

'Scala'

Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden

Bevindingen van de door de *Interdepartementale Commissie
Europees Recht* (ICER) ingestelde werkgroep

Juni 2003

Inhoud:

§0	Samenvatting	3
§1	Aanleiding voor dit rapport	4
§2	De Scala casus	4
§3	Opzet en aanpak	4
§4	Een analyse van verschillen en overeenkomsten tussen Nederland en Italië	5
4.1	Feitelijk weergave van de verschillen	5
4.2	Relevante overeenkomsten	5
4.3	Relevant verschil	5
§5	Betekenis van het arrest voor de gangbare grondexploitatie modellen	6
5.1	traditionele actieve grondbeleid	7
5.2	het bouwclaim-model	8
5.3	de joint venture	8
5.4	het concessiemodel	8
§6	Conclusies	9
§7	Aanbevelingen	9
7.1	Onderzoek de mogelijkheden het ruimtelijk- en locatiebeleid 'aanbestedingsbestendig' te maken	9
7.2	Geef de eigenaar last en volmacht tot uitvoering van de aanbesteding.....	10
7.3	Dwing desnoods aanbesteding af in de voorwaarden bij de nieuwe grondexploitatievergunning.....	10
7.4	Onderzoek de wenselijkheid aanvullende wettelijke aanbestedingsplicht	10
7.5	Ga niet over tot aanpassing van de onteigeningswet	10
§8	Bijlage; samenstelling van de werkgroep	12
§9	noten:	12

§0 Samenvatting

Dit rapport bevat de bevindingen van de ICER-werkgroep die de taak had te onderzoeken welke gevolgen Nederlandse overheden en/of de wetgever aan het zogenoemde Scala-arrest van het Hof van Justitie EG zouden moeten verbinden. Het arrest is vooral van belang omdat het ingaat op de aanbestedingsplicht in gevallen waarin een projectontwikkelaar vanuit een ingenomen grondpositie een recht kan laten gelden op het zelf aanleggen van een werk in de zin van de richtlijn. De spanning tussen recht op uitvoering in eigen beheer ('zelfrealisatie') enerzijds en aanbestedingsplicht anderzijds doet zich in Nederland voor in de sfeer van de grondexploitatie.

Na analyse van (het belang van) overeenkomsten en verschillen tussen de Nederlandse praktijk en de Italiaanse casus blijkt dat het arrest op de volgende punten richtinggevend is:

- de richtlijn moet zodanig uitgelegd worden dat het nuttig effect ervan is verzekerd;
- of er een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn is moet worden bepaald door systematisch de elementen van de richtlijn zelf na te lopen;
- 'een tegenprestatie' door de overheid die in een verhouding staat tot de aanleg van een werk waarover de overheid de beschikking krijgt volstaat als 'bezwarende titel' voor een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn;
- afwezigheid van een vrije partijenkeuze betekent niet dat er geen (aangebestedingsplichtige) overeenkomst in de zin van de richtlijn zou zijn.

Voor de Nederlandse situatie geldt dat het niet kunnen kiezen van een aannemer niet voortvloeit uit *wetgeving* maar uit *eigendomsbescherming*. Nu de richtlijn een uitzondering op de aanbestedingsplicht bevat vanwege bescherming van 'exclusieve rechten' rijst de vraag of grondeigendom een dergelijk exclusief recht is of kan zijn. Uit het arrest is dat niet rechtstreeks af te leiden. Gelet op het karakter van uitzondering en het 'nuttig effect van de richtlijn' als belangrijkste interpretatieregel is het echter vrijwel uitgesloten dat het Hof grondeigendom een exclusief recht in de zin van de richtlijn zal achten.

Uit bovenstaande en hieruit volgt dat de praktijk om vanwege grondposities overheidsopdrachten ondershands te gunnen niet toelaatbaar is. Aanleg van werken in de zin van de richtlijn op zogenoemde unieke bouwlocaties of via één van de gangbare grondexploitatiemodellen moet worden aanbesteed.

De wijze van grondexploitatie in Nederland terug te voeren op vier 'basismodellen'. Aanbestedingsplichtigheid moet per geval aan de hand van de elementen van de richtlijn worden beoordeeld. In zijn algemeenheid is het *bouwclaimmodel* bezwaarlijk indien direct of indirect ontwerpwerkzaamheden of een bouwopdracht voor werken in de zin van de richtlijn overeengekomen worden (waarover de betrokken overheid weer zal gaan beschikken). Het *joint-venture model* blijkt in een recente uitspraak van de Nederlandse rechter kwetsbaar in verband met de 'per saldo' toets (het uiteindelijke effect van een constructie is hetzelfde als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht). Omdat ontwikkelaars op winst gerichte ondernemingen zijn, is niet waarschijnlijk dat zij zonder tegenprestatie openbare voorzieningen aanleggen. Daarmee is een bezwarende titel snel gevonden zodat ook in het *concessiemodel* in veel gevallen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten verscholen zullen zitten.

Omdat de afhankelijkheid van een bepaalde marktpartij het gevolg is van beleidskeuzes, wordt aanbevolen nader te onderzoeken hoe het ruimtelijk- en locatie beleid zodanig aangepast kunnen worden dat zinvolle aanbesteding mogelijk blijft. Daarbij moet met name gekeken worden naar mogelijkheden om alternatieve locaties voor werken in de planvorming en de besluitvorming open te houden en naar het verwerken van de beleidsdoelstellingen in *andere gunningcriteria dan 'laagste prijs'* zodat ook andere locaties of marktpartijen in aanmerking komen. Als toch afhankelijkheid ontstaat van één marktpartij moet uitonderhandeld worden dat deze als gevolmachtigd aanbesteder richtlijnconforme aanbesteding organiseert. Voor weigerachtige grondeigenaren zou dat verplicht moeten kunnen worden voorgeschreven in de voorwaarden bij de nieuwe grondexploitatievergunning. Reeds voorzien is, dat het niet krijgen van een dergelijke vergunning een titel voor onteigening oplevert. Onderzocht moet worden of daarnaast een algemene wettelijke voorziening voor de categorie die geen grondexploitatievergunning nodig heeft, noodzakelijk is.

Onteigening *uitsluitend* om te kunnen aanbesteden zou op zichzelf wijziging van de onteigeningswet vergen. Een zo ingrijpende maatregel is echter niet nodig en dus ook niet wenselijk, gelet op de beschikbare alternatieven.

