niet ontvankelijk verklaard, zodat het Hof aan een inhoudelijke beoordeling niet is toegekomen.

## **2.3 Besluit aanbestedingsregels voor overheden**

### 2.3.1 Inleiding

Naast het EG-verdrag vormen de aanbestedingsrichtlijnen een belangrijke bron van het aanbestedingsrecht. Zoals ik in paragraaf 2.1.3 heb opgemerkt, dateren de eerste aanbestedingsrichtlijnen van begin jaren '70 van de vorige eeuw. In het voorjaar van 2004 stemden het Europees Parlement en de Raad in met de vervanging van de toen bestaande aanbestedingsrichtlijnen voor werken (93/37/EG), leveringen (93/36/EG), diensten (92/50/EG) en nutssectoren (93/38/EG) door:

- 1) een richtlijn voor levering, diensten en werken (Richtlijn 2004 /18/EG)<sup>45</sup>, zijnde de richtlijn voor de 'klassieke sectoren';

en

- 2) een richtlijn voor de nutssectoren water, energie, transport en postdiensten (Richtlijn 2004/17/EG)<sup>46</sup>, zijnde de richtlijn voor zogenoemde 'speciale sectoren'.

De onder 1) genoemde Richtlijn 2004/18/EG is voor de vastgoedpraktijk het meest van belang, aangezien zij in beginsel van toepassing is bij een overheidsopdracht tot de realisering en exploitatie van vastgoed. Deze richtlijn zal ik hierna aanduiden als de Algemene Richtlijn.

De lidstaten hadden tot 31 januari 2006 de tijd om de Algemene Richtlijn te implementeren in hun nationale wetgeving.<sup>47</sup> De Nederlandse wetgever heeft besloten om niet te volstaan met een verwijzing naar de bepalingen van de richtlijn, zoals bij de oude richtlijnen<sup>48</sup>, maar om de Algemene Richtlijn te implementeren door deze over te schrijven in het Besluit aanbestedingsregels voor overheden<sup>49</sup> ("Bao"). De reden hiervoor is, zoals in de Nota van Toelichting bij het Bao wordt aangegeven, de klacht van zowel aanbestedende diensten als bedrijven dat door de methode van verwijzing voor hen vaak te onduidelijk was wat de aanbestedingsplicht precies inhield, hetgeen de naleving van deze plicht belemmerde.<sup>50</sup>

Het Bao is op 1 december 2005 in werking getreden. Het is van toepassing op overheidsopdrachten, waarvan de geraamde waarde exclusief omzetbelasting bepaalde drempelbedragen overschrijden.<sup>51</sup> Het vigerende drempelbedrag voor werken is, zoals gezegd, op dit moment EURO 5,278 miljoen, voor diensten is het drempelbedrag op dit moment EURO 211.000,--. Overheidsopdrachten, die de relevante drempel overschrijden, dienen te worden aanbesteed.

Het Bao beoogt een verbetering te zijn ten opzichte van de "oude" aanbestedingsrichtlijnen. Daartoe is in het Bao een flexibilisering ingesteld, namelijk door het opnemen van nieuwe procedures, zoals de *concurrentiegerichte dialoog* en *raamovereenkomsten*.<sup>52</sup> Voorts is het Bao ten opzichte van de oude richtlijnen gemoderniseerd, doordat de mogelijkheid voor elektronisch aanbesteden is gecreëerd. Tenslotte beoogt het Bao duidelijker en eenvoudiger te zijn.

In het Bao staan drie definities centraal, dat zijn de definities voor:

---

<sup>45</sup> Richtlijn nr. 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, levering en diensten, PbEU 2004, L 134/114.

<sup>46</sup> Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorzieningen, vervoer en postdiensten, PbEU 2004, L 134/1.

<sup>47</sup> Zie artikel 80 van de Algemene Richtlijn: "*De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.*"

<sup>48</sup> De oude richtlijnen waren in Nederland geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften Aanbestedingen en de daarop gebaseerde Algemene Maatregelen van Bestuur en Besluiten, die in feite slechts functioneerden als een 'doorgeefluik'.

<sup>49</sup> Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten), Staatsblad 2005, 408.

<sup>50</sup> Zie Nota van Toelichting bij het Bao, p. 46.

<sup>51</sup> Zie artikel 7 Bao.

<sup>52</sup> Zie voor een kritische beschouwing hierover: J.F. van Nouhuys en G.W. van der Bend *De concurrentiegerichte dialoog of: onderhandelingen die zo nodig dialoog moeten heten*, BR 2006 (5), p. 432-436. Ook: M. Straatman *Competitive dialogue*, VGR 2004 nr. 5/6, p. 176-178.

- (1) “aanbestedende dienst” en
- (2) “overheidsopdracht” met in het verlengde daarvan het begrip
- (3) “concessieovereenkomst”.

Voor een goed begrip van het Bao is een toelichting op deze definities opportuun.

### 2.3.2 Aanbestedende dienst

Het Bao legt een aanbestedingsplicht op aan zogenoemde “aanbestedende diensten”. In hoofdstuk 2.1.4 heb ik aangegeven, dat daaronder vallen: de staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen, die zijn gevormd door één of meer van deze lichamen of instellingen. Echter, de inhoud en reikwijdte van het begrip “aanbestedende dienst” is –nog steeds– sterk in ontwikkeling. Met name het begrip “publiekrechtelijke instelling” geeft aanleiding tot discussie. In dat kader wordt vastgesteld aan de hand van de wettelijke bepalingen of de statutaire doelomschrijving van een instelling, met welk doel de desbetreffende instelling is opgericht.<sup>53</sup> Aldus wordt nagegaan of en – zo ja – in welke mate sprake is van een instelling, die:

- voorziet in behoeften van algemeen belang (niet zijnde van commerciële of industriële aard); en
- welke instelling rechtspersoonlijkheid bezit; en
- waarvan de financiering afkomstig is van een aanbestedende dienst (dan wel een aanbestedende dienst toezicht houdt op het beheer of een aanbestedende dienst meer dan de helft van de bestuurders van de desbetreffende instelling benoemt).

Indien daarvan sprake is, dan kwalificeert de desbetreffende instelling als een aanbestedende dienst en valt zij in beginsel onder de werking van het Bao.

Toepassing van deze criteria op de voorbeelden, die ik in hoofdstuk 1 heb gegeven, zou tot de conclusie leiden dat de verplichtingen uit hoofde van het Europees aanbestedingsrecht zowel gelden voor (1) een gemeente als voor (2) een besloten vennootschap, die voorziet in een behoefte van algemeen belang –namelijk: de realisering en exploitatie van een zwembad– indien de gemeente van die BV alle aandelen zou houden.<sup>54</sup> Dat betekent, dat wanneer een gemeente de realisering en de exploitatie van het zwembad niet *zelf* zou opdragen, maar dat zou overlaten aan een separate ‘gemeentelijke’ B.V., daardoor niet aan de toepasselijkheid van het Bao wordt ontkomen.

### 2.3.3 Overheidsopdracht

Naast het begrip “aanbestedende dienst” staat in het Europees aanbestedingsrecht ook het begrip “overheidsopdracht” centraal.

De definitie van een “overheidsopdracht voor werken” in het Bao luidt:

*“een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meer aannemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op:*

1. *de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering:*
  - a. *van werken in het kader van één van de werkzaamheden, genoemd in bijlage I; of*
  - b. *van een werk; of*

<sup>53</sup> Verg.: het arrest van het Hof inzake Mannesmann, zaak C-44/98, 1998, p. I-00073.

<sup>54</sup> Immers, in haar hoedanigheid van aandeelhouder benoemt de gemeente het bestuur van zo'n B.V., aldus art. 2:242 lid 1 BW. Voorts fourneren de aandeelhouders –lees: de gemeente– in beginsel het kapitaal van de BV. Aldus kwalificeert zo'n BV als een publiekrechtelijke instelling, nu ook aan de vereisten rechtspersoonlijkheid en het voorzien in behoeften van algemeen belang wordt voldaan.

2. *het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.*<sup>55</sup>

Overheidsopdrachten in de zin van het Bao betreffen onder andere het ontwerpen en uitvoeren van “werken” of “werkzaamheden”. Blijkens het Bao moet worden verstaan onder een “werk” het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken, dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.<sup>56</sup>

De “werkzaamheden” staan vermeld op bijlage I bij het Bao. De op die bijlage vermelde werkzaamheden hebben onder andere betrekking op slopen van bouwwerken, het bouwrijp maken van gronden, de realisering van burgerlijke en utiliteitsbouw, grond- weg- en waterwerken, algemene bouwkundige en civieltechnische werken en installatiewerkzaamheden.

De realisering van een zwembad, een sporthal, een museum, de aanleg van een begraafplaats of andere voorzieningen van algemeen economisch belang, die ik in de inleiding van deze masterproof heb beschreven, valt derhalve in beginsel onder de werking van het Bao.

Volgens de definitie van een overheidsopdracht voor werken, zoals die is vervat in het Bao, moet het gaan om een schriftelijke overeenkomst<sup>57</sup> tussen een aanbestedende dienst en een aannemer tot het (laten) uitvoeren van een werk, waarvan de waarde boven de drempelwaarde van ruwweg 5,2 miljoen euro ligt. Blijkens de definitie is daarbij van belang:

1. dat het gaat om een werk, dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst; en
2. dat er sprake is van een bezwarende titel (met andere woorden: dat er sprake is van een op geld waardeerbare tegenprestatie).

Voorts zou uit de jurisprudentie –met name: het *Scala*-arrest– volgen:

3. dat er sprake moet zijn van een verkrijging door de aanbestedende dienst (met andere woorden: de aanbestedende dienst moet op de één of andere manier over dat werk kunnen beschikken c.q. het werk verkrijgen).<sup>58</sup>

Al met al lijkt het wellicht eenvoudig om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Echter, zoals in hoofdstuk 4 zal blijken, is dat zeker niet altijd het geval. Daarbij spelen de hierboven genoemde elementen –namelijk: Voldoet het werk aan de eisen van de aanbestedende dienst? Is sprake van een bezwarende titel? Is sprake van een verkrijging door een aanbestedende dienst?– een cruciale rol.

---

<sup>55</sup> Zie artikel 1 sub h Bao.

<sup>56</sup> Zie art. 1 sub h Bao.

<sup>57</sup> Door te spreken van een overeenkomst – een overeenkomst is ingevolge art. 6:217 BW een twee- of meerzijdige rechtshandeling – zou de gedachte kunnen opkomen, dat geen sprake zou zijn van een overheidsopdracht, indien deze door middel van een eenzijdige rechtshandeling wordt verleend, bijvoorbeeld door middel van een gunning op bestuursrechtelijke grondslag. Echter, blijkens onder andere het *Scala*-arrest (HvJ EG 12 juli 2001 in de zaak C-399/98) en het arrest *Commissie / Frankrijk* (HvJ EG 20 oktober 2005 in de zaak C-264/03) kan niet zonder meer gesteld worden, dat de gunning van een opdracht op bestuursrechtelijke grondslag van de werkingssfeer van het Bao is uitgezonderd.

<sup>58</sup> Een en ander wordt afgeleid uit het arrest van het Hof d.d. 12 juli 2001 in de zaak C-399/98 *Ordine degli architetti delle Province di Milano e Lodi – Scala*, r.o. 77, aangezien in die rechtsoverweging is bepaald: “*In dit verband zij opgemerkt dat met overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld, dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de in artikel 1, sub a, van de richtlijn bedoelde overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken.*” (mijn onderstreping, W.K.)

