

Artikelen

TBR 2009/195

Gastcolumn

Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009: voor eigen rekening en risico

Mr. A.A. Boot en mr. R.A. Wuyster¹

Hij liet even op zich wachten, maar op 1 september was hij er dan plotsklaps: de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009.² Naar verluidt werd de vertraging veroorzaakt door intensief *last minute* overleg met de Europese Commissie, maar wellicht waren ook anderen daaraan debet. Daar waar immers in de vorige editie uit 2007 nog het logo van het ministerie van Financiën prijkte, is nu de opsteller van het ICER Rapport Auroux prominent vertegenwoordigd: het ministerie van Binnenlandse Zaken.

De Reiswijzer is met 118 pagina's een lijvig document geworden. Deels heeft dit te maken met de terechte integratie van staatsteun en de nieuwe Wro, maar uiteraard hoofdzakelijk met de consequenties van de uitspraak inzake Auroux/ Roanne, die er als hoofdstuk 6 enigszins aangeplakt lijken te zijn. Helemaal wordt er een kunstmatig en ondoorgrondelijk onderscheid gehandhaafd tussen enerzijds 'selectie', die als *eenonderhandse* procedure wordt gedefinieerd, en een specifieke vorm daarvan: 'aanbesteding', waarmee een *Europese* procedure conform het ARW 2005 wordt bedoeld. Kennelijk bestaat er ook nog een openbare selectie en een niet-openbare selectie met voorafgaande selectie die opeens weer kwalificatie moet heten. Dit leidt meer tot verwarring en nodeloze herhaling dan een transparant en helder onderscheid, waardoor gevreesd kan worden dat de onervaren reiziger alsnog het spoor bijster raakt. Want in wezen gaat het natuurlijk allemaal om hetzelfde: het aanbesteden van een gebiedsontwikkeling, waarbij de hamvraag is of dit al dan niet moet via de vormvoorschriften van de Richtlijn 2004/18 (Bao) of de communautaire beginselen.

Mede in dat verband is opmerkelijk en ons inziens goed dat de Reiswijzer het onderscheid tussen 'selectie' en 'aanbesteding' (Europees) in feite weer zeer sterk relativeert. Bij herhaling wordt benadrukt

dat *elke* procedure (inclusief een niet-Europese) bestuurlijk dient te worden verankerd, zodat de kaders, waaronder proportionele eisen, vooraf voor alle partijen op voet van gelijkheid, helder en transparant zijn, en nadien niet meer mogen worden gewijzigd. Elke procedure heeft een juridische dimensie waar de algemene regels van duidelijkheid, transparantie en objectieve beoordeling blijven gelden; de mogelijkheden voor onderhandeling zijn niet onbeperkt. Indien de Reiswijzer deze strenge (doch civiel- en publiekrechtelijk juiste) maatstaf als uitgangspunt hanteert, dan vragen wij ons af waarom de Reiswijzer expliciet stelt dat de centrale vraag toch vooral is hoe met de Reiswijzer kan worden *'voorkomen dat de overheid zich door het stellen van eisen gedraagt als opdrachtgever van het betreffende vastgoed alsof het om een publiek werk zou gaan, terwijl het feitelijk om een ontwikkeling voor de markt gaat.'* Ook buiten de Europese dimensie gelden immers juridische spelregels die in materieel opzicht het Europese speelveld grotendeels overlappen.

Niettemin steekt de reiswijzer met die centrale vraagstelling in het achterhoofd van wal. Met de Nederlandse jurisprudentie naar aanleiding van Auroux/Roanne wordt vervolgens een ingewikkelde koers gevaren die vooralsnog niet kan worden opgemaakt uit de routeplanner van het Europese Hof of de Richtlijn 2004/18/EG. Als vertrekpunt stelt de Reiswijzer dat financiële participatie van gemeenten in commerciële vastgoedexploitatie leidt tot een aanbestedingsverplichting. Daartoe wordt betoogd dat de Voorzieningenrechter in de zaak Noordwijk het van belang achtte dat de gemeente middels de lagere grondprijs de bezwarende titel voldeed, zodat zij financieel participeerde in het door haar verlangde project. Wij menen dat dit een onjuiste interpretatie is. De Voorzieningenrechter overwoog

¹ Alexandra Boot en Roy Wuyster zijn advocaten bij Boot advocaten.