§1 Aanleiding voor dit rapport

In juli 2001 wees het Hof van Justitie van de EG een uitvoerig gemotiveerd arrest¹ over de uitleg van de richtlijn die verplicht tot openbare aanbesteding van de bouw van 'werken' door overheden² (verder: *het arrest, de richtlijn, resp. werken in de zin van de richtlijn*). Met name trok het arrest de aandacht omdat de betekenis van de richtlijn verduidelijkt werd voor situaties waarin een ontwikkelaar/aannemer een recht kan laten gelden om de betrokken opdracht zelf uit te voeren. Een dergelijk recht laat de overheid geen of weinig vrijheid in het kiezen van een aannemer, zodat er spanning ontstaat tussen de plicht tot openbare aanbesteding enerzijds en het recht op 'zelfrealisatie' anderzijds. In Nederland sluiten overheden die zich zien geconfronteerd met door private partijen ingenomen grondposities met die partijen vaak overeenkomsten waarbij (ook) uitvoering van werken in de zin van de richtlijn worden opgedragen³. In literatuur en eerdere rapporten en adviezen wordt als probleem gesignaleerd dat dit mogelijk op gespannen voet staat met de verplichting in beginsel communautaire mededinging te organiseren⁴. Ook in de kabinetsreactie op de Enquête Bouwnijverheid wordt deze spanning weer gesignaleerd⁵.

De ICER besloot naar aanleiding van een fiche bij dit arrest een interdepartementale werkgroep in te stellen om nader te onderzoeken welke gevolgen Nederlandse overheden en/of de wetgever aan het arrest zouden moeten verbinden. Dit rapport is het resultaat van die werkgroep.

§2 De Scala casus

De gemeente Milaan wilde als onderdeel van het project 'Scala 2001' in de stadswijk Bicocca een nieuw theater (Teatro alla Bicocca) realiseren. Het terrein vormde onderdeel van een grootschalige particuliere verkaveling die werd uitgevoerd door onder andere de firma Pirelli als eigenaar/ontwikkelaar. Met deze marktpartijen sloot de gemeente een overeenkomst, waarin – voor zover hier van belang – werd bepaald dat Pirelli de coördinatiekosten van het totale project voor haar rekening zou nemen, de firma MCS buitengevel en installaties van het theater zou bouwen en dat de grond om niet aan de gemeente zou worden overgedragen.

Toen architectenorganisaties de nietigheid van het besluit tot goedkeuring van de overeenkomst vorderden met als argument dat het theater de kenmerken van een openbaar gebouw vertoont en de opdracht dus openbaar had moeten worden aanbesteed, verweerde de gemeente zich met een beroep op de Italiaanse wetgeving op grond waarvan de eigenaar van de grond in beginsel het recht heeft dergelijke voorzieningen in eigen beheer aan te leggen onder aftrek van de aan de gemeente verschuldigde bijdrage in de exploitatiekosten.

Naar aanleiding van een vraag van de verwijzende rechter hoe deze regelgeving zich verhoudt tot het communautaire aanbestedingsrecht, bepaalde het Hof van Justitie van de EG dat de betrokken richtlijn zich verzet tegen "nationale wettelijke bepalingen voor stedenbouw volgens welke een infrastructurele voorziening door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan zonder inachtneming van de procedures van de Richtlijn in eigen beheer kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de voor de verlening van de vergunning verschuldigde bijdrage, wanneer de waarde van deze voorziening gelijk is aan of meer bedraagt dan de in die Richtlijn vastgestelde drempel".

§3 Opzet en aanpak

Het rapport zou antwoord moeten geven op de vraag wat de betekenis is van het dictum en van met name de rechtsoverwegingen 52 (de richtlijn moet zodanig worden uitgelegd dat het nuttig effect ervan wordt verzekerd) en 75 (het feit dat de overheid haar contractpartij niet kan kiezen rechtvaardigt op zich niet de niet-toepassing van de Richtlijn).

Omdat een arrest per definitie casuïstisch is, vraagt een verantwoorde veralgemenisering ervan een zorgvuldige analyse van de elementen die een algemene gelding zouden kunnen hebben. Omdat het hier een *Italiaanse* casus betreft waaruit algemene aanwijzingen voor de *Nederlandse* aanbestedingspraktijk moeten worden afgeleid is het des te meer van belang mogelijk relevante verschillen in kaart te brengen. Het Hof beantwoordt in beginsel alleen de voorliggende prejudiciële vraag, nl. of de richtlijn zich verzet tegen bepaalde specifieke Italiaanse wetgeving ('op het gebied van stedenbouw') op grond waarvan een infrastructurele voorziening in eigen beheer door de houder van een bouwvergunning of van een goedgekeurd verkavelingsplan kan worden aangelegd onder gehele of gedeeltelijke aftrek van de verschuldigde bijdrage. Daar staat weer tegenover dat het Hof gelet op de uitgebreide motivering met een soms zeer algemene strekking kennelijk gewild heeft een voorbeeld arrest te geven. Ook de punten waarop juist de overeenkomsten relevant zijn verdienen vermelding.

Hierna volgt een analyse van de mate waarin de Scala casus voor de Nederlandse praktijk van belang is door de relevantie van verschillen en overeenkomsten met de Italiaanse casus te onderzoeken voor de situatie dat een overheid geconfronteerd wordt met een eigenaar die in staat en bereid is zelf werken in de zin van de richtlijn aan te leggen (§4). Vervolgens wordt geanalyseerd wat de betekenis is van het arrest voor de in de Nederlandse praktijk gangbare grondexploitatie modellen (§5). Tenslotte worden conclusies getrokken (§6) en worden aanbevelingen gedaan (§7).

§4 Een analyse van verschillen en overeenkomsten tussen Nederland en Italië

4.1 Feitelijk weergave van de verschillen

Onder de Italiaanse wetgeving (aangehaald in r.o. 16 ev.) is de aanvrager van een bouwvergunning verplicht een bijdrage aan de gemeente te betalen voor elke werkzaamheid waarvoor ook een stedenbouwkundige en bouwkundige verandering van het gemeentelijk grondgebied nodig is. Voor wat betreft de "infrastructurele voorzieningen van primair of secundair belang" kan bij de aanvraag verzocht worden deze in eigen beheer aan te mogen leggen onder aftrek van de verschuldigde bijdrage (r.o. 18). Het gaat daarbij om het soort voorzieningen dat doorgaans onder de werkingssfeer van de richtlijn valt zoals straten, leidingnetten, verlichting ed. ('primair belang') en scholen, crèches markten, sportcentra ed. ('secundair belang') (r.o. 19 en 20). Het aanbrengen van de buitengevel van een theater valt er als 'burgerlijke utiliteitsbouw' in ieder geval onder (r.o. 60). Een vergelijkbare wettelijke voorziening is getroffen voor het geval de voorzieningen deel uitmaken van een verkavelingsplan. In dat geval is zelfs de hoofdregel dat een overeenkomst voorziet in aanleg in eigen beheer op kosten van de eigenaren (r.o. 25).⁶ Aanleg in eigen beheer wordt toegestaan indien dit 'het openbaar belang' dient.