#### 2.3.4 Concessieovereenkomst voor openbare werken

In het verlengde van het begrip “overheidsopdracht” ligt het begrip “*concessieovereenkomst voor openbare werken*”. Een concessieovereenkomst voor openbare werken is volgens het Bao een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, zoals hierboven is beschreven. Echter, het verschil schuilt in de omstandigheid, dat de opdrachtnemer niet betaald wordt door (uitsluitend) de aanbestedende dienst, maar dat de tegenprestatie voor het uit te voeren werk in ieder geval bestaat uit het recht om het werk te mogen exploiteren, al dan niet gecombineerd met een prijs.<sup>59</sup>

De definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken is aldus van belang voor deze masterproof, aangezien deze masterproof de Europeesrechtelijke implicaties onderzoekt, indien een gemeente een openbare voorziening van algemeen economisch belang wenst te laten realiseren en exploiteren door een derde. In de voorbeelden, die ik in de inleiding heb gegeven, kan het relevant zijn dat de derde, die de parkeergarage (c.q. het zwembad, de tunnel o.i.d.) realiseert, uiteindelijk wordt betaald door de *gebruikers* van die voorziening. Met andere woorden: de tegenprestatie bestaat er uit, dat de desbetreffende derde het recht verkrijgt om het werk (c.q. de voorziening van algemeen belang) te mogen exploiteren. Het is dan ook van belang om na te gaan of de tussen de gemeente en de marktpartij te sluiten overeenkomst (wellicht) kunnen worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor openbare werken.<sup>60</sup>

De zinsnede “*al dan niet gecombineerd met een prijs*” in de hierboven geciteerde definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken is niet zonder belang. Het houdt in, dat zelfs indien de concessie –ondanks de inkomsten, die worden gegenereerd ingevolge de exploitatie– niet (geheel) kostendekkend kan worden geëxploiteerd en “*er geldt bij moet*” van de zijde van de aanbestedende dienst, er *tóch* sprake kan zijn van een concessieovereenkomst voor openbare werken in de zin van het Bao, indien het exploitatierisico niettemin *in overwegende mate* bij de marktpartij ligt.

In het Bao is paragraaf 14 (art. 58 tot en met 66) gewijd aan de concessieovereenkomst voor openbare werken.<sup>61</sup> De regeling van paragraaf 14 van het Bao houdt voor een aanbestedende dienst slechts drie verplichtingen in. Ten eerste dient de aanbestedende dienst op grond van art. 60 haar voornemen voor het verlenen van de concessie te publiceren. Ten tweede dient de aanbestedende dienst de inschrijvingstermijn van 52 dagen in acht te nemen (art. 61). Ten derde dient de aanbestedende dienst te waarborgen, dat de concessiehouder, die zelf géén aanbestedende dienst is, de voorschriften van art. 64 tot en met art. 66 naleeft. Dat betekent, dat de aanbestedende dienst voor het overige vrij is in de keuze van de meest geschikt geachte procedure voor de verlening van de concessie voor openbare werken.

Aldus biedt de kwalificatie van een overeenkomst als een concessieovereenkomst voor openbare werken in feite belangrijke procedurele voordelen. Het belangrijkste procedurele voordeel is zonder meer dat de verstrekking van de concessie niet plaats hoeft te vinden volgens een bepaalde voorgeschreven procedure, zoals de uitgebreid gereguleerde *competitive dialogue* oftewel de *concurrentiegerichtte dialoog*.<sup>62</sup> Daarentegen staat het de aanbestedende dienst vrij om bij de gunning van een concessieovereenkomst voor openbare

---

<sup>59</sup> Zie art. 1 sub I Bao.

<sup>60</sup> Teneinde te kunnen kwalificeren als een concessieovereenkomst dient tevens aan aanvullende eisen te zijn voldaan. Ik kom daarop in paragraaf 4.3.5.1. terug.

<sup>61</sup> Ik wijs er –wellicht ten overvloede– op dat het gaat om een concessieovereenkomst voor openbare werken, niet te verwarren met de concessieovereenkomst voor diensten, waarop blijkens art 16 van het Bao het Bao niet van toepassing is.

<sup>62</sup> Zie art. 29 Bao.



werken gebruik te maken van de zogenoemde *onderhandelingsprocedure*. Deze procedure is in vergelijking met de concurrentiegerichte dialoog véél minder gereguleerd.<sup>63</sup>

Indien de aanbestedende dienst kiest voor een *onderhandelingsprocedure*,<sup>64</sup> dan laten de richtlijnen de aanbestedende dienst behoorlijk vrij om die procedure naar eigen inzichten in te vullen. Ik citeer in dat verband Arrowsmith:

*However, in many respects the negotiated procedure<sup>65</sup> is more flexible, in particular in the “award” phase. The negotiated procedure allows entities significant freedom to structure the procedure in this phase, including through iterative tendering (which may not be permitted in open/restricted procedures), by phased elimination of participants (probably not permitted in open/restricted procedures) through selection of a preferred bidder without submission of complete offers, and through significant possibilities for participants to amend their offers after negotiations.<sup>66</sup>*

Sterker nog, het is goed beargumenteerbaar dat de aanbestedende dienst alle gegadigden op basis van de (ingevolge de Algemene Richtlijn c.q. het Bao vereiste) hoofdzaken, zoals de beschrijving van de aan te besteden opdracht, de waarde van de opdracht e.d., een *initiële* aanbieding zou kunnen laten uitbrengen, waarbij een groot aantal nadere contractuele aspecten pas aan de orde zullen komen tijdens de onderhandelingsfase. Op die manier zou de aanbestedende dienst met de gegadigde, die (duidelijk) de beste aanbieding heeft gedaan, in beginsel de overeenkomst vervolgens “*één op één*” kunnen uitonderhandelen. Aldus kan dankzij de kwalificatie van een overeenkomst als een “*concessieovereenkomst voor openbare werken*” de totstandkoming en de uiteindelijke gunning van de zo’n overeenkomst behoorlijk dicht in de buurt komen van een onderhandse gunning, waarbij de beide partijen eveneens in een “*één op één*”-situatie de verschillende contractuele aspecten uitonderhandelen en de overeenkomst uiteindelijk sluiten.

Ik teken hierbij aan, dat deze werkwijze niet onomstreden is. Ik citeer in dat verband Pijnacker Hordijk:

*“Onder de [oude] Richtlijnen werd algemeen aangenomen dat het de aanbestedende dienst vrij stond in de slotfase met één enkele inschrijver te onderhandelen. Het werd zelfs toelaatbaar geacht na inschrijving met slechts één inschrijver in onderhandeling te treden. Ook wij hebben dit in de vorige druk betoogd. (...) In veel gevallen zal na de inschrijving en na het voeren van initiële onderhandelingen blijken dat één of meer inschrijvers in het licht van de gunningscriteria duidelijk meer voor gunning van de opdracht in aanmerking komen dan de anderen. Wij zien geen reden om de aanbestedende dienst in dit soort gevallen te dwingen ook met die andere inschrijvers door te onderhandelen (...). Dat zou ons inziens niet anders moeten zijn wanneer één*

<sup>63</sup> Zie art. 30 e.v. Bao.

<sup>64</sup> Een onderhandelingsprocedure kan geschieden met voorafgaande mededeling (art. 30 Bao) of zonder voorafgaande mededeling (art. 31 Bao). Een procedure zonder voorafgaande mededeling kan slechts in een beperkt aantal gevallen geschieden, zoals ingeval van “dwingende spoed” of indien er geen of geen geschikte inschrijvingen zijn ingediend. Men zou zich moeten realiseren dat het bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande mededeling feitelijk gaat om een *onderhandse gunning*. Wél is de aanbestedende dienst –uiteraard– gebonden aan de algemene beginselen van het EG-verdrag, zoals non-discriminatie en transparantie. Overigens staat op dit moment een gunning zonder voorafgaande mededeling in de publieke belangstelling, aangezien PvdA-minister Koenders bij de gunning aan het bureau BKB, dat in handen is van enkele bevriende partijgenoten, van een overheidsopdracht voor de uitvoering van een dienst tot het geven van enkele adviezen ter waarde van ruim EURO 700.000,00 – nota bene: de drempelwaarde bedraagt EURO 211.000,00– zich onder andere beroept op “dwingende spoed”. Thans staat (onder andere) ter discussie of inderdaad sprake was van een “dwingende spoed”, zodat het de minster vrij zou hebben gestaan om de opdracht onderhands te gunnen aan zijn partij-vrinden.

<sup>65</sup> Nota bene: *negotiated procedure* = *onderhandelingsprocedure*.

<sup>66</sup> Sue Arrowsmith *The law of public and utilities procurement* (2005), p. 571.

*inschrijver met kop en schouders boven de anderen uitsteekt. Ook in die gevallen zien wij geen reden de aanbestedende dienst te dwingen met meer inschrijvers door te onderhandelen.”<sup>67</sup>*

Hoe dan ook, indien het oogmerk van de betrokken partijen zou zijn om de procedures, die volgen uit het Europees recht, zoveel mogelijk achterwege te laten, dan is het voorts van belang, dat de partij aan wie de concessie door de aanbestedende dienst wordt gegund –de concessiehouder– zelf het desbetreffende openbare werk kan realiseren. Immers, het Bao bepaalt dat de concessiehouder, die weliswaar zelf geen aanbestedende dienst is, enkele voorschriften voor de aanbesteding van opdrachten voor werken dient na te leven, zoals de verplichting om het voornemen tot gunning in een Europese aankondiging bekend te maken.<sup>68</sup> De marktpartij, die een concessie in de wacht sleept, is derhalve niet zonder meer vrij om vervolgens de realisering onderhands te gunnen.

Voor het vervolg van deze masterproof is het van belang, dat men zich realiseert, dat de kwalificatie van de overeenkomst als een *concessieovereenkomst voor openbare werken* de aanbestedende dienst belangrijke vrijheden kan verschaffen in de procedure om uiteindelijk te komen tot de gunning aan een bepaalde inschrijver.

## **2.4 Afsluiting van hoofdstuk 2**

In dit hoofdstuk zijn, na beantwoording van enkele inleidende vragen, de Europeesrechtelijke kaders behandeld, die van belang zijn bij de toepassing van CREM door een overheid, te weten:

- het EG-verdrag; en
- het Bao.

Ook is gebleken, dat de kwalificatie van een overeenkomst als een *concessieovereenkomst voor openbare werken* niet zonder belang is, aangezien zij de aanbestedende dienst bepaalde vrijheden kan verschaffen in de procedure om uiteindelijk te komen tot de gunning aan een bepaalde inschrijver c.q. marktpartij. Deze vrijheden kunnen door de aanbestedende dienst van belang worden geacht bij de uitvoering van het CREM op de door haar wenselijk geachte wijze.

Echter, kennis van het Bao en het EG-verdrag, alsmede het besef van het belang om te kwalificeren als een concessie, is niet voldoende om de centrale vraagstelling van deze masterproof te kunnen beantwoorden.

Voor een antwoord op de vraag welke Europeesrechtelijke kaders van belang zijn bij de uitvoering van CREM door een aanbestedende dienst is het tevens noodzakelijk, dat men op de hoogte is van de laatste ontwikkelingen in de jurisprudentie. Dat onderwerp komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

---

<sup>67</sup> E.H. Pijnacker Hordijk e.a. *Aanbestedingsrecht handboek van het Europees en het Nederlands Aanbestedingsrecht*, (2004), p. 424. Voorts wordt door Pijnacker Hordijk e.a. een voorbehoud gemaakt, doordat wordt aangegeven: “De regeling in de *Algemene Richtlijn lijkt* (mijn onderstr., W.K.) zich er wel ten *principale tegen te verzetten in de slotfase met slechts één enkele inschrijver te onderhandelen.*”

<sup>68</sup> Zie artt. 64 lid 1 en 65 lid 1 Bao.

## HOOFSTUK 3 HET AUROUX-ARREST EN DE VATHORST-ZAAK

### 3.1 Inleiding

Voor een goed begrip van de in deze masterproof behandelde problematiek is –naast kennis van het EG-verdrag en het Bao, die in hoofdstuk 2 aan de orde zijn gekomen– noodzakelijk dat men op de hoogte is van de recente jurisprudentie, en met name het zogenoemde *Auroux*-arrest, dat in januari van dit jaar is geweest.<sup>69</sup> In paragraaf 3.2 wordt derhalve een samenvatting gegeven van dat arrest. In paragraaf 3.3 zal ik het *Auroux*-arrest analyseren aan de hand van de rechtsvragen, die in dat arrest aan de orde zijn gekomen.

Voorts komt in dit hoofdstuk de zogenoemde “*Vathorst*-zaak” ter sprake. Die zaak heeft betrekking op de ingebrekestelling van de Staat der Nederlanden door de Europese Commissie naar aanleiding van de ontwikkeling en realisering van woningen c.a. op de locatie Vathorst te Amersfoort. Men dient zich daarbij te realiseren, dat de zaak Vathorst nog in de administratieve fase verkeert. Wanneer deze fase is afgerond, zou de zaak kunnen worden voorgelegd aan het Hof. Zolang het Hof zich niet heeft uitgesproken over deze kwestie, blijft het onzeker of het standpunt, dat de Europese Commissie in de *Vathorst*-zaak heeft ingenomen, rechtens juist is of niet.