² Uitgegeven door het ministerie van VROM en eenvoudig te downloaden van diverse websites.

immers primair dat een aanbestedingsplicht geldt zodra sprake is van een schriftelijke overeenkomst met betrekking tot een bouwwerk onder bezwarende titel. Voor die bezwarende titel gold dat de woonstichting een tegenprestatie kreeg, onder andere bestaande uit inkomsten van derden. Opmerkelijk is dat dit deel van de uitspraak niet wordt genoemd. Vervolgens wordt een oude uitspraak van het Hof Arnhem (sept. 2007) opgevoerd waarmee de kern van de 10 januari-brief weer van stal lijkt te worden gehaald: bij geen beschikking over of financiële participatie in commercieel vastgoed ontbreekt een aanbestedingsplicht. De stelling wordt verder onderbouwd met de zaak Voerendaal, waarin de Voorzieningerechter echter overwoog dat er geen sprake was van realisering maar slechts van planontwikkeling. Deze uitspraak is ons inziens terecht zeer kritisch ontvangen.³ Ten slotte wordt het arrest inzake de gronduitgifte door de gemeente Voorst aangehaald, maar hier ontbrak primair een schriftelijke overeenkomst met betrekking tot een bouwwerk. Financiële participatie zonder private bouwplicht of eisen (daargelaten art. 8 Bao) is evenals marktconformiteit echter een zuiver staatssteunaspect, zoals bij bepaalde gemeentelijke erfpachtconstructies ter ondersteuning van noodlijdende projectontwikkelaars met grondposities. Financiële participatie loopt uit de pas met het heldere tweespan: 'eisen' en 'bezwarende titel'.

Gelukkig komt de Reiswijzer via een omweg toch nog terug op het juiste spoor. Terecht wordt de grens getrokken dat de meest vergaande contractuele eis van een bouwplicht ook bij zuivere commerciële vastgoedexploitatie voor eigen rekening en risico leidt tot een Europese aanbestedingsverplichting. In feite hebben we het dan over de aanbestedingsplichtige 'concessie voor openbare werken', die de Reiswijzer lijkt te willen vermijden. Opmerkelijk, want waarom zou een gemeente bij de uitgifte van haar 'hete gronden' in het publieke belang van ruimtelijke ordening en woningbouw geen contractuele eisen aan de vastgoedexploitatie moeten stellen? Overigens is opmerkelijk dat de 'concessie voor openbare werken' wordt beperkt tot het gebied van exploitatie voor eigen rekening en risico *ten behoeve van de overheid* inzake vastgoed

met een *openbaar* karakter. In de Reiswijzer blijft helaas de Europese relevantie voor de relatie tussen corporaties en gemeenten enerzijds, en tussen rijksoverheid en corporaties anderzijds, in nevelen gehuld. Slechts afspraken tussen corporaties en gemeenten worden Europees aanbestedingsplichtig geacht wanneer het maatschappelijk vastgoed (exclusief woningen!) betreft.

Niettemin representeert de Reiswijzer 2009 een ommekeer sinds de ingebrekestelling Vathorst vol ongeloof werd ontvangen. Wij poneerden in februari 2008 in dit tijdschrift een juridische analyse die destijds in de literatuur werd verworpen, maar inmiddels binnen anderhalf jaar breed gedragen wordt. De opstellers van de Reiswijzer wijzen er echter op dat het Hof zich nooit heeft uitgesproken over samenwerking bij gebiedsontwikkeling in Nederland. Paradoxaal genoeg is met het ICER Rapport Auroux nu juist al het mogelijke gedaan om dat te voorkomen. Hoewel het ICER Rapport voor de EC voldoende was om de zaak Vathorst te seponeren, geldt dit kennelijk niet voor de Reiswijzer. De eigenlijke vraag wanneer buiten een expliciete contractuele bouwplicht sprake is van een 'concessie voor openbare werken' ingeval van commerciële opstalexploitatie voor eigen rekening en risico wordt immers omzichtig gemedend. De Reiswijzer adviseert dat de indruk van een Europese aanbestedingsplicht terzake kan worden weggenomen door het vermijden van bepaalde contractuele formuleringen. Het is echter de vraag of de gemeentelijke wens om bijvoorbeeld 500 woningen te realiseren, vertaald in het bestemmingsplan, ook buiten een contractuele bouwplicht niet zal leiden tot een aanbestedingsplichtige 'concessie voor openbare werken'. Na het verschijnen van de Reiswijzer heeft de EC in ieder geval gemeend het offensief te moeten heropenen. Zij heeft dan ook onmiddellijk toegeslagen met een concept-ingebrekestelling inzake het 'Doornakkers Centrum' te Eindhoven. De Reiswijzer waarschuwt dus niet zonder reden dat altijd gerekend moet worden met toekomstige uitspraken van het EG Hof waardoor de Reiswijzer moet worden herzien. Ook de Reiswijzer 2009 is voor eigen rekening en risico.

³ Vzgnr. Rb. Maastricht 4 juni 2009; LJN: BI 6328; BR 2009/153, p. 770, m.nt. G. 't Hart. De annotator acht de uitspraak strijdig met het ICER Rapport. Het gunningsdocument 'Opgave Marktselectie Dammerich' 19-11-08 verklaart: 'De totale planontwikkeling dient voor eigen rekening en risico ontwikkeld en gerealiseerd te worden'.