Nederland kent geen algemene met de Italiaanse regelgeving vergelijkbare wettelijke voorziening zoals een dergelijke publiekrechtelijke overeenkomst. Overeenkomsten tussen overheid en projectontwikkelaar hebben een privaatrechtelijk karakter (aanneming van werk, projectontwikkeling). Waar in Italië het kostenverhaal gekoppeld is aan de afgifte van een bouwvergunning, bestaan in Nederland vier methoden waaruit gemeenten kunnen kiezen voor het verhalen van kosten op private exploitanten⁷. In tegenstelling tot Italië is in Nederland het zelfrealisatiebeginsel dan ook niet wettelijk verankerd, maar vormt het onderdeel van de vaste jurisprudentie van de Kroon bij artikel 79 onteigeningswet: onteigening is niet noodzakelijk wanneer een grondeigenaar in staat en bereid is het aan de onteigening ten grondslag liggende bestemmingsplan (of bouwplan) zelf uit te voeren. Aan een beroep op het zelfrealisatiebeginsel worden strenge eisen gesteld. Zo dient een eigenaar voldoende gronden binnen het plangebied in bezit te hebben en moeten die gronden voldoende aaneengesloten zijn gelegen om een integrale uitvoering van een bepaald planonderdeel of complex te waarborgen. Bovendien moeten de wensen van de eigenaar overeenkomen met de door de gemeente gewenste vorm van planuitvoering⁸.

4.2 Relevante overeenkomsten

Met name de nadruk die het Hof legt op zodanige uitleg van de richtlijn dat het nuttig effect ervan is verzekerd⁹ geeft een algemene regel voor de oplossing van interpretatiekwesaties die ook in de Nederlandse praktijk toegepast moet worden. Onder het nuttig effect van de richtlijn moet daarbij gedacht worden aan het wegnemen van belemmeringen voor het vrij verkeer en de openstelling van de uitvoering van overheidsopdrachten voor daadwerkelijke mededinging. In het verlengde daarvan ligt nog het tegengaan van onrechtmatige begunstiging¹⁰. Hoewel ook hiervoor geldt dat de overweging betrekking had op een situatie waarin nationale regelgeving vergeleken moet worden met de richtlijn, is het zeer onwaarschijnlijk dat het Hof een andere maatstaf zou aanleggen als het er om gaat of overeenkomsten, constructies of jurisprudentie een inbreuk op de richtlijn vormen.

De Nederlandse en de Italiaanse situatie verschillen verder niet op de aspecten die samenhangen met de uitleg die het Hof geeft aan het belang van de elementen *aanbestedende dienst en werken* (r.o. 47 t/m r.o. 56). De vraag of in een bepaalde Nederlandse casus de bepalende elementen aanwezig zijn kan alleen beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Verder is ook voor de Nederlandse situatie van groot belang dat het Hof korte metten maakt met het verweer dat er bij afwezigheid van een vrije partijenkeuze ('een eventualiteit' volgens het Hof) geen sprake zou zijn van een overeenkomst in de zin van de richtlijn. Als in de overeenkomst (vrijelijk) allerlei afspraken worden gemaakt en dit vervolgens een rechtstitel oplevert (r.o. 71) is het contractuele element aanwezig en is wat dat betreft aan de richtlijndefinitie voldaan.

4.3 Relevant verschil

Uit de vorige paragraaf blijkt dat in Italië (althans ten tijde van de Scala uitspraak) een initiatiefnemer in zijn algemeenheid een wettelijk recht heeft om in eigen beheer werken in de zin van de richtlijn te realiseren in ruil voor aftrek van anders verschuldigde bijdragen. De basis voor deze aanspraak is gelegen in wetgeving. De Italiaanse wetgeving geeft dus een *algemene* wettelijke aanspraak op zelfrealisatie.

In Nederland volgt het recht om werken in de zin van de richtlijn in eigen beheer aan te leggen uit de jurisprudentie op grond van artikel 79 onteigeningswet. Het zelfrealisatierecht is dus een gevolg van de bescherming van de eigendom. Er is niet zozeer sprake van een recht aan de zijde van de initiatiefnemer als wel van een beperking aan de zijde van de overheid om een inbreuk te plegen op de eigendom omdat die inbreuk - bij gebleken bereidheid en in staat zijn tot aanleg in eigen beheer - niet noodzakelijk zou zijn voor het bereiken van het doel. Basis voor de 'aanspraak' is dus bescherming van de eigendom. Dit is van belang omdat het Hof zich in dit arrest niet heeft uitgesproken over de vraag in hoeverre uitvoering in eigen beheer uit oogpunt van eigendomsbescherming verenigbaar kan zijn met de richtlijn. Weliswaar is aangevoerd dat de overheid geen keuze had, maar dat was aan de orde bij de vraag of er sprake was van een overeenkomst (r.o. 64, zie boven). Die keuze bleek er niet te zijn, niet omdat men met een eigenaar van doen had, maar omdat de Italiaanse wetgeving die de inbreuk veroorzaakte bij verkavelingsovereenkomsten de eigenaar aanwijst als degene met wie tot zaken gekomen moet worden. Had het Hof op dit punt anders beslist, dan zou iedere verkavelingsovereenkomst onder de Italiaanse wetgeving ipso facto een vrijbrief zijn om de richtlijn niet van toepassing te achten. Mogelijk had de betrokken Italiaanse regelgeving ook (mede) eigendomsbescherming als doelstelling. De werkgroep heeft dat verder niet onderzocht.

Zoals hiervoor betoogd is "post Scala" duidelijk dat het ontbreken van de mogelijkheid om de tegenpartij te kiezen op zichzelf niet wil zeggen dat er geen overeenkomst in de zin van de richtlijn is. Het hier gesignaleerde verschil is mogelijk echter wel relevant voor de gevallen waarin de richtlijn expliciet *uitzonderingen* op de aanbestedingsplicht toelaat. De richtlijnwetgever heeft oog gehad voor situaties waarin openbare aanbesteding niet wenselijk of niet nuttig is. In dit verband is met name artikel 7, derde lid, onder b, van de richtlijn van belang, dat bepaalt dat onderhandse gunning mogelijk is 'voor werken waarvan de uitvoering om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van exclusieve rechten slechts aan een bepaalde aannemer kan worden toevertrouwd'. Onduidelijk is of de bescherming van exclusieve rechten in de zin van de richtlijn ook het recht van eigendom omvat. Bekend is dat de Commissie meent dat het hier uitsluitend om *intellectuele* eigendom gaat (zie eindnoot 12). Uit het Scala arrest noch uit andere uitspraken valt echter af te leiden of het Hof in bepaalde gevallen een beroep op eigendom als exclusief recht in de zin van deze bepaling zal erkennen of afwijzen.