### 3.2 Het *Auroux*-arrest

Deze zaak betreft het beroep, dat door de heer Jean Auroux, lid van de gemeenteraad van de stad Roanne, en acht andere verzoekers is ingesteld bij het *Tribunal administratif de Lyon* tot nietigverklaring van het besluit van 28 oktober 2002, waarbij de gemeenteraad van Roanne de burgemeester heeft gemachtigd om met de Société d'équipement du département de la Loire (hierna: “SEDL”) een overeenkomst te sluiten voor de aanleg van een recreatiepark te Roanne. Het Tribunal heeft in deze procedure een verzoek ingediend bij het Hof om een prejudiciële beslissing<sup>70</sup> betreffende de uitleg van de Richtlijn Werken.<sup>71</sup> Deze prejudiciële beslissing is vevat in het onderhavige arrest.

#### 3.2.1 Een inleiding op het arrest

Hoewel het *Auroux*-arrest is samengevat in een perscommuniqué, dat naar aanleiding van dit arrest is uitgegeven,<sup>72</sup> is de zaak naar mijn mening dermate gecompliceerd, dat een korte inleiding van opportuun is.

Onderwerp van het geschil is een overeenkomst, die is gesloten tussen de gemeente en SEDL –SEDL is een semi-openbaar lichaam, dat zelf óók aanbestedingsplichtig is– welke overeenkomst betrekking heeft op een stadsvernieuwingsproject, waarvoor het initiatief bij de gemeente ligt. Het bouwprogramma is vastgelegd in de overeenkomst. De gemeente neemt in beginsel enkele onderdelen van dit bouwprogramma af van SEDL, namelijk de parkeervoorzieningen, de toegangswegen en de openbare ruimte, waarvoor zij EURO 2.900.000,- betaalt aan SEDL. De hoofdmoot van het door SEDL te realiseren vastgoed is bestemd voor derden. SEDL verwacht daarmee zo'n EURO 8.000.000,- aan inkomsten te zullen genereren.

Echter, de gemeente draagt tevens het uiteindelijke afzetrisico: zij verkrijgt de eigendom van de niet verkochte vastgoedobjecten en neemt bovendien de eventuele schuld van SEDL

<sup>69</sup> Arrest van het Hof van 18 januari 2007 inzake Roanne / Auroux in de zaak C-220/05. Dit arrest is onder andere te vinden via [www.curia.europa.nl](http://www.curia.europa.nl).

<sup>70</sup> Conform artikel 234 EG-verdrag.

<sup>71</sup> Richtlijn 93/37/EEG. Zoals in par. 3.1.2 van deze masterproof is aangegeven, is deze richtlijn in 2004 vervangen door de Algemene Richtlijn.

<sup>72</sup> Perscommuniqué nr. 02/07, 18 januari 2007 naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak C-220/05.

over. De gemeente financiert het project. Ook de projectwinst komt uiteindelijk toe aan de gemeente.

### 3.2.2 Het perscommuniqué

Bij de publicatie van het arrest is een perscommuniqué verschenen, waarin een uitgebreide samenvatting van het arrest wordt gegeven. Ik volsta met het citeren van dat perscommuniqué.

*“In 2002 besloot de Franse stad Roanne bij wege van maatregel van stadsontwikkeling in de stationswijk een recreatiepark aan te leggen met een multiplexbioscoop, bedrijfsruimten, een openbaar parkeerterrein, toegangswegen en openbare ruimten. In een verdere fase was de bouw van nog meer bedrijfsruimten en een hotel gepland.*

*Ter verwezenlijking van dit project sloot de stad Roanne met Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), een gemengde vennootschap voor stadsontwikkeling, een overeenkomst voor het aankopen van grond, het bijeenbrengen van kapitaal, het laten uitvoeren van studies, het organiseren van een vergelijkend onderzoek onder ingenieurs, het laten uitvoeren van de bouwwerken en het verzekeren van de coördinatie van het project alsmede van de voorlichting van de stad.*

*Sommige leden van de gemeenteraad waren evenwel van mening dat vóór de sluiting van deze overeenkomst de opdracht had moeten worden bekendgemaakt en er een aanbesteding had moeten plaatsvinden, en hebben het Tribunal administratif de Lyon verzocht om nietigverklaring van het besluit van de gemeenteraad dat tot de overeenkomst met SEDL heeft geleid. Genoemd Tribunal heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vragen gesteld over de uitlegging van de richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en heeft het Hof in het bijzonder gevraagd of de overeenkomst met SEDL de gunning van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken betrof, waarvoor overeenkomstig deze richtlijn een oproep tot inschrijving had moeten plaatsvinden.*

*Met betrekking tot de vraag of de overeenkomst inzake ruimtelijke ordening een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken is, brengt het Hof om te beginnen in herinnering dat overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in de richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken worden omschreven als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende dienst (staat, territoriale lichamen, publiekrechtelijke instelling) en die met name betrekking hebben op het ontwerp en/of de uitvoering van werken of van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.*

*Het Hof wijst erop dat de stad met SEDL, die aannemer in de zin van de richtlijn is, een schriftelijke overeenkomst heeft gesloten. Het stelt vast dat het hoofdvoorwerp van deze overeenkomst met SEDL – ook al omvat die een dienstencomponent, namelijk het beheer en de organisatie van de werken – de aanleg van het recreatiepark, dat wil zeggen een werk in de zin van de richtlijn, is. Het Hof preciseert dat het in dit verband niet van belang is dat SEDL de werken niet zelf uitvoert, maar deze door onderaannemers laat uitvoeren.*

*Het Hof merkt op dat blijkens de overeenkomst in het recreatiepark commerciële en dienstverlenende activiteiten zullen worden ondergebracht die een wijk van de stad nieuw leven moeten inblazen, zodat de overeenkomst moet worden geacht een economische functie te vervullen. Hieraan doet niet af dat een aantal gebouwen die deel uitmaken van het bouwwerk, aan derden zullen worden verkocht. Ten slotte stelt het Hof vast dat het om een*

*overeenkomst onder bezwarende titel gaat, waarbij tegenprestaties zowel worden geleverd door de stad als door derden aan wie bepaalde werken zullen worden verkocht.*

*In die omstandigheden concludeert het Hof dat deze overeenkomst moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van de richtlijn.*

*Met betrekking tot de regels voor de berekening van de waarde van de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, wijst het Hof erop dat, om uit te maken of de waarde van de opdracht de drempel voor de toepassing van de richtlijn overschrijdt, rekening moet worden gehouden met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat niet alleen alle bedragen omvat die de aanbestedende dienst zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen.*

*Met betrekking tot de mogelijkheid om een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken achterwege te laten, merkt het Hof op dat een aanbestedende dienst overeenkomstig de richtlijn niet kan worden vrijgesteld van de verplichting om dergelijke procedures toe te passen op grond dat deze overeenkomsten naar nationaal recht enkel kunnen worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die deze procedures zelf moeten toepassen om eventuele verdere opdrachten te plaatsen. Nu SEDL een gemengde vennootschap is waarvan het kapitaal gedeeltelijk uit particuliere middelen bestaat, kan het project niet worden aangemerkt als een intern („in house”) project.”*

### **3.3 Een analyse van het Auroux-arrest**

In het *Auroux*-arrest zijn door het *Tribunal administratif de Lyon* drie préjustitiële vragen voorgelegd aan het Hof, waarbij in feite vijf rechtsvragen spelen.

Allereerst komt aan de orde de vraag wanneer er sprake is van een *bezwarende titel*. Het belang daarvan is gelegen in het feit, dat een overheidsopdracht is gedefinieerd als een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel.<sup>73</sup> Indien er geen bezwarende titel aanwezig is, zo kan men redeneren, dan is derhalve ook geen sprake van een overheidsopdracht, en behoeft de plaatsing van de opdracht tot het uitvoeren van het desbetreffende werk niet te worden aanbesteed.

Ten tweede speelt de vraag wanneer er sprake is van een werk, dat voldoet aan de *eisen van de aanbestedende dienst*, zoals is bedoeld in (de “oude” Richtlijn Werken en inmiddels) art. 1 sub h van het Bao.

Ten derde komt de vraag aan de orde of het noodzakelijk is, dat er sprake is van de *verkrijging van een werk* door de aanbestedende dienst, teneinde te kunnen kwalificeren als een overheidsopdracht.

Ten vierde gaat het Hof in op de vraag hoe de *waarde van een opdracht* moet worden vastgesteld, zulks in verband met de vraag of een relevante drempelwaarde wordt overschreden.

Ten vijfde laat het Hof zich uit over de vraag of en –zo ja– onder welke omstandigheden er sprake mag zijn van een “*doorlegging*” van de *aanbestedingsplicht*. In casu betrof het de doorlegging van de verplichting om de werken aan te besteden door de gemeente Roanne op SEDL.

---

<sup>73</sup>

Zie artikel 1 sub h Bao.

### 3.3.1 Bezwarende titel

Voor en goed begrip schets ik allereerst –in het kort– de stand van zaken in de jurisprudentie en literatuur vóórdat het *Auroux*-arrest werd gewezen.

De vraag in de jurisprudentie luidde wat moet worden verstaan onder een “op geld waardeerbare tegenprestatie”, zoals een bezwarende titel wordt omschreven.<sup>74</sup> Blijkens de jurisprudentie kan zo’n tegenprestatie onder andere bestaan uit een (door de gemeente aan de projectontwikkelaar gegeven) korting op de grondprijs, alsmede uit de kwijtschelding van een schuld.<sup>75</sup>

Voorts was onzeker wie de tegenprestatie zou moeten leveren. Blijkens r.o. 77 van het *Scala*-arrest zou die tegenprestatie *door de aanbestedende dienst* moeten worden geleverd. Echter, blijkens het *Mortierepolder*-arrest zou de betaling *door een derde* eveneens kwalificeren.<sup>76</sup>

In het *Auroux*-arrest wordt deze knoop doorgehakt. Immers, in r.o. 45 overweegt het Hof, dat:

“*SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten [mag] verkrijgen.*”

Aldus staat in ieder geval vast, dat een betaling door derden in aanbestedingsrechtelijke zin kwalificeert als een bezwarende titel.

De Commissie grijpt deze rechtsoverweging aan om zich gesteund te zien in haar standpunt in de *Vathorst*-zaak, dat iedere verrichting, die niet *om niet* –c.q. niet ‘gratis’– wordt verricht, als een bezwarende titel geldt.<sup>77</sup>

Ik meen daarentegen, dat r.o. 45 ruimte laat voor nuanceringen. Ten eerste vermeldt r.o. 45 dat het gaat om de mogelijkheid, dat een concessionaris inkomsten *mag* verkrijgen. Daaruit zou kunnen worden afgeleid, dat het moet gaan om een *actieve* verschaffing door de aanbestedende dienst aan de concessionaris van de mogelijkheid om inkomsten te vergaren, teneinde de kunnen kwalificeren als een bezwarende titel. Voorts spreekt r.o. 45 over een tegenprestatie van derden voor de overdracht van de “*verwezenlijkte bouwwerken*”. Daaruit zou kunnen worden afgeleid, dat er dus geen sprake is van een bezwarende titel, indien de derde al bekend is.

Overigens merk ik hierbij op, dat door r.o. 45 van het Hof de definitie van “*overheidsopdracht*” dicht in de buurt *lijkt* te komen van het begrip “*concessieovereenkomst*”. Immers, zoals is toegelicht in par. 2.3.4, is een concessieovereenkomst volgens het Bao een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met echter als verschil dat de opdrachtnemer niet betaald wordt door (uitsluitend) de aanbestedende dienst, maar waarbij de tegenprestatie voor het uit te voeren werk in ieder geval bestaat uit het recht om het werk te mogen exploiteren en de revenuen daarvan te mogen behouden.<sup>78</sup> Met andere woorden: een betaling door derden, zoals kenmerkend is voor een concessieovereenkomst.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> Zie par. 2.3.3. van deze masterproof.

<sup>75</sup> Zie: de voornoemde *Aalsmeer*-uitspraak en *Scala*-arrest (voor vindplaats: zie noot 58).