Zowel voor¹¹ als tegen¹² eigendom-als-exclusief-recht zijn steekhoudende argumenten te geven. Nu het echter gaat om een uitzondering op de aanbestedingsplicht en dus een bedreiging voor de verwezenlijking van het nuttig effect van de richtlijn zal het Hof in voorkomende gevallen ongetwijfeld een zo restrictief mogelijke uitleg kiezen en is het vrijwel uitgesloten dat grondeigendom als een exclusief recht in de zin van de richtlijn zal worden aangemerkt. Voor de Nederlandse praktijk is dit van belang in verband met de zogenoemde "unieke bouwlocatie"¹³; indien bijvoorbeeld een stadhuis moet worden uitgebreid zou het naastliggende perceel, waarvan een projectontwikkelaar eigenaar is, een dergelijke unieke bouwlocatie zijn. Gesteld werd wel dat hooguit door de aanbestedende dienst de wens zou kunnen worden geuit om opdrachten die mogelijk door de grondeigenaar aan derden worden verstrekt, Europees aan te besteden¹⁴. Nu het Hof echter zeer strikt de hand houdt aan toetsing aan de elementen van de richtlijn zelf (waarin 'unieke bouwlocatie' niet voorkomt) en onwaarschijnlijk is dat hier een beroep op bescherming van exclusieve rechten in de zin van artikel 7 kan worden gedaan, zal een manier gevonden moeten worden om ook projecten op dergelijke locaties richtlijnconform aan te besteden.

§5 Betekenis van het arrest voor de gangbare grondexploitatiemodellen

Met inachtneming van de verschillen en de overeenkomsten tussen de Italiaanse regelgeving en de Nederlandse praktijk zoals behandeld in de vorige paragraaf wordt in deze paragraaf onderzocht wat de relevantie is van het arrest voor de vier in Nederland gangbare grondexploitatiemodellen.

Het Hof loopt alle elementen uit de omschrijving van het begrip "overheidsopdracht" in artikel 1 van de richtlijn systematisch na en geeft ook expliciet aan dat dat de wijze is waarop te werk gegaan moet worden (r.o. 54). Bij de uitleg van dit begrip legt het Hof er sterk de nadruk op dat het nuttig effect van de richtlijn moet worden verzekerd (r.o.52)¹⁵. Aan de hand van dit uitgangspunt bespreekt het Hof vervolgens de constitutieve elementen van het begrip "overheidsopdracht", waarbij met name de onderdelen "overeenkomst" en "bezwarende titel" aandacht krijgen.¹⁶ De gemeente meende dat geen sprake was van een op basis van "particuliere partijautonomie" gesloten overeenkomst¹⁷, omdat "zij niet kon kiezen met wie de aanleg van de voorzieningen zal worden belast, daar die persoon bij de wet wordt aangewezen in zijn hoedanigheid van eigenaar van de te verkavelen terreinen" (r.o. 64). Het Hof erkent dat de gemeente weliswaar geen keuze had (r.o. 71), maar dit betekent volgens het Hof niet dat dit de niet-toepassing van de richtlijn zou kunnen rechtvaardigen, omdat "een dergelijke eventualiteit ertoe zou leiden dat de uitvoering van een werk waarop deze richtlijn anders van toepassing zou zijn, van de communautaire mededinging wordt uitgesloten" (r.o. 75).¹⁸ Bovendien stelde het Hof vast dat de gemeente in de verkavelingsovereenkomst voorwaarden stelde ten aanzien van het werk (o.a. goedkeuring van het

ontwerp) en op grond van deze overeenkomst verzekerd was van een dusdanige rechtstitel dat het werk een openbare bestemming zou krijgen (r.o. 71).

Hieruit en uit de analyse in §4 volgt dat de praktijk om vanwege grondposities overheidsopdrachten ondershands te gunnen niet toelaatbaar is. Onder andere door de wens de kosten van door de overheid gepleegde noodzakelijke investeringen (infrastructuur, groenvoorzieningen, etc.) op enigerlei wijze te verhalen is in Nederland de grondexploitatie in de regel terug te voeren op één van de vier 'basis' grondexploitatie modellen¹⁹ waarbij de laatste twee met name ontstaan zijn toen gemeenten geconfronteerd werden met grondposities in Vinex gebieden.

1. *traditionele actieve grondbeleid*: de gemeente heeft, koopt of onteigent de grond, maakt deze bouwrijp en geeft de grond uit. Als private partijen voor eigen rekening en risico een bestemmingsplan willen uitvoeren wordt een exploitatieovereenkomst gesloten op grond van een verordening ex art. 42 Wro waarbij het kostenverhaal wordt geregeld of wordt baatbelasting opgelegd;
2. *het bouwclaim-model*: de projectontwikkelaar met grondpositie levert zijn grond aan de gemeente in ruil voor een bepaald aantal bouwrijpe kavels. De gemeente verzorgt de grondexploitatie in beginsel voor eigen risico;
3. *de joint venture*: voor gezamenlijk grondexploitatie richten gemeente en marktpartijen een onderneming op die de grondexploitatie en ontwikkeling verzorgt. Gemeente en/of marktpartijen dragen de voor het project benodigde gronden over aan deze joint-venture. Zeggenschap en risico zijn vaak gelijk verdeeld;
4. *het concessiemodel*: de marktpartijen ontwikkelen de locatie binnen door de gemeente aangegeven randvoorwaarden met inbegrip van de publieke voorzieningen en voor eigen risico.

5.1 traditionele actieve grondbeleid

In dit model is het voor een gemeente relatief eenvoudig een overheidsopdracht Europees aan te besteden, omdat het afwezigheid van een grondpositie vooronderstelt. De ruime uitleg die het Hof geeft aan het element 'bezwarende titel' lijkt in het volgende voorbeeld niettemin tot aanbestedingsplicht te kunnen leiden:

Gemeente geeft grond in erfpacht uit aan een projectontwikkelaar tegen een bepaalde prijs en legt daarbij contractueel een bouwplicht op. Deze bouwplicht is niet vrij uit te voeren: de gemeente geeft gedetailleerd aan hoeveel woningen er gebouwd moeten worden en van welke soort. Contractuele verplichtingen zijn o.a.:
-de in erfpacht verkregen terreinen te bebouwen met 6 premiekoopwoningen en totaal 26 vrije sector woningen, een en ander overeenkomstig een door burgemeester en wethouders goedgekeurd plan en het overig terrein in te richten en te houden als tuin/erf;
-de betreffende percelen in overleg met en ten genoegen van burgemeester en wethouders van een erfafscheiding te voorzien en voorzien te houden;
-voorzieningen te treffen om de woningen aan te kunnen sluiten op een door burgemeester en wethouders goedgekeurd centraal antenne- of kabeltelevisiesysteem.