<sup>76</sup> Zie voor een korte bespreking van dit arrest: par. 4.3.4 van deze masterproof.

<sup>77</sup> Zie verder par. 4.3.4. van deze masterproof.

<sup>78</sup> Zie art. 1 sub I Bao. Ik ga er daarbij van uit, dat de concessionaris de risicodragende partij is.

<sup>79</sup> Voor een toelichting op het belang dat partijen er bij kunnen hebben, dat een overeenkomst kwalificeert als “*concessieovereenkomst*” in plaats van als “*overheidsopdracht*”, verwijs ik naar par. 2.3.4 van deze masterproof. Nota bene: teneinde te kwalificeren als “concessie” dient de overeenkomst *tijdelijk* te zijn en dient de concessionaris het exploitatierisico te dragen. In *Auroux* lag dat exploitatierisico uiteindelijk bij de gemeente, zodat in die zaak reeds om die reden geen sprake kon zijn van een kwalificatie van de overeenkomst tussen de gemeente Roanne en SDEL als een concessie.

Hoe dan ook, ik concludeer dat ingevolge het *Auroux*-arrest een betaling door derden in aanbestedingsrechtelijke zin kwalificeert als een bezwarende titel.

### 3.3.2 Eisen van de aanbestedende dienst

Wanneer is sprake van een werk, dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst? Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden en lijkt –naar zijn aard– zeer casuïstisch. Uit de tekst van het *Auroux*-arrest blijkt dat de overeenkomst met SEDL betrekking heeft op het totale project, maar de mate van gedetailleerdheid van de door de gemeente gegeven voorschriften ten aanzien van het werk, blijkt niet uit het arrest. Wél kan uit r.o. 33/39 worden afgeleid, dat voor de vaststelling of de aanbestedende dienst al dan niet eisen stelt, *niet* relevant is of de aanbestedende dienst al dan niet de afnemer van dat werk. Immers, in r.o. 33 wordt de opmerking van de Franse regering<sup>80</sup> besproken, dat:

*“juist omdat het [werk] voor derden is bestemd, [kan het werk] niet worden geacht aan de eisen van de gemeente te voldoen.”*

Echter, het Hof maakt met die opmerking van de Franse regering korte metten in r.o. 39:

*“Het argument van de Franse regering, dat de overeenkomst wegens de in punt 33 uiteengezette overwegingen niet kan worden geacht betrekking te hebben op de uitvoering van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet (...) moet worden afgewezen.”*

Derhalve kan óók indien de aanbestedende dienst het werk niet afneemt, er tóch sprake zijn van een werk, dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst.

Voorts kan in dit verband worden gewezen op r.o. 42 waarin het Hof overweegt:

*“Verder moet de aanleg van het recreatiepark worden geacht te voldoen aan de eisen, die de gemeente Roanne in de overeenkomst heeft vastgesteld. Benadrukt zij in dit verband dat het bouwwerk waarop de overeenkomst betrekking heeft, het recreatiepark in al zijn onderdelen is, van de bouw van een multiplexbioscoop, ruimte voor het verlenen van met recreatie verband houdende diensten en een parkeerterrein tot eventueel een hotel.”*

Met andere woorden: gezien het feit dat de gemeente heeft bepaald wat er gebouwd moet worden –namelijk: een complex bestaande uit een bioscoop, een parkeerterrein, een hotel enzovoorts– is er derhalve sprake van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst.

Overigens valt ook hierbij een nuancering aan te brengen. Immers, volgens de hierboven geciteerde r.o.42 gaat het om eisen, die “*in de overeenkomst*” zijn vastgelegd. Dat zou wellicht ruimte laten voor de stelling, dat indien de eisen *niet* in een overeenkomst zijn vervat, maar –bijvoorbeeld– in publiekrechtelijke voorschriften, er géén sprake zou zijn van een werk, dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst.<sup>81</sup>

Hoe dan ook, ik concludeer dat ingevolge het *Auroux*-arrest de vastlegging in een tussen de aanbestedende dienst en de derde te sluiten overeenkomst van de verschijningsvorm van

---

<sup>80</sup> In deze zaak hebben o.a. de Franse regering en de Poolse regering opmerkingen gemaakt, die door het Hof worden besproken.

<sup>81</sup> Overigens wil ik hierbij meteen aantekenen, dat ik zo'n stelling niet overtuigend acht. Ik verwijs daarvoor naar par. 4.3.2.

het door die derde te realiseren bouwwerk, het bouwwerk doet kwalificeren als *een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst*.

### 3.3.3 Verrijging door de aanbestedende dienst

In de literatuur werd wel het standpunt ingenomen, dat teneinde te kwalificeren als een overheidsopdracht, er sprake moest zijn van een verkrijging van een werk door de aanbestedende dienst. Met andere woorden: als de aanbestedende dienst niet op de één of andere manier van de opdrachtnemer een werk verkrijgt, dan kan geen sprake zijn van een overheidsopdracht. Deze stelling is ontleend aan r.o. 77 in het *Scala*-arrest. Daarin overwoog het Hof:

*“In dit verband zij opgemerkt, dat met overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld, dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de (...) overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken.”* (mijn onderstr., W.K.)

Die stelling wordt onderuit gehaald door het Hof in het *Auroux*-arrest. Daartoe overweegt het Hof in r.o. 47:

*“Gelet op het voorgaande moet (...) worden geantwoord dat een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst (dat is: de gemeente Roanne, W.K.) een tweede aanbestedende dienst (dat is: SEDL, W.K.) belast met de uitvoering van een bouwwerk, een overheidsopdracht (...) vormt, ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of een gedeelte ervan.”* (mijn onderstr., W.K.)

Met andere woorden: het is voor de beantwoording van de vraag of de overeenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht niet van belang of de aanbestedende dienst al dan niet de beschikking krijgt over het gerealiseerde werk. Aldus, zo kan m.i. uit het arrest worden afgeleid, is het Hof “om” gegaan en is hij afgestapt van de lijn van het *Scala*-arrest.

Niettemin wil ik óók hierbij een mogelijke nuancering aanbrengen. Immers, het Hof spreekt over het feit, dat het niet uitmaakt of de aanbestedende dienst het *gehele* bouwwerk verkrijgt of een *gedeelte* daarvan. Strikt genomen, zou de overweging van het Hof wellicht ruimte laten voor de stelling, dat indien de aanbestedende dienst helemaal *géén* bouwwerk verkrijgt –dus: de aanbestedende dienst verkrijgt niet eens een *gedeeltelijk* bouwwerk, laat staan het *gehele* bouwwerk– die omstandigheid er mogelijkterwils aan in de weg staat de overeenkomst te kwalificeren als een overheidsopdracht. Aldus zou r.o. 77 van het *Scala*-arrest in feite (voort)leven: als er geen sprake is van een verkrijging door de aanbestedende dienst, dan kan er evenmin sprake zijn van een overheidsopdracht. Echter, gezien de context en het feitencomplex, waarbinnen het *Auroux*-arrest is geweest –de gemeente zou in beginsel slechts een gedeelte van de te realiseren bouwwerken verkrijgen– acht ik een dergelijke nuancering in hoge mate speculatief en niet overtuigend.

Mijn conclusie luidt derhalve, dat ingevolge het *Auroux*-arrest het voor de beantwoording van de vraag of de overeenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht niet relevant is of de aanbestedende dienst al dan niet de beschikking krijgt over het gerealiseerde werk.

### 3.3.4 Waarde van de opdracht

De waarde van de opdracht is van belang om te bepalen of de relevante drempelwaarde wordt overschreden. Immers, indien die drempelwaarde niet wordt overschreden, behoeft in beginsel niet te worden aanbesteed. Het is de vraag op welke wijze de waarde van de



opdracht moet worden vastgesteld c.q. welke bedragen al dan niet moeten worden “meegeteld”.

In het *Auroux*-arrest heeft het Hof overwogen, dat alle inkomsten van de aannemer uit hoofde van de overeenkomst relevant zijn voor de bepaling van de waarde van de opdracht; dus óók inkomsten van derden. Het Hof herinnert er in dat verband aan, dat een wezenlijk kenmerk van concessies erin bestaat dat de tegenprestatie voor de werken geheel of gedeeltelijk door derden wordt geleverd. Het zou daarom tegen het aan de richtlijn te grondslag liggende doel en stelsel ingaan wanneer in het kader van de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken de van derden afkomstige bedragen van de berekening van de waarde van de opdracht (...) werden uitgesloten. Het Hof concludeert dan ook:

*“Gelet op het voorgaande, moet op de tweede vraag worde geantwoord dat ter bepaling van de waarde van een opdracht (...) rekening moet worden gehouden met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat niet alleen de bedragen omvat die de aanbestedende dienst zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen.”*<sup>82</sup>

De conclusie, die ik uit het *Auroux*-arrest trek, luidt derhalve dat *alle* inkomsten –dus ook inkomsten van derden– relevant zijn voor de bepaling van de waarde van de opdracht.

### 3.3.5 “Doorlegging” van de aanbestedingsplicht

In het *Auroux*-arrest was sprake van een eerste aanbestedende dienst –de gemeente Roanne– die een onderhandse overeenkomst aanging met een tweede aanbestedende dienst –SEDL– onder de verplichting van SEDL om indien zij werken aan derden gunt, de beginselen van bekendmaking en oproeping tot mededinging in acht zal nemen.<sup>83</sup> Met andere woorden: een “doorlegging” van de aanbestedingsplicht.

In het *Auroux*-arrest hebben de gemeente Raonne, de Franse en de Poolse regering er in dat verband op gewezen, dat de richtlijn haar nuttige werking toch behoudt in gevallen, zoals in *Auroux*, waarin een tweede aanbestedende dienst verplicht is voor elke verdere opdracht de in de richtlijn vastgestelde procedures te volgen. In dat verband zou het volgens hen irrelevant zijn dat een dergelijke procedure door de eerste aanbestedende dienst (lees: de gemeente Roanne), dan wel de tweede aanbestedende dienst (lees: SEDL) zou worden georganiseerd.<sup>84</sup>

Echter, het Hof gaat niet mee in deze redenering. Ik citeer:

*“Om te beginnen zij er aan herinnerd dat de richtlijn geen bepalingen bevat op grond waarvan de toepassing ervan kan worden uitgesloten in het geval van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tussen twee aanbestedende diensten, ook niet wanneer de tweede aanbestedende dienst genoodzaakt is de opdracht voor de totale waarde aan onderaannemers uit te besteden en daartoe de in de richtlijn vastgestelde procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten dient te volgen.”*<sup>85</sup>

Wat mij betreft impliceert dit, dat de volmacht-constructie, die is ontleend aan r.o. 100 van het *Scala*-arrest, niet is toegestaan, althans, *in de regel* niet is toegestaan.

<sup>82</sup>       Zie: r.o. 57 van het *Auroux*-arrest.

<sup>83</sup>       Zie: r.o. 16 van het *Auroux*-arrest.

<sup>84</sup>       Zie: r.o. 65 van het *Auroux*-arrest.

<sup>85</sup>       Zie: r.o. 66 van het *Auroux*-arrest.