In r.o. 77 stelt het Hof dat het element 'overeenkomst onder bezwarende titel' zo moet worden begrepen 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. Indien alleen een 'tegenprestatie' voldoende zou zijn voor een bezwarende titel zou deze casus aanbesteed moeten worden; de erfpachtscanon zou immers zonder gedetailleerde bouwopdracht hoger zijn. In ruil voor een wat lagere canon krijgt de gemeente het project ontwikkeld op haar voorwaarden. Gelet op de ruime uitleg is het zeker niet uitgesloten dat dit beschouwd moet worden als het soort tegenprestatie waarop de richtlijn ziet.²⁰ Het Hof noemt echter nog een element dat van belang is om 'bestaan vaneen overeenkomst' aan te kunnen nemen nl. 'het over de werken kunnen beschikken'. Dat is afwezig in dit voorbeeld omdat de woningen een particuliere bestemming hebben. In r.o. 68 zegt het Hof ook met zoveel woorden dat een openbare bestemming een belangrijke aanwijzing is voor aanbestedingsplicht. In dit voorbeeld kon aanbesteding dus achterwege blijven.

De situatie waarin een private exploitant zich verbindt tot het aan de gemeente betalen van een bijdrage in de kosten van aanleg van openbare voorzieningen waar hij bij gebaat is (een exploitatieovereenkomst o.g.v. een verordening ex art. 42 Wro) vertoont vele overeenkomsten met de Scala casus. Zo is er eveneens sprake van een wettelijk vormgegeven overeenkomst die kostenverhaal beoogt. Het uit aanbestedingsoogpunt cruciale element – de exploitant legt zelf ook de werken aan – ontbreekt echter. Zo lang gemeente en exploitant niet overeenkomen dat de bijdrage in de kosten ook in natura geleverd kan worden door de exploitant de aanleg te laten verzorgen is er geen probleem. Zodra eveneens overeengekomen wordt de bijdrage te verrekenen met de aanleg van de werken door de exploitanten zelf is er een 'Nederlandse Scalacasus'.

5.2 het bouwclaim-model

Door levering aan de gemeente van de grond in ruil voor bouwrijpe kavels tegen een bepaalde prijs wordt zowel aan het aspect 'een tegenprestatie door de overheid' (nl. bouwrijp maken) als aan het aspect 'kunnen beschikken over' van de bezwarende titel zoals het Hof deze uitlegt voldaan (r.o. 77). Op zichzelf is deze ruil nog geen 'overheidsopdracht voor de uitvoering van werken'. Het hangt daarom van de beoordeling van de gehele overeenkomst in het betrokken geval af in hoeverre toepassing van het bouwclaimmodel zich verdraagt met de aanbestedingsrichtlijn. Als uitkomst van onderhandelingen is er meestal sprake van een totaalpakket waarvan ook afspraken over de betrokkenheid van private partijen bij de planvorming en bij het bouw- en woonrijp maken deel uitmaken. Die afspraken mogen dus niet 'onaanbesteed' ook de uitvoering van werken in de zin van de richtlijn - waaronder ook ontwerpwerk - omvatten. Daarnaast worden wel *afnameverplichtingen* en/of *bouwopdrachten* overeengekomen. Omdat ook het 'laten uitvoeren, met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet' (art. 1 rl.) een overheidsopdracht oplevert is er in die gevallen een grote kans dat er aanbesteed moet worden.

Ook in het volgende voorbeeld van toepassing van het bouwclaimmodel is aanbesteding nodig:

Projectontwikkelaar "BV" heeft voor een locatie voor eigen kosten en op eigen risico een plan voor een kantorencomplex voor de markt ontwikkeld. Overheid "OV" is al enige jaren op zoek naar een locatie als deze. BV heeft zich al contractueel verbonden aan een bouwbedrijf voor de bouw van dit complex. Die verplichting kan voor 1 mln. worden afgekocht. OV bereikt met BV overeenstemming over de aankoopprijs en sluit met BV een koop/aannameovereenkomst, waarbij bedongen wordt het plan nog zoveel mogelijk conform de wensen van OV aan te passen. De grond wordt aan OV overgedragen. Aanbesteding vindt niet plaats met als argument dat sprake is van verwerving van een (in economische zin) reeds bestaand gebouw in de zin van artikel 1 onder a, sub iii van de Richtlijn Diensten.

Met name omdat het gebouw in fysieke zin nog niet bestond en het plan nog is aangepast aan de wensen van de opdrachtgever moet deze constructie beschouwd worden als het 'laten uitvoeren, met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet' (art. 1 rl.)'.

5.3 de joint venture

Of een joint-venture zelf aanbestedende dienst is hangt vooral af van de mate van publieke zeggenschap en/of financiering (functioneel overheidsbegrip). Als de joint-venture in hoofdzaak publiek gefinancierd wordt, meer dan de helft van directieleden, bestuursleden of toezichhouders (kortweg) door de overheid worden aangewezen of als het beheer onderworpen is aan 'toezicht' is er sprake van een publiekrechtelijke instelling en is de joint-venture dus aanbestedende dienst. Daarmee is niet gezegd dat aanbesteding niet van belang is in situaties waarin de joint-venture geen aanbestedende dienst is, omdat de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de deelname van de overheid aan de joint-venture zelf heel goed aangemerkt kan worden als het 'laten uitvoeren, met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'. Uit een recente uitspraak van het Hof Den Haag (Mortierepolder/Middelburg²¹) werd met een beroep op doel en strekking van de richtlijn aangegeven dat niet van belang is dat de prijs/aanneemsom niet door de overheidsinstantie rechtstreeks wordt betaald als door middel van een constructie uiteindelijk precies dezelfde situatie wordt bereikt.

5.4 het concessiemodel

In dit model zijn private partijen ook verantwoordelijk voor de aanleg en de financiering van de openbare voorzieningen. Volgehouden zou kunnen worden dat er dus geen 'overheidsopdracht' is. Het is echter onwaarschijnlijk dat hier geen enkele tegenprestatie door de overheid tegenover zou staan; zoals ook in IBO verband al werd geconstateerd zou dat de projectontwikkelaar in een filantropische rol brengen²². Uit het arrest blijkt dat het Hof de uitspraak van de Italiaanse rechter dat er geen sprake was van een prestatie 'om niet' goedkeurt (r.o. 85) omdat die strookt met het doel van de richtlijn. Het Hof lijkt daarmee bereid te zijn ook bij minder duidelijke verrekeningszaken (i.c. kon gesproken worden van een 'schuld van dezelfde waarde') een tegenprestatie aan te nemen, al zal er allicht een verhouding moeten bestaan tussen de aanleg van de werken en de omvang van de tegenprestatie. Op zichzelf laat het Hof zich niet uit over de vraag in hoeverre de tegenprestatie op geld waardeerbaar moet zijn.