In de literatuur is wel betoogd, dat op deze regel een uitzondering mogelijk moet zijn, namelijk indien er sprake is van een *overmachtsituatie*, waarbij een aanbestedende dienst haar contractuele wederpartij niet kan kiezen, maar in feite is veroordeeld tot één bepaalde partij. In dat verband wordt doorgaans gewezen op r.o. 100 van het Scala-arrest. Daarin is overwogen:

*“Dat betekent niet, dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructurele voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeentebestuur zelf de in deze richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het nuttig effect daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. In dat geval moet de exploitant krachtens de met de gemeente gesloten overeenkomsten die hem vrijstellen van betaling van de bijdrage in de exploitatiekosten als tegenprestatie voor de aanleg van een openbare infrastructurele voorziening, worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht (mijn onderstr., W.K.) van de gemeente voor de aanleg van deze voorziening. Deze mogelijkheid dat de voorschriften van de richtlijn inzake bekendmaking worden toegepast door andere personen dan de aanbestedende dienst, is in artikel 3, lid 4, van de richtlijn uitdrukkelijk geregeld voor concessieovereenkomsten voor openbare werken.”*

Ik meen echter, dat het bereik van deze uitzondering beperkt is. Immers, uit r.o. 100 van het Scala-arrest volgt dat het gaat om de verstrekking van *uitsluitend* een volmacht om namens de aanbestedende dienst de aanbesteding uit te voeren.<sup>86</sup> Zodra er méér dan uitsluitend een volmacht wordt toegekend –bijvoorbeeld: de derde, aan wie de volmacht is verstrekt, levert tevens bepaalde adviesdiensten of de desbetreffende derde dient tevens het aanbestedingsrisico over te nemen (dat wil zeggen: het risico dat de prijsvorming hoger uitvalt dan de budgetten, die de aanbestedende dienst beschikbaar heeft)– dan kan van een terecht beroep op de uitzondering van r.o. 100 geen sprake zijn. Immers, in zulke gevallen gaat het niet langer om de toekenning aan een derde van *uitsluitend* een volmacht om namens de aanbestedende dienst een aanbesteding uit te voeren, maar worden er kennelijk tevens door de desbetreffende derde bepaalde *aanvullende* diensten uitgevoerd ten behoeve van de aanbestedende dienst. Dergelijke diensten mogen *in beginsel* niet onderhands gegund worden, althans niet indien hun waarde de relevante drempelwaarde overstijgt.

Niettemin is –althans: was– de uitzondering van r.o. 100 niet zonder belang voor de Nederlandse praktijk. Ik licht dat toe. Zoals gezegd, zou indien sprake is van een *overmachtsituatie*, waarbij de aanbestedende dienst geen andere keuze heeft, dan te contracteren met één bepaalde marktpartij –in het Scala-arrest was sprake van een grondeigenaar, die tevens houder was van de bouwvergunning, die in verband met het te realiseren bouwwerk was afgegeven– de toepassing van aanbestedingsregels buiten toepassing mogen blijven. In de Nederlandse situatie zou zo'n overmachtsituatie kunnen worden ontleend aan (de jurisprudentie, die behoort bij) de Onteigeningswet, op grond waarvan de grondeigenaar een zogenoemd *zelfrealisatierecht* heeft.<sup>87</sup> Dat betekent, dat de

<sup>86</sup> Dat volgde ook reeds uit het in 2003 gewezen arrest in de zaak C-264/03 *Commissie / Frankrijk*. Overigens, de verstrekking van een enkele volmacht kwalificeert als een zogenoemde 1B-dienst. De richtlijnen maken onderscheid tussen zogenoemde 1A-diensten en 1B-diensten, waarop het regime respectievelijk volledig en slechts beperkt toepasselijk is.

<sup>87</sup> Anders dan in Italië, waar het Scala-arrest zich afspeelde, is in Nederland het zelfrealisatiebeginsel niet wettelijk verankerd, maar vormt het onderdeel van een bestendige jurisprudentie met betrekking tot art. 79 van de Onteigeningswet. Onteigening is volgens deze jurisprudentie niet noodzakelijk, indien een

grondeigenaar (onder bepaalde omstandigheden) het recht heeft om de door de gemeente gewenste bestemming *zélf* te realiseren (al dan niet in samenwerking met c.q. met behulp van derden). Dat zelfrealisatierecht staat er aan in de weg dat de gemeente de grondeigenaar kan onteigenen (en aldus de grond kan verkrijgen) om vervolgens de uitgifte van die grond en het ter plaatse daarvan te realiseren bouwwerk kan aanbesteden. Derhalve zou er voor de gemeente sprake zijn van een *overmachtsituatie*, op grond waarvan zij wel *moet* contracteren met de huidige grondeigenaar. De toepassing van de aanbestedingsregels zou dan ook buiten toepassing mogen blijven. Wél zou de desbetreffende grondeigenaar op zijn beurt de volledige ontwikkeling en realisering moeten aanbesteden, hetgeen doorgaans als onwenselijk wordt beschouwd door een grondeigenaar (zeker indien de grondeigenaar een projectontwikkelaar / bouwer is). Het “praktisch nut” van deze uitzondering komt daarmee doorgaans in een ander daglicht te staan.

Hoe dan ook, ik concludeer gezien het bepaalde in de hierboven geciteerde r.o. 66 van het *Auroux*-arrest, dat volgens het Hof de “doorlegging” van de aanbestedingsplicht van de eerste aanbestedende dienst op een tweede aanbestedende dienst, die óók is gebonden aan de aanbestedingsregels, niet is toegestaan.

### 3.4. De *Vathorst*-zaak

Aanvankelijk ging de Europese Commissie ervan uit, dat slechts sprake kan zijn van een overheidsopdracht voor werken, indien zij een *openbaar werk* laat uitvoeren, althans een werk dat de aanbestedende dienst in eigendom verwerft of zelf gaat gebruiken.<sup>88</sup> Dat zou betekenen, dat indien het werk betrekking heeft op een *privaat werk* –zoals: een woning, die wordt verkregen door een particuliere woningkoper– er sowieso géén sprake kan zijn van een overheidsopdracht.

Echter, de Europese Commissie is terug gekomen op die benadering blijkens haar stelling in de zaak *Vathorst*. In die zaak stelt de Europese Commissie zich op het standpunt, dat óók *private* werken onder de definitie van een overheidsopdracht voor werken kunnen vallen. Dat houdt in, dat een gemeente (in aanbestedingsrechtelijke zin) volgens de Europese Commissie niet slechts opdrachtgever kan zijn van een *openbaar* werk, maar ook van een *privaat* werk, zoals een voor de woningkoper bestemde woning.

Het opdrachtgeverschap van de gemeente, dat de Europese Commissie in de zaak *Vathorst* construeert, lijkt<sup>89</sup> allereerst voort te vloeien uit de omstandigheid, dat de gemeente Amersfoort contractueel allerlei eisen heeft bedongen ten aanzien van de te realiseren werken c.q. woningen. Immers, de gemeente Amersfoort heeft bij de ontwikkeling van de wijk *Vathorst* bepaald, dat de woningen –naast aan de publiekrechtelijke eisen<sup>90</sup>– tevens moeten voldoen aan de door haar vastgestelde contractuele eisen voor wat betreft de stedenbouwkundige uitgangspunten, de programma’s van eisen, de woningdifferentiatie, de woningcontingenten, de woningaantallen, de te hanteren (maximale) v.o.n.-prijzen, de materiaalkeuzen, etc. Met andere woorden: als de gemeente bepaalt hoe de woningen er uit komen te zien, dan valt de gemeente aan te merken als opdrachtgever van die woningen, zo stelt de Commissie.

---

grondeigenaar in staat en bereid is het aan de onteigening ten grondslag liggende bestemmingsplan (of bouwplan) zelf uit te voeren. Zie onder andere: H.D. van Romburgh *Realisatie van werken van openbare infrastructuur door grondeigenaren*, BR 2004, p. 498 e.v., alsmede A.G. Bregman *Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest*, BR 2002 p. 10-20, alsmede E. van der Schans *Onteigening, zelfrealisatie en de Hoge Raad*, BR 2000, p.377 e.v.

<sup>88</sup> Zie: *Communautaire Financiering*, p. 48/49.

<sup>89</sup> Ik zeg nadrukkelijk “lijkt”, omdat de ingebrekestelling buitengewoon ruim (en ongestructureerd) is geformuleerd, als het ware als “een schot hagel”.

<sup>90</sup> Overigens wordt het onderscheid privaatrechtelijke eisen en publiekrechtelijke eisen als zodanig door de Commissie niet gemaakt. Immers, dat onderscheid zal per Lidstaat verschillen. Het gaat er om of sprake is van de uitvoering van een werk, dat voldoet aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen.

Niet slechts de (verschijnings)vorm van de woningen in Vathorst is door de gemeente Amersfoort bepaald. Daarnaast heeft de projectontwikkelaar zich uitdrukkelijk jegens de gemeente verplicht om de woningen te realiseren, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>91</sup> Ook in dat gegeven –de ontwikkelaar heeft een bouwplicht *jegens de gemeente*– wordt door de Commissie een aanwijzing gezien dat in feite kennelijk de gemeente als opdrachtgever te gelden heeft en er *dus* sprake is van een overheidsopdracht. Met andere woorden: als de gemeente de ontwikkelaar kan dwingen om de woningen te realiseren, dan is kennelijk de gemeente de opdrachtgever van de ontwikkelaar.

Aldus, zo redeneert de Europese Commissie, is het in feite *de gemeente* (althans: in aanbestedingsrechtelijke zin), die een werk laat uitvoeren met welke middelen dan ook, welk werk voldoet aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen. Derhalve kan volgens de Europese Commissie worden vastgesteld, dat:

- a. de “bezwarende titel” aanwezig is, omdat de marktpartij een betaling ontvangt voor de woningen; en
- b. het feit dat de gemeente zélf geen werk verkrijgt – de werken c.q. woningen worden immers verkregen door de woningkopers – niet relevant is.

Voor wat betreft de onder a. en b. ingenomen standpunten lijkt de Commissie te worden gesteund door het Hof in de zaak *Auroux*. Immers, in dat arrest overwoog het Hof, dat:

- a. ook inkomsten van derden worden begrepen onder “bezwarende titel” (zie r.o. 45); en
- b. de opdracht tot de realisering van een werk als een “overheidsopdracht” moet worden aangemerkt, ongeacht of de aanbestedende dienst eigenaar wordt van dat werk (zie: r.o. 47).

Hoewel de Commissie zich blijkens de ingebrekestelling in de *Vathorst*-zaak op het standpunt stelt, dat *alle* prestaties, die niet “om niet” worden verricht, kwalificeren als een bezwarende titel –hetgeen mij te ver gaat– komt het standpunt van de Commissie in de zaak *Vathorst* toch gevaarlijk dicht in de buurt van het oordeel van het Hof in het *Auroux*-arrest. Het zou mij daarom niet verbazen, indien de Staat der Nederlanden in het *Auroux*-arrest aanleiding ziet om te trachten alsnog een schikking te bereiken met de Commissie in de *Vathorst*-zaak nu deze zaak zich nog steeds in de administratieve fase bevindt en (nog) niet voor het Hof is gekomen.<sup>92</sup>

### 3.5 Conclusies bij het *Auroux*-arrest en de *Vathorst*-zaak

Ik concludeer naar aanleiding van het *Auroux*-arrest en de *Vathorst*-zaak, dat beide zaken een belangrijke aanwijzing vormen, dat het Bao óók van toepassing is op werken, die:

- zijn bestemd voor derden (en niet voor de aanbestedende dienst); en
- door derden (en niet door de aanbestedende dienst) worden betaald; en

<sup>91</sup> Die voorwaarden zijn onder andere: het behalen van een bepaald voorverkooppercentage en het onherroepelijk worden van de bouwvergunning.

<sup>92</sup> Ik verwijs voor een uitgebreide bespreking van deze zaak naar: A.A. Boot en A.M. Ubink, *Niet-openbare werken aanbestedingsplichtig? De ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake Vathorst nader belicht*, in BR 2005, p. 601-604. Overigens is de ingebrekestelling in de *Vathorst*-zaak geen openbaar document.

- waarvoor een aanbestedende dienst in een overeenkomst de eisen heeft vastgesteld.

Het uitvoeren van een grondtransactie, waarbij de gemeente een perceel grond uitgeeft aan een derde onder de verplichting tot de realisering van een werk –met andere woorden: het opleggen van een bouwplicht– zou in aanbestedingsrechtelijke zin kunnen leiden tot de slotsom dat de desbetreffende kwalificeert als *aannemer* (als bedoeld in de richtlijn) en dat er sprake is van een overheidsopdracht.

Wat mijns inziens zonder risico door een gemeente kan worden gecontracteerd met en marktpartij, zijn “kale” bevoegdhedenovereenkomsten. Met een “kale” bevoegdhedenovereenkomst bedoel ik een overeenkomst, waarbij door de gemeente uitsluitend publiekrechtelijke medewerking wordt toegezegd met het oog op de realisering van een werk.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Vergelijk: een overeenkomst uit hoofde van art. 42 WRO (een exploitatieovereenkomst op grond van de gemeentelijke exploitatieverordening).

## HOOFDSTUK 4      EUROPEESRECHTELIJKE COMPLICATIES BIJ DE REALISERING EN EXPLOITATIE VAN VOORZIENINGEN VAN ALGEMEEN BELANG

### 4.1      Inleiding

Zoals ik in hoofdstuk 1 heb aangegeven, kan binnen een gemeente een “kerntakendiscussie” woeden, waarbij de uitkomst luidt dat de gemeente bepaalde voorzieningen van algemeen belang niet (langer) zelf wenst te realiseren en exploiteren. Anderzijds zou de gemeente het wél wenselijk kunnen achten, dat haar burgers over de desbetreffende voorzieningen kunnen (blijven) beschikken. In dat geval kan de gemeente een derde verzoeken om voor de realisering en exploitatie van de desbetreffende voorzieningen zorg te dragen.

In hoofdstuk 1 heb ik een voorbeeld daarvan gegeven, namelijk een gemeente die voornemens is om de realisering en exploitatie van een zwembad over te laten aan een derde. In paragraaf 2 van dit hoofdstuk 4 breid ik dat voorbeeld verder uit.

In het vervolg van dit hoofdstuk beoordeel ik dat voornemen van de gemeente aan de hand van de kaders, die ik in hoofdstuk 2 heb besproken. Dat zijn het Bao in paragraaf 4.3 en het EG-verdrag in paragraaf 4.4. Tevens komt daarbij de in hoofdstuk 3 genoemde jurisprudentie aan de orde komt.

Deze analyse wordt in hoofdstuk 5 gevolgd door de conclusies en aanbevelingen.

### 4.2      De casus

Een gemeente wenst in het kader van haar CREM-beleid de realisering van een voorziening van een zwembad over te laten aan derde. De gemeente is in dat kader bereid om een bouwkaavel, dat haar in eigendom toebehoort, te verkopen aan de desbetreffende derde, zulks met de verplichting van de derde om voor diens rekening en risico ter plaatse van die bouwkaavel een zwembad te realiseren en te exploiteren.<sup>94</sup> Met andere woorden: de gemeente legt een *bouwplicht* op aan de desbetreffende derde (al dan niet onder opschortende voorwaarden, zoals het onherroepelijk worden van de bouw- en overige benodigde vergunningen en ontheffingen).

Voorts stelt de gemeente bepaalde bouwkundige eisen ten aanzien van de verschijningsvorm van het zwembad, de te gebruiken materialen (bijvoorbeeld: ecologisch duurzame materialen), de afmetingen van het zwembad. Tevens stelt de gemeente eisen ten aanzien van de exploitatie van het zwembad, zoals de openingstijden en de openbare toegankelijkheid. Aldus wenst de gemeente zich er van te vergewissen, dat er “op gangbare tijden” een kwalitatief goed zwembad beschikbaar is voor al haar inwoners.

De toegangsprijzen zijn “marktconform”. De exploitatie van het zwembad is naar verwachting winstgevend. De gemeente verricht geen financiële bijdrage ten behoeve van het zwembad.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> De verkoop van de grond zou in beginsel kunnen worden gecompliceerd door staatssteunrechtelijke aspecten, met name indien de gemeente de grond zou verkopen aan de derde tegen een lagere waarde, dan de waarde in het economisch verkeer van die grond. Staatssteunrechtelijk is dit probleem echter beperkt, omdat het een voorziening van algemeen economisch belang betreft. Ook het opdraaien van de gemeente (voor een deel) in een eventueel tekort op de exploitatie van het zwembad is staatssteunrechtelijk weinig problematisch, aangezien het een dienst van algemeen economisch belang betreft. De aspecten van staatssteun vallen overigens buiten het bereik van deze masterproof. Zie voor een recente beschouwing over staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: F.D. Schild “*Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang: supersnel internet en oud papier*”, AA 55 (2006) nr. 3 (maart), p. 182-187.

<sup>95</sup> Naar ik begrijp, zijn sommige zwembaden winstgevende ondernemingen, zoals Zwemparadijs Tropicana in Rotterdam, terwijl andere zwembaden het hoofd niet boven water kunnen houden zonder een vorm van gemeentelijke bijdrage. Wellicht zou daarom een winstgevende exploitatie van een zwembad beter voorstelbaar zijn, indien men “*het zwembad*” vervangt door “*de parkeervoorziening*”. Zoals ik in

De bouwkosten zullen de relevante drempelwaarde overstijgen. De gemeente vraagt zich af of zij de bouwkaavel voor het zwembad onderhands mag verkopen, dan wel dat zij daarbij een zekere mate van openbaarheid dient te betrachten, zoals een publicatieplicht of wellicht zelfs een aanbestedingsplicht.

De gemeente heeft geen lokale regelgeving c.q. verordening vastgesteld, waarin haar gemeentelijk aanbestedingsbeleid is vervat.

## 4.3 Het Bao

### 4.3.1 Vijf relevante vragen

In paragraaf 2.3.1 van deze masterproof is toegelicht, dat het Bao de gemeente een aanbestedingsplicht oplegt voor onder meer overheidsopdrachten voor werken en concessies voor openbare werken met een waarde van circa EURO 5,2 miljoen (exclusief BTW) of meer.

In paragraaf 2.3.3 is aangegeven, dat als een overheidsopdracht voor werken wordt aangemerkt een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op (i) het uitvoeren van werken, (ii) het ontwerp en de uitvoering van werken dan wel (iii) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Tevens is in die paragraaf vermeld, dat als een concessie voor openbare werken wordt aangemerkt een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit het recht het werk te exploiteren (al dan niet gecombineerd met een prijs).

In casu staat vast dat de beoogde gronduitgifteovereenkomst een schriftelijke overeenkomst is, waarbij een aanbestedende dienst (de gemeente) partij is en die betrekking heeft op een werk (het zwembad). Dan komen de volgende vragen op:

1. Is sprake van een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een aannemer, zoals is bedoeld in de hierboven weergegeven definitie van een "overheidsopdracht", met betrekking tot de uitvoering of het doen uitvoeren van een werk?
2. Is sprake van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet?
3. Wordt de drempelwaarde overstege?
4. Is sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel?
5. Indien sprake is van een bezwarende titel: betreft het een overheidsopdracht of een concessie?

Deze vragen zal ik in de volgende subparagrafen behandelen. Ik breng volledigheidshalve in herinnering, dat de gemeente kwalificeert als een "aanbestedende dienst".

### Ad 1 Overeenkomst met betrekking tot de uitvoering of het doen uitvoeren?

De gemeente is voornemens om een bouwplicht op te leggen aan de partij aan wie zij de bouwkaavel voor het zwembad verkoopt. De wederpartij verplicht zich derhalve jegens de gemeente om het zwembad te realiseren. Daardoor is sprake van een overeenkomst (met een aannemer) met betrekking tot de uitvoering of het doen uitvoeren van een werk.

---

hoofdstuk 1 heb aangegeven, maakt het voor wat betreft de juridische merites niet uit of er een zwembad of een parkeervoorziening of een andere voorziening van algemeen belang wordt gerealiseerd en geëxploiteerd.

## Ad 2 Werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet?

Vooropgesteld zou moeten worden, dat het bij de huidige stand van de jurisprudentie niet zeker is, of bij beoordeling van de vraag of sprake is van een werk, dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet, relevant is of het werk *in het geheel niet* door de aanbestedende dienst wordt verkregen. Ik breng in dat verband in herinnering hetgeen ik de in paragraaf 2.3.3 gegeven opsomming onder punt 3 heb opgemerkt, namelijk dat uit de jurisprudentie – te weten: het *Scala*-arrest – volgt dat er sprake moet zijn van een *verkrijging door de aanbestedende dienst*. Met andere woorden: de aanbestedende dienst moet op de één of andere manier over dat werk kunnen beschikken c.q. het werk verkrijgen.<sup>96</sup>

In de ingebrekestelling van de Nederlandse Staat vanwege de wijze van projectontwikkeling op de locatie Vathorst neemt de Europese Commissie het standpunt in dat niet relevant is of de aanbestedende dienst al dan niet afnemer is van het werk. Een zelfde standpunt neemt de A-G in, in de conclusie bij het *Auroux*-arrest.<sup>97</sup> In het arrest *Auroux* zelf overweegt het Hof dat een aanbestedingsplicht kan bestaan ongeacht of een aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het *gehele* bouwwerk of een *gedeelte* daarvan.<sup>98</sup>

Strikt genomen, wordt met die overweging van het Hof ruimte gelaten voor de argumentatie dat geen sprake is van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet indien deze *geen enkel onderdeel* van het bouwwerk op enigerlei wijze verwerft. Immers, zo luidt de redenering, van een eventuele aanbestedingsplicht kan slechts sprake zijn, indien de aanbestedende dienst het gehele bouwwerk of ten minste een gedeelte daarvan verwerft. Deze argumentatie is evenwel dermate speculatief, dat ik meen dat er van moet worden uitgegaan, dat voor de beoordeling van de aanbestedingsplichtigheid van een werk niet relevant is wie het werk (het zwembad) verkrijgt.

De Franse regering heeft in dit verband in het *Auroux*-arrest nog beoogd, dat “*juist omdat het werk voor derden is bestemd [het werk] niet kan worden geacht aan de eisen van de gemeente te voldoen.*”<sup>99</sup> Dat argument wordt echter door het Hof afgewezen.<sup>100</sup>

In de beoogde gronduitgifteovereenkomst zullen verschillende eisen worden opgenomen ter zake van het zwembad. Deze eisen hebben overwegend betrekking op een aantal bouwkundige randvoorwaarden (zoals afmetingen, voorgeschreven materialen, enz.) en de wijze van exploitatie van het zwembad (zoals een openbare status, openingstijden, eventuele invloed van de gemeente op toewijzing abonnementen en tarieven, enz.).

Het is onzeker hoe v er de gemeente kan gaan met het stellen van eisen aan het werk. Daarover ontbreekt vooralsnog de jurisprudentie en –zou er al jurisprudentie komen– dan zou die jurisprudentie zeer casuïstisch zijn. Niettemin lijkt in zijn algemeenheid aannemelijk, dat hoe méer eisen de gemeente stelt aan het werk (c.q. hoe concreter de gemeente het te realiseren werk voorschrijft), hoe eerder sprake is van werk dat aan eisen van aanbestedende dienst voldoet.

---

<sup>96</sup> Een en ander wordt afgeleid uit het arrest van het Hof d.d. 12 juli 2001 in de zaak C-399/98 *Ordine degli architetti delle Province di Milano e Lodi – Scala, r.o. 77*, aangezien in die rechtsoverweging is bepaald: “*In dit verband zij opgemerkt dat met overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld, dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de in artikel 1, sub a, van de richtlijn bedoelde overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken.*” (mijn onderstreping, W.K.). Ik verwijs voor het overige naar paragraaf 3.3.3. van deze masterproof.

<sup>97</sup> Zie conclusie AG punt 21.

<sup>98</sup> Zie: r.o. 47: “(...) ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of een gedeelte ervan.”

<sup>99</sup> Zie r.o. 33.

<sup>100</sup> Zie r.o. 39, alsmede paragraaf 3.3.2. van deze masterproof.



Stel dat de Gemeente bereid zou zijn om af te zien van het opleggen van een uitgebreid technisch programma van eisen, en dat zij bereid is om de technische voorschriften uitsluitend vanuit publiekrechtelijke hoedanigheid (op basis van de Bouwverordening) op te leggen. Aldus wordt het gemeentelijke eisenpakket in feite ‘overgeheveld’ van het domein van het Nederlands privaatrecht naar het Nederlands publiekrecht.