In het concessiemodel is het ook wel de bedoeling dat de gemeente prestatie-eisen of randvoorwaarden vastlegt. Linksom of rechtsom zal er snel sprake zijn van het 'laten uitvoeren, met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'. Als er een overeenkomst is met de gemeente waar aanleg of ontwerp van werken in de zin van de richtlijn deel van uitmaken is aanbesteding vrijwel zeker noodzakelijk.

§6 Conclusies

De volgende uitspraken uit het Scala arrest zijn voor de Nederlandse aanbestedingspraktijk richtinggevend:

- de richtlijn moet zodanig uitgelegd worden dat het nuttig effect ervan is verzekerd;
- of er een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn is moet worden bepaald door systematisch de elementen van de richtlijn zelf na te lopen;
- ‘een tegenprestatie’ door de overheid die in een verhouding staat tot de aanleg van een werk waarover de overheid de beschikking krijgt is voldoende om aan te nemen dat er een bezwarende titel in de zin van de richtlijn is;
- afwezigheid van een vrije partijenkeuze (zoals zich dat in Nederland t.o.v. grondeigenaren vaak voordoet) betekent niet dat er geen (aangebestedingsplichtige) overeenkomst in de zin van de richtlijn zou zijn.

Voor de Nederlandse situatie geldt dat het niet kunnen kiezen van een aannemer niet voortvloeit uit *wetgeving* maar uit *eigendomsbescherming*. Nu de richtlijn een uitzondering op de aanbestedingsplicht bevat vanwege bescherming van ‘exclusieve rechten’ rijst de vraag of grondeigendom een dergelijk exclusief recht is of kan zijn. Uit het arrest is dat niet rechtstreeks af te leiden. Gelet op het karakter van uitzondering en het ‘nuttig effect van de richtlijn’ als belangrijkste interpretatieregel is het echter vrijwel uitgesloten dat het Hof grondeigendom een exclusief recht in de zin van de richtlijn zal achten. Uit bovenstaande en hieruit volgt dat de praktijk om vanwege grondposities overheidsopdrachten ondershands te gunnen niet toelaatbaar is. Aanleg van werken in de zin van de richtlijn op zogenoemde unieke bouwlocaties of via één van de gangbare grondexploitatie modellen moet worden aanbesteed.

De wijze van grondexploitatie in Nederland is terug te voeren op vier ‘basisgrondexploitatie modellen’. Aanbestedingsplichtigheid moet per geval aan de hand van de elementen van de richtlijn worden beoordeeld. In zijn algemeenheid blijkt het *bouwclaimmodel* bezwaarlijk indien direct of indirect ontwerpwerkzaamheden of een bouwopdracht m.b.t. werken in de zin van de richtlijn overeengekomen worden waarover de betrokken overheid weer zal gaan beschikken. Het *joint-venture model* blijkt in een recente uitspraak van de Nederlandse rechter kwetsbaar in verband met de ‘per saldo’ toets (het uiteindelijke effect is hetzelfde als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, zie eerste gedachtestreepje van de eerste alinea van deze paragraaf). Ervan uitgaand dat ontwikkelaars in de regel op winst gerichte ondernemingen zijn, is niet waarschijnlijk dat zij zonder tegenprestatie openbare voorzieningen aanleggen. Daarmee is de bezwarende titel snel gegeven zodat ook in het *concessiemodel* in veel gevallen aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten verscholen zullen zitten.

§7 Aanbevelingen

7.1 Onderzoek de mogelijkheden het ruimtelijk- en locatiebeleid ‘aangebestedingsbestendig’ te maken

Overheden moeten allereerst *voorkomen* dat ze afhankelijk worden van bepaalde eigenaren op grondposities. Voorafgaande algemene beleidskeuzes moeten niet zodanig geformuleerd worden dat werken in de zin van de richtlijn per se door een bepaalde eigenaar moeten worden aangelegd. Mogelijkheden om nog te kunnen kiezen en dus een succesvolle (en zinvolle) aanbesteding te organiseren zouden daarom integraal onderdeel moeten zijn van het ruimtelijk- en locatiebeleid.

De volgende twee mogelijke oplossingen zouden daarvoor in ieder geval nader moeten worden onderzocht:

- Alternatieve locaties in plan- en besluitvorming openhouden*
bij aanwijzing in ruimtelijke plannen of besluiten van gebieden of locaties wordt ten aanzien van aanleg van werken in de zin van de richtlijn zoveel mogelijk een alternatief voor de locatie van die werken opgenomen.
- aanbesteden met andere gunningcriteria dan ‘laagste prijs’:*
De richtlijn dwingt er niet toe om de laagste prijs als gunningcriterium te hanteren. Het is mogelijk aanbestedingen met een vast budget te organiseren waarbij de inschrijvers niet concurreren op prijs, maar op kwaliteit²³. Dat biedt mogelijkheden om meer ‘locatie-onafhankelijk’ aan te besteden. Het rijksbeleid voor kantoorlocaties zou bijvoorbeeld kunnen worden vormgegeven door niet zozeer de gewenste locatie of type locaties (stationslocaties) vast te leggen maar meer globaal te beschrijven wat de beleidsdoelstellingen achter de locatiekeuze moeten zijn. Als bereikbaarheid van rijkskantoren betekent dat men van een bepaald Centraal Station binnen 15 minuten aan de receptie moet kunnen staan kan de aanbesteding vervolgens gewonnen worden door een stationslocatie te kiezen, maar ook door een alternatieve snelle vervoersvoorziening - bijvoorbeeld in een PPS - mee te ontwikkelen. Deze beleidsdoelstellingen moeten daarvoor worden vertaald in objectieve gunningcriteria voor een aanbesteding waarbij de economisch voordeligste aanbieding gekozen wordt (art. 30 rl.). Het Hof heeft in een tweetal arresten²⁴ geoordeeld dat aanbestedende diensten, om vast te stellen welke de

economisch voordeligste aanbieder is, vrij kunnen kiezen welke gunningcriteria zij daarvoor zullen toepassen. Zo kunnen gedetailleerde emissie-eisen volgens het arrest Concordia Bus²⁵ een gunningcriterium zijn. De gunningcriteria moeten uiteraard objectief en bekendgemaakt zijn en zonder onderscheid gelden voor alle aanbiedingen. Daarnaast is de formulering van groot belang; als op voorhand duidelijk is dat slechts de grondeigenaar aan de criteria zal kunnen voldoen is van serieuze mededinging geen sprake. Anderzijds heeft het Hof in de in noot 25 aangehaalde uitspraak eveneens bepaald dat het feit dat er maar weinig ondernemingen zijn die aan een bepaald gunningcriterium kunnen voldoen op zichzelf geen inbreuk op het gelijkheidsbeginsel oplevert. Hieruit kan ook afgeleid worden dat een aanbesteding waarop uiteindelijk maar één marktpartij inschrijft niet reeds daarom een mislukte aanbesteding is. Alle marktpartijen hebben zo immers een eerlijke kans gehad en de ene inschrijver was op het moment van inschrijving in ieder geval nog gedwongen rekening te houden met mogelijke mededingers. Dat zal zich veelal eveneens vertaald hebben in het door de richtlijn beoogde voordeel voor de aanbestedende dienst.