Het is twijfelachtig of zo’n overheveling van privaatrecht naar publiekrecht de gemeente kan baten. In dat verband kan aansluiting worden gezocht in het *Auroux*-arrest, waarin het Hof overweegt, dat de definitie van een overheidsopdracht niet tot het nationale recht van een lidstaat behoort –zoals het Nederlandse recht– maar tot het gebied van het Gemeenschapsrecht. Derhalve “(...) *is de juridische kwalificatie van de overeenkomst naar Frans recht* (namelijk: de vraag of de overeenkomst naar Frans recht onder privaatrecht of onder publiekrecht is aangegaan, W.K.) *irrelevant om te beoordelen of de overeenkomst binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.*”<sup>101</sup>

Alles afwegende ben ik van mening dat dient te worden aangenomen dat sprake is van een werk dat aan de eisen van de aanbestedende dienst voldoet, althans dat het uiterst risicovol is om aan te nemen dat dit niet het geval zou zijn. Hierbij dient in overweging te worden genomen:

- dat vooralsnog jurisprudentie ontbreekt waaruit voortvloeit met welke mate van gedetailleerdheid de aanbestedende dienst eisen dient te stellen, om te kunnen spreken van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen als bedoeld in het Bao;
- dat vooralsnog jurisprudentie ontbreekt waaruit voortvloeit of relevant is of eisen privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk worden opgelegd/gehandhaafd, maar dat niet aannemelijk is dat relatief eenvoudig aan een aanbestedingsplicht kan worden ontsnapt door alleen globale eisen te stellen c.q. eisen “over te hevelen” naar de publiekrechtelijke context (zulks gezien de functionele uitleg van het aanbestedingsrecht, zoals in paragraaf 2.1.7 is toegelicht, alsmede de hierboven geciteerde overweging in het *Auroux*-arrest);
- dat voorts jurisprudentie ontbreekt waaruit kan worden afgeleid of de eisen als bedoeld in het Bao uitsluitend kunnen zien op de realisering c.q. de uiterlijke verschijningsvorm van het bouwwerk of ook betrekking kunnen hebben op de wijze van exploitatie daarvan.

### Ad 3 Wordt de drempelwaarde overschreden?

Bij de beoordeling of de drempelwaarde wordt overstegen, dient te worden uitgegaan van de economische waarde van het werk. Ingevolge het *Auroux*-arrest dient de economische waarde van een werk te worden bepaald op basis van *alle* inkomsten die voor de realisator met het werk verband houden, ongeacht of deze inkomsten afkomstig zijn van een aanbestedende dienst of derden.<sup>102</sup>

Zoals in de casus is aangegeven, zullen reeds de bouwkosten voor het zwembad meer bedragen dan de relevante drempelwaarde ad ruim EUR 5,278 mio.

<sup>101</sup> Het Hof verwijst in dit verband naar haar eerdere arrest van 20 oktober 2005, Commissie / Frankrijk, C-264/03, Jurispr. P. I-8831, punt 36.

<sup>102</sup> Zie r.o. 57, waarin het Hof overweegt dat “(...) *ter bepaling van de waarde van een opdracht (...) rekening moet worden gehouden met de totale waarde van de opdracht van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver, wat niet alleen alle bedragen omvat die de aanbestedende dienst zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen.*” (mijn onderstr., W.K.). Zie ook paragraaf 3.3.4. van deze masterproof.

#### Ad 4 Is er sprake van een bezwarende titel?

De vervolgvraag is of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Zoals in paragraaf 2.3.3 in de opsomming onder punt 2 is aangegeven, wordt onder een bezwarende titel verstaan, de verrichting van een op geld waardeerbare tegenprestatie voor de realisatie van het werk. Afhankelijk van de aard van de tegenprestatie is sprake van een *concessieovereenkomst voor openbare werken* dan wel een *overheidsopdracht voor werken*.<sup>103</sup>

In de casus is het duidelijk, dat de gemeente geen aanneemsom betaalt voor de realisatie van het zwembad. De bezwarende titel kan evenwel ook zijn gelegen bij de toekenning van het recht om de parkeergarage te exploiteren. De toekenning van het exploitatierecht van een (openbaar) werk wordt in de definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken immers uitdrukkelijk als een tegenprestatie genoemd, die kwalificeert als een bezwarende titel als bedoeld in het Bao.

Daar komt bij, dat ook uit de jurisprudentie ter zake van het begrip “overheidsopdracht voor werken” kan worden opgemaakt dat het door een aanbestedende dienst in staat stellen van de wederpartij om inkomsten van derden te verwerven, kwalificeert als een bezwarende titel als bedoeld in het Bao. Ik wijs in dat verband op het *Mortierepolder*-arrest van het Hof Den Haag en het *Auroux*-arrest van het Hof, waarin wordt overwogen dat tevens als een bezwarende titel is aan te merken, “*het mogen verkrijgen van inkomsten van derden*”. Het Hof overweegt in dat verband in het *Auroux*-arrest:

*“Ten slotte is duidelijk dat het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat. Daarmee wordt bedoeld dat de aannemer voor de uitvoering (...) een tegenprestatie krijgt. Volgens de bepalingen van de overeenkomst ontvangt SEDL van de gemeente Roanne als tegenprestatie (...) een som geld. (...) Ten slotte mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.”*<sup>104</sup>

Naar ik meen, is beargumenteerbaar dat het Hof hiermee tot uitdrukking heeft willen brengen dat de verkrijging van inkomsten van derden waartoe een aanbestedende dienst haar wederpartij in staat stelt, kwalificeert als een bezwarende titel.<sup>105</sup>

Volledigheidshalve merk ik in dit verband op dat mij als onjuist voorkomt:

- Het standpunt dat inhoudt dat inkomsten van derden nooit een bezwarende titel als bedoeld in het Bao kunnen opleveren. Dat standpunt is in mijn optiek reeds sedert het arrest *Mortierepolder* achterhaald.<sup>106</sup>

*In het arrest Mortierepolder ging het om een overeenkomst tussen een gemeente en een ontwikkelaar, op grond waarvan de gemeente aan de ontwikkelaar alle gronden zou leveren, die zijn gelegen in het plangebied. De ontwikkelaar zou het gedeelte van die gronden, die bestemd zijn als openbaar gebied, vervolgens “woonrijp” maken – dat wil zeggen: de aanleg van onder*

<sup>103</sup> Zoals ik in paragraaf 2.3.3 heb toegelicht, is volgens art. 1 sub I een “concessieovereenkomst voor openbare werken” een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een “overheidsopdracht voor werken”, met echter als verschil dat de opdrachtnemer niet betaald wordt door (uitsluitend) de aanbestedende dienst, maar waarbij de tegenprestatie voor het uit te voeren werk in ieder geval bestaat uit het recht om het werk te mogen exploiteren (lees: de revenuen c.q. entreegelden te mogen behouden) al dan niet gecombineerd met een prijs.

<sup>104</sup> Zie: *Auroux*-arrest r.o. 45.

<sup>105</sup> Duidelijkheidshalve merk ik op dat in mijn visie bij een gemeentelijke gronduitgifte voor niet-openbare werken vrijwel steeds sprake zal zijn van een bezwarende titel, aangezien de gemeente de koper van de grond in staat stelt om inkomsten van derden te verkrijgen ter dekking van de kosten voor de realisatie van het desbetreffende werk.

<sup>106</sup> Gerechtshof 's-Gravenhage, 31 januari 2001, rolnr. 00/297, BR 2001/531.

*andere wegen, trottoirs, straatmeubilair – waarna de ontwikkelaar de als openbaar gebied bestemde gronden “om niet” (althans tegen een symbolisch bedrag) zou terugleveren aan de gemeente. Het Gerechtshof in Den Haag ging in deze zaak uit van een functionele uitleg van het begrip “overheidsopdracht”, op grond waarvan zij vaststelde, het niet zo mag zijn dat de gemeente zich door middel van een ‘constructie’ aan de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen kan onttrekken. In dat licht beschouwd, kwam het Gerechtshof tot de conclusie dat het van ondergeschikt belang is of de aanneemsom, die gemoeid is met de realisering van het openbaar gebied, door de gemeente rechtstreeks aan ontwikkelaar werd betaald, dan wel dat de aanneemsom door middel van een ‘constructie’ door derden werd betaald, waardoor uiteindelijk exact dezelfde situatie zou zijn bereikt, als wanneer de gemeente zou zorg dragen voor de aanleg van het openbaar gebied en de prijs van de bouwkavels zou verhogen met de daarmee gemoeide kosten. Immers, de ontwikkelaar levert het openbaar gebied weliswaar tegen een symbolisch bedrag aan de gemeente – terwijl de werkelijke kosten van de aanleg van het openbaar gebied een veelvoud daarvan zijn – maar zal de daarmee gemoeide kosten in feite doorbelasten aan de uiteindelijke woningkopers.<sup>107</sup>*

*Ook in het arrest Cete Inframangement BV / gemeente Aalsmeer kwam de voorzieningenrechter tot de slotsom, dat de hoogte van de door de gemeente te betalen van ondergeschikt belang is. De voorzieningenrechter achtte van doorslaggevend belang, dat met welke middelen dan ook een werk wordt gerealiseerd, dat voldoet aan de eisen, die door de aanbestedende dienst zijn vastgesteld.<sup>108</sup>*

- Het standpunt dat inhoudt dat alle inkomsten van derden een bezwarende titel als bedoeld in het Bao opleveren. Dit standpunt lijkt te worden ingenomen door de Europese Commissie in de ingebrekestelling van de Nederlandse Staat in verband met de wijze van projectontwikkeling op de locatie Vathorst, waarin de Commissie argumenteert dat elk werk dat niet *om niet* wordt gerealiseerd, wordt gerealiseerd onder bezwarende titel.

Mijn conclusie is derhalve dat in casu dient te worden aangenomen dat sprake is van een bezwarende titel als bedoeld in het Bao. De gemeente stelt haar wederpartij –de koper van de grond– immers in staat om de kosten van de bouw van het zwembad te verhalen uit de inkomsten, die van derden mogen worden verkregen.

#### Ad 5 Is sprake van een concessieovereenkomst of een overheidsopdracht?

Dan rest de vraag of sprake is van concessieovereenkomst voor openbare werken of een overheidsopdracht voor werken.

Er zijn een aantal goede argumenten om aan te nemen dat de beoogde gronduitgifteovereenkomst voor het zwembad kwalificeert als een concessieovereenkomst voor openbare werken:

- In casu is sprake van een toekenning door de gemeente aan haar wederpartij van het recht om het zwembad te exploiteren. De toekenning van dit exploitatierecht is kenmerkend voor de concessieovereenkomst.

---

<sup>107</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest: J.M. Gerretsen e.a., *Onder bezwarende titel*, BR 2001, p. 545-554.

<sup>108</sup> Vzng. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, KG 02/2084 AB

- De exploitatie van het zwembad geschiedt volledig voor rekening en risico van de eigenaar/exploitant.
- Er is sprake van een openbaar zwembad, zodat kan worden gesteld dat inderdaad sprake is van een concessieovereenkomst voor *openbare* werken.
- De exploitatie van het zwembad draagt bij aan de verwezenlijking van een overheidstaak.

Anderzijds wordt als typisch voor een concessieovereenkomst voor openbare werken doorgaans aangemerkt, dat het bij de bezwarende titel om een tijdelijk exploitatierecht dient te gaan, waarbij het exploitatierecht na verloop van tijd weer terugkomt bij de aanbestedende dienst. Daarvan is in casu (vooralsnog) geen sprake.

Alles afwegende acht ik aannemelijk dat de beoogde gronduitgifteovereenkomst kan worden aangemerkt als een concessieovereenkomst voor openbare werken.<sup>109</sup>

Het feit dat de beoogde gronduitgifteovereenkomst kan worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor openbare werken is niet zonder belang. Het belang van de kwalificatie van de overeenkomst als een concessie voor openbare werken is er in gelegen, dat de verstrekking van een concessie niet plaats hoeft te vinden volgens een bepaalde voorgeschreven procedure, maar dat het de aanbestedende dienst vrijstaat om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure.<sup>110</sup>

#### 4.3.2 Conclusies met betrekking tot het Bao

Mijn conclusie luidt, dat dient te worden aangenomen dat de door de gemeente beoogde gronduitgifteovereenkomst voor het zwembad aanbestedingsplichtig is ingevolge het Bao.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat in recente publicaties naar aanleiding van het arrest Auroux door onder meer de Neprom en enkele auteurs het standpunt is ingenomen, dat alleen sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor openbare werken, die niet door een aanbestedende dienst worden afgenomen, indien wordt voldaan aan aanvullende criteria. Zo is betoogd dat voor een aanbestedingsplicht zou zijn vereist dat de aanbestedende dienst een **risicodragende rol** vervult. Voorts is betoogd dat voor een aanbestedingsplicht voor niet-openbare werken zou zijn vereist dat de aanbestedende dienst de **initiatiefnemer** is van de realisatie van het werk.

Ik citeer in dat verband Essers:

*“In de zaak Auroux was sprake van een initiatief van de gemeente (...). In die zaak werden ook de risico’s door de gemeente gedragen. (...) De zaak Auroux betreft daarmee een samenwerking tussen een gemeente en een ontwikkelaar die in veel (...) opzichten afwijkt van de voorwaarden waaronder een gemeente en een ontwikkelaar meestal in Nederland samenwerken. Uit het arrest in die zaak kan dan ook voor situaties waarin het initiatief bij een ontwikkelaar ligt (...) niet zonder meer worden afgeleid dat het aangaan door een gemeente van een samenwerkingsovereenkomst met een ontwikkelaar in strijd is met de EG-richtlijn*

<sup>109</sup> Indien geen sprake is van een concessieovereenkomst voor openbare werken, is sprake van een overheidsopdracht voor werken. Hiervoor is immers reeds aangegeven dat wordt voldaan aan de definitie van een overheidsopdracht voor werken.

<sup>110</sup> Zie voor een nadere beschouwing van een concessie paragraaf 2.3.4. van deze masterproof.

*Overheden wanneer aan het aangaan van die overeenkomst geen openbare aanbesteding is voorafgegaan.”<sup>111</sup>*

In die lijn redeneert ook Luteijn:

*“In de Nederlandse projectontwikkelingspraktijk is het in ieder geval zo, dat het markt, althans het opstalexploitatierisico normalerwijze geheel en volledig voor rekening van de private partijen komt – wezenlijk anders dan in Roanne derhalve.”*

en

*“(…) dat private ontwikkelaars het markt- en afzetrisico dragen – en daar gaat het uiteindelijk om.”<sup>112</sup>*

Dergelijke standpunten, dat als aanvullend criterium voor het aannemen van een aanbestedingsplicht zou gelden, dat de aanbestedende dienst een **risicodragende rol** moet vervullen en/of de **initiatiefnemer** moet zijn, acht ik niet houdbaar, omdat:

- (i) zij geen verband houden met de definities, die worden gehanteerd in het Bao;
- (ii) terwijl het Hof deze definities zeer strikt pleegt te volgen<sup>113</sup>; en
- (iii) er geen jurisprudentie is waaruit het gelijk van voornoemde auteurs voortvloeit.

Overigens is het in casu de vraag in hoeverre sprake is van een werk waarvoor het initiatief niet bij de aanbestedende dienst zou liggen. De uitkomsten van de “kerntakendiscussie” vormen immers aanleiding tot het overdragen van de realisering en exploitatie van het zwembad aan een derde.

#### **4.4 EG-verdrag**

Ik kom dan toe aan de vervolgvraag of de beoogde onderhandse grondtransactie in strijd is met het non-discriminatie beginsel en het gelijkheids- en transparantiebeginsel uit hoofde van het EG-verdrag.

Zoals ik in paragraaf 2.2.1. heb opgemerkt, zijn voornoemde beginselen van toepassing op al het economisch handelen van aanbestedende diensten uit de EU-lidstaten, zoals de gemeente. Onder al het economisch handelen is in dit verband in ieder geval te verstaan, al het toevertrouwen van economische activiteit aan een derde, respectievelijk het vastleggen van de voorwaarden daarvoor.

##### 4.4.1. Context

In een reeks van arresten<sup>114</sup> die het Hof in de afgelopen jaren heeft gewezen over de onderhandse verstrekking van openbare dienstenconcessies<sup>115</sup>, heeft het Hof bepaald dat het feit dat dienstenconcessies zijn uitgezonderd van het toepassingsbereik van de

<sup>111</sup> Zie: M.J.J.M. Essers “Projectontwikkeling en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het *Auroux-arrest*”, BR 2007, p. 391, 392.

<sup>112</sup> Zie: R.D. Luteijn “Projectontwikkeling na Roanne”, VGR 2007-1, p. 7. In die zin ook: Neprom-bulletin februari 2007.

<sup>113</sup> De arresten van het Hof beginnen in dat verband ‘standaard’ met het citeren en het punt voor punt aflopen van de in de richtlijnen vastgelegde definities. Zie bijvoorbeeld het in paragraaf 3.2.2. geciteerde perscommuniqué, vierde alinea.

<sup>114</sup> Onder meer de reeds genoemde arresten in de zaken C-324/98 (Telaustria), C-231/03 (Coname) en C-458/03 (Parking Brixen).

<sup>115</sup> Dit betreft derhalve niet de concessies voor openbare werken zoals hiervoor besproken.

Europese aanbestedingsrichtlijnen<sup>116</sup> onverlet laat, dat de beginselen van het EG-verdrag van toepassing zijn op de verlening van dergelijke concessies.

Zoals in paragraaf 2.2.2. e.v. is besproken, heeft het Hof bepaald dat één van deze beginselen het transparantiebeginsel is, waarvan de functie is om controleerbaar te maken of door de aanbestedende dienst het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen. Het Hof heeft daaraan de basisnorm ontleend, die inhoudt dat een passende mate van openbaarheid moet worden betracht bij de verlening van deze concessies, welke passende mate van openbaarheid in de jurisprudentie van het Hof wordt uitgelegd als de verplichting tot het doen van een oproep tot mededinging. De consequentie hiervan is dat het Hof niet toestaat dat dienstenconcessies onderhands worden verstrekt, tenzij een uitzondering van toepassing is. Een dergelijke uitzondering kan zijn dat de economische waarde van de concessie dermate gering is, zo is in paragraaf 2.2.3. toegelicht, dat niet aannemelijk is dat hiervoor interesse zou kunnen bestaan bij ondernemers uit een andere lidstaat dan de lidstaat waarin de aanbestedende dienst is gevestigd.

Op dit moment staat primair ter discussie wat het materiële toepassingsbereik is van voornoemde publicatieplicht (lees: oproep tot mededinging). Aangezien het Hof deze plicht afleidt uit de algemene beginselen van het EG-verdrag, is niet aannemelijk dat de publicatieplicht alleen bestaat voor dienstenconcessies. De vervolgvraag is dan voor welke andere rechtshandelingen, die niet onder het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, de publicatieplicht geldt.

Duidelijk is dat de Europese Commissie van mening is dat de publicatieplicht in ieder geval geldt voor de zogenoemde 1B-diensten<sup>117</sup> en de overheidsopdrachten met een waarde *beneden* de drempelwaarden van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, *tenzij* sprake is van een overheidsopdracht met een zeer geringe economische waarde.<sup>118</sup>

Voor de gemeente is met name relevant of een dergelijke publicatieplicht uit hoofde van het EG-verdrag ook zou kunnen bestaan voor gemeentelijke grondtransacties die *niet* onder het toepassingsbereik van het Bao vallen. Vooralsnog is er geen jurisprudentie waarin zulks is bepaald. Evenmin heeft de Commissie ter zake een eenduidig standpunt ingenomen, alhoewel uit de ingebrekestelling ter zake de locatie Vathorst en de interpretatieve mededeling C-179/2 van de Commissie kan worden afgeleid dat de Commissie van mening is dat de publicatieplicht in beginsel ook van toepassing is op gemeentelijke grondtransacties, niet zijnde overheidsopdrachten. Jurisprudentie van het Hof over deze problematiek zal naar verwachting nog geruime tijd op zich laten wachten.

#### 4.4.2. Conclusie

Gezien het bovenstaande concludeer ik, dat niet kan worden uitgesloten dat de beoogde gronduitgifte kwalificeert als het toevertrouwen van economische activiteit aan derden respectievelijk het vaststellen van de voorwaarden daarvoor, zodat serieus rekening dient te worden met een eventuele publicatieplicht uit hoofde van het EG Verdrag.

---

<sup>116</sup> Zie art. 16 van het Bao: “*Dit besluit is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor diensten.*”

<sup>117</sup> De richtlijnen maken onderscheid tussen zogenoemde 1A-diensten en 1B-diensten, waarop het regime respectievelijk volledig en slechts beperkt toepasselijk is.

<sup>118</sup> Zie interpretatieve mededeling C-179/2.

## 5. CONCLUSIES EN ADVIES

De aanleiding voor dit onderzoek was de gedachte, dat niet alleen een private partij, maar óók een overheid baat kan hebben bij het ontwikkelen en uitvoeren van (een beleid met betrekking tot) CREM. Bij een overheid is die gedachte onder andere opgekomen in het kader van de zogenoemde *kerntakendiscussie*. Naar aanleiding van die discussie worden er bepaalde (politieke) keuzes gemaakt ten aanzien van de taken, die de overheid nog wél en niet (meer) tot haar kerntaak rekent. De taken, die zij niet (meer) tot haar kerntaak rekent, kunnen worden overgelaten aan “de markt”. Aldus kan een overheid besluiten om de ontwikkeling, realisering en exploitatie van een voorziening van algemeen belang te gunnen aan een derde, een en ander zoals vast te leggen in een tussen de overheid en de desbetreffende derde te sluiten overeenkomst.

Echter, het staat een overheid niet zonder meer vrij om naar eigen goeddunken (c.q. willekeur) een derde te selecteren om zo'n overeenkomst mee te sluiten. Een overheid is daarbij gebonden aan de Europese wet- en regelgeving, met name de wet- en regelgeving die voortvloeit uit het Bao en het EG-verdrag, alsook de jurisprudentie van het Hof.

In de tussenliggende hoofdstukken heb ik de toepasselijkheid van deze Europeesrechtelijke kaders onderzocht, indien een overheid een overeenkomst wenst te sluiten met een derde, in het kader waarvan aan de desbetreffende derde naar aanleiding van de uitkomst van de kerntakendiscussie de ontwikkeling, realisering en exploitatie van een voorziening van algemeen belang wordt opgedragen.

Mijn conclusie naar aanleiding van mijn onderzoek luidt, dat aannemelijk is dat de door een aanbestedende dienst beoogde gronduitgifte aan een derde, die ter plaatse van die grond een voorziening van algemeen belang dient te realiseren en te exploiteren, aanbestedingsplichtig is ingevolge het Bao. Voorts kan niet worden uitgesloten dat hiervoor een publicatieplicht ingevolge het EG-verdrag bestaat.

Indien de aanbestedende dienst bereid zou zijn om de randvoorwaarden voor de beoogde gronduitgifte ter discussie te stellen, kan de conclusie anders luiden. Met name acht ik op goede gronden verdedigbaar dat het Bao niet van toepassing is indien wordt afgezien van het opleggen door de aanbestedende dienst aan de marktpartij van een bouwplicht.

Indien de aanbestedende dienst wenst vast te houden aan gronduitgifte, waarbij wél randvoorwaarden worden gegeven, dan lijkt het mij raadzaam om het ertoe te leiden, dat de gronduitgifte wordt aangemerkt als een *concessieovereenkomst voor openbare werken*. In dat verband zou kunnen worden overwogen om de gronden, ter plaatse waarvan het openbare werk wordt gerealiseerd, in *niet* eeuwigdurende erfpacht (c.q. niet in eigendom) uit te geven, om het tijdelijke aspect van de exploitatie te beklemtonen. Die tijdelijkheid is immers een kenmerkend aspect van een concessie.

Een kwalificatie als concessieovereenkomst voor openbare werken in plaats van een kwalificatie als overheidsopdracht voor werken biedt vele procedurele voordelen. Het belangrijkste procedurele voordeel is zonder meer dat bij de verstrekking van de concessie het de aanbestedende dienst vrijstaat om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure.

Wél is vereist dat een bekendmaking van de concessie wordt gepubliceerd en minimumtermijnen in acht worden genomen. De concessie mag dus niet onderhands worden verstrekt. Voorts dient de aanbestedende dienst er rekening mee te houden dat de concessiehouder, die zelf geen aanbestedende dienst is, desalniettemin gehouden is aan de verplichtingen uit hoofde van het Bao. Dat betekent dat het in beginsel de voorkeur verdient om de concessie te vergeven aan een partij die zelf in staat is om de openbare voorziening te bouwen, zodat niet naast de concessie ook de bouw van het werk (door de

concessiehouder) dient te worden aanbesteed, indien het oogmerk zou zijn de ontwikkeling, realisering en exploitatie van de voorziening van algemeen belang zoveel mogelijk aan de werking van het aanbestedingsrecht te onttrekken.

De belangrijkste conclusie van deze masterproof moet al met al luiden, dat vanwege de toepasselijkheid van Europese wet- en regelgeving de uitvoering van het CREM-beleid door een overheid maatwerk is.

En dat is goed nieuws voor juristen.

----- /// -----