7.2 Geef de eigenaar last en volmacht tot uitvoering van de aanbesteding

Indien onontkoombaar met een bepaalde eigenaar zaken gedaan moeten worden zal de betrokken overheid alsnog alles in het werk moeten stellen om voor wat betreft de werken in de zin van de richtlijn effectieve mededinging te organiseren. Dit kan door af te spreken dat de eigenaar de werken cf. de richtlijn zal aanbesteden. Het Hof geeft in r.o. 100 aan dat het niet noodzakelijk is dat de aanbestedende dienst de aanbesteding ook zelf uitvoert. Indien *'op grond van de nationale wetgeving'* de eigenaar *'door middel van de met hem gesloten overeenkomsten'* verplicht kan worden de richtlijn bepalingen toe te passen moet de eigenaar *'worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht'*.²⁶

Op grond van een reguliere volmacht en overeenkomst tot lastgeving²⁷ kan de eigenaar dus de aanbesteding overnemen. Dat betekent wel dat de overheid zonedig bereid moet zijn onderhandelingsmacht in te zetten om de eigenaar te bewegen tot het instemmen met een dergelijke overeenkomst. Ook betekent het dat de overeenkomst waarborgen moet bevatten voor een eerlijk verloop van de aanbesteding. Tegen mededinging door een afgescheiden deel van dezelfde organisatie lijkt Europeesrechtelijk op zichzelf geen bezwaar te bestaan²⁸.

7.3 Dwing desnoods aanbesteding af in de voorwaarden bij de nieuwe grondexploitatievergunning

In navolging van het IBO rapport 'Grond voor beleid' (juli 2000) concludeert de Nota Grondbeleid "dat niet kan worden uitgesloten dat er gevallen zijn waarin grondposities het *onmogelijk* (curs. LK) maken dat de Europese aanbestedingsregels worden nageleefd"²⁹. Hiervan is sprake indien het betrokken project per se en ook per se op de bewuste locatie doorgang moet vinden (zie eerste aanbeveling). Dat neemt niet weg dat het algemeen belang bij een bepaald project op een bepaalde locatie zo groot kan zijn dat het buitengewoon onwenselijk is niet tot realisatie over te kunnen gaan omdat de eigenaar vasthoudt aan zijn zelfrealisatierecht, niet bereid is tot verkoop en ook niet instemt met het organiseren van gevormachtigde aanbesteding. In dat geval moet de overheid een instrument hebben om aanbesteding af te kunnen dwingen. De verplichting om een gevormachtigde aanbesteding te organiseren moet voor die gevallen daarom als *vergunningvoorwaarde bij de grondexploitatievergunning* kunnen worden opgenomen. De grondexploitatievergunning maakt deel uit van een wetsvoorstel voor een wijziging van de Wet op de Ruimtelijke Ordening waartoe het kabinet in de Nota Grondbeleid besloot en waarvoor naar verwachting medio 2003 een eerste ambtelijk concept gereed zal zijn. De vergunning wordt verplicht voor degene die een bestemmingsplan gaat realiseren met in begrip van het bouwrijp maken van de locatie³⁰. In de Nota grondbeleid is reeds voorzien dat het niet (kunnen) verlenen van een grondexploitatievergunning titel voor onteigening oplevert.

7.4 Onderzoek de wenselijkheid aanvullende wettelijke aanbestedingsplicht

Voor de gevallen waarin een eigenaar als bedoeld in de vorige aanbeveling geen grondexploitatievergunning nodig heeft, moet onderzocht worden of een verplichting tot gevormachtigde aanbesteding opgenomen kan worden voor eigenaren die krachtens overeenkomst met een overheid zelf werken in de zin van de richtlijn realiseren. Dit zal zich met name voordoen bij kantoren ed. voor de overheid zelf op zogenoemde 'unieke bouwlocaties' (zie § 4.3). Het onderzoek zou moeten plaatsvinden bij gelegenheid van de herziening van de aanbestedingswetgeving zoals aangekondigd in de kabinetsreactie op de Bouwfraude enquête³¹.

7.5 Ga niet over tot aanpassing van de onteigeningswet

In veel gevallen wordt aanbesteding mogelijk omdat er regulier onteigend wordt. De verhouding is echter niet omgekeerd: het is onder de huidige wetgeving niet de aanbestedingsplicht die de onteigening rechtvaardigt. In de literatuur is wel gesteld dat onteigening uitsluitend om aan te kunnen besteden onder

de huidige wetgeving al mogelijk is³²; de noodzaak tot onteigening is in die visie met de aanbestedingsplicht gegeven. Anderen wijzen op de stevig in de Grondwet en (in artikel 1 van het protocol bij) het EVRM verankerde bescherming van het eigendomsrecht en in het verlengde daarvan van het zelfrealisatierecht³³ en/of de daarvan afwijkende doelstelling van het aanbestedingsinstrumentarium³⁴.

Mede gelet op het bepaalde in de Grondwet en het EVRM meent de werkgroep dat voor onteigening uitsluitend ter aanbesteding wijziging van de onteigeningswet *noodzakelijk* zou zijn. In de onteigeningswetgeving zijn bij wijze van waarborg de doelstellingen waarvoor onteigend kan worden limitatief opgenomen. Vanwege de plaats die de eigendomsbescherming in de rechtsorde heeft en de ingrijpendheid van onteigening moeten deze bevoegdheden naar hun aard strikt geïnterpreteerd worden. Van een vorm van rechtstreekse toepassing van aanbestedingsrichtlijnen of van richtlijnconforme interpretatie in de zin dat de onteigeningswet - ten nadele van de eigenaar - geacht moet worden uitgebreid te zijn met een ongeschreven extra onteigeningsgrond kan daarom geen sprake zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat invoering van onteigening ter aanbesteding ook *wenselijk* is. Uit de bijzondere positie van het eigendomsrecht en de ingrijpendheid van onteigening vloeit immers ook voort dat hiertoe pas overgegaan zou moeten worden als er geen andere bevredigende oplossingen voor handen zijn. Nu minder ingrijpende oplossingen beschikbaar zijn is 'onteigening-ter-aanbesteding' niet noodzakelijk en dus ook niet wenselijk.

§8 Bijlage; samenstelling van de werkgroep

Vz.
mr J. Boogaarts (VROM)

leden:
mr I. Benjert (Fin.)
mr M.S. Bogtstra (EZ)
mr D.J. Hesemans (Jus.)
mr E. Koorstra (VROM)
mr B. Stuiver (V&W)

agenda leden:
mr P.P. Reimer (BZK)
mr M. Vredevoogd (VWS)

secre.
mr H.J.H.L. Kortjes (Jus.)

§9 noten:

¹ Arrest van het HvJEG van 12 juli 2001, zaak C-399/98, Ordine etc. /Commune di Milano

² Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken

³ *Nota Grondbeleid*, Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, blz. 57

⁴ bijv. *IBO rapport Grondbeleid* Den Haag; juli 2000, *MDW-rapport Onteigeningswet* en het daarvoor uitgebrachte IOEA advies (aangeboden aan de Kamer bij brief van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 24036, 2000/01, nr. 174

⁵ Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 24, p. 41: "Overigens maakt een verplichting tot markt-selectie in concurrentie inbreuk op het zelfrealisatiebeginsel dat een fundamenteel onderdeel van het onteigeningsrecht is."

⁶ Indien aanleg in eigen beheer bovendien goedkoper blijkt te zijn dan 'afzonderlijke' aanleg moet het verschil zelfs worden afgedragen aan de gemeente.

⁷ Zie *Nota grondbeleid*, Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, blz. 46 e.v.

⁸ Zie over het zelfrealisatiebeginsel nader: E. van der Schans, *Onteigening, zelfrealisatie en de Hoge Raad*, BR 2000, p. 377 e.v.

⁹ r.o. 52

¹⁰ r.o. 75

¹¹ argumenten voor eigendom als exclusief recht:

- de richtlijn zondert het eigendomsrecht *niet* expliciet uit terwijl eigendom het meest volledige en exclusieve recht is dat de rechtsorde kent;
- art. 295 EG bepaalt dat het EG-Verdrag de nationale regeling van het eigendomsrecht 'onverlet' laat. Het zou dus een merkwaardige consequentie van de richtlijn (als secundair gemeenschapsrecht) zijn als deze de facto zou dwingen tot aanpassing van de Nederlandse onteigeningswetgeving of zelfs rechtstreeks een nieuwe onteigeningsgrond zou opleveren zoals wel in de literatuur is beweerd. Alle regels van gemeenschapsrecht moeten bovendien worden uitgelegd in het licht van de grondrechten en het (eerste protocol bij) het EVRM (artikel 6, tweede lid, EU).

Zie in dit verband ook F.A. Mulder *Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening* Gst. 2002, 7177, R.D. Luteijn *Grondeigendom, een rustig bezit?* Tender Nieuwsbrief dec. 2002

¹² argumenten tegen eigendom als exclusief recht:

- het recht rust niet zozeer op het *werk zelf* als wel op de min of meer toevallige *plek* waar het wordt uitgevoerd en laat zich daarom in ieder geval theoretisch goed combineren met een aanbesteding waarbij (ook) alternatieve locaties in aanmerking komen. De keus voor een bepaalde locatie is daarbij vaak niet zozeer ingegeven door keiharde juridische of feitelijke noodzaak maar is vaak vooral het gevolg van eerdere *beleidskeuzes* (aanwijzing Vinex locaties, stationslocaties uit bereikbaarheidsoverwegingen etc.).
- De Europese Commissie leidt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn af dat hier uitsluitend bedoeld zou zijn op *intellectuele* eigendom. Inderdaad spreekt de summiere en wat cryptische toelichting bij een gelijkkluidende voorloper van de huidige bepaling over octrooien, licenties en exclusieve *invoerrechten*. Interessant is wel dat ook een 'feitelijk' monopolie volgens die toelichting een exclusief recht op kan leveren: "Hieronder vallen de werken waarvoor rechte(n)s of feitelijk een monopolie bestaat". Overigens is ergens bij de totstandkoming van de richtlijn "exclusieve invoerrechten" geamendeerd in: *exclusieve rechten*. Waarschijnlijk beoogde de richtlijnwetgever daarmee de mogelijkheden voor onderhandse gunning te verruimen (EP zittingsdocumenten 1964-1965, document 71).

Zie in dit verband ook F.A. Mulder *Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening* Gst. 2002, 7177

¹³ *Toepassing Europese aanbestedingsrichtlijnen; Publiek-private samenwerking bij gezamenlijk bouwopgaven*, Persdocumentatie Ministerie van VROM, Coördinatie Bouwbeleid, 4 maart 1999

¹⁴ PPS en Aanbesteden, Handleidingen Publiek-Private samenwerking, Ministerie van Financien, Kenniscentrum Publiek Private Samenwerking

¹⁵ Deze teleologische of functionele interpretatie is geen unicum; zie Meulenbelt, *Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft*, BR 2002/10. Zie de in noot 35 weergegeven uitspraken (C-360/96, C 44/96). Ook in het arrest van het Haagse Hof 'Mortierepolder/Middelburg' (NJ 2001, 412) wordt sterk de nadruk gelegd op doel en strekking van de richtlijn.

¹⁶ In zijn conclusie besteedt de AG ook aandacht aan het element dat de opdracht moet worden verstrekt door een "aanbestedende dienst".

¹⁷ Naar Nederlands recht: een overeenkomst in de zin van art. 213 jo 217 BW

¹⁸ De AG hecht wel veel belang aan dit element in nr 68 e.v. van zijn conclusie.

¹⁹ Ontleend aan Akro consult *Publiek private samenwerking als uitvoeringsinstrument van het Vinex beleid* Den Haag 1997. Zie eveneens *Nota grondbeleid*, Kamerstukken II 2000/01, 27 581, nr. 2, blz. 46 e.v. en *Eindrapportage Interdepartementaal Beleidsonderzoek Grondbeleid*, blz. 26, Den Haag juli 2000

²⁰ over de aard van de tegenprestatie zie: M.O. Meulenbelt *Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?* BR 2002/10, p 859

²¹ NJ 2001/412

²² zie ook *Eindrapportage Interdepartementaal Beleidsonderzoek Grondbeleid*, blz. 61, Den Haag juli 2000

²³ Een hogere kwaliteit of zoveel mogelijk extra faciliteiten lijken ook eerder een aantrekkelijk (politiek) resultaat op te leveren dan een (wellicht relatief geringe) besparing op het budget. Voordeel is ook dat het voor inschrijvers veel minder eenvoudig is om prijsafspraken te maken. Als nadeel wordt wel genoemd dat de aanbesteding geen doorgang kan vinden als private partijen geen van allen een bieding doen die onder het aangegeven budget ligt. De aanbesteding moet dan worden gestopt omdat er niet over een verhoging van het budget gesproken kan worden, ook niet als het om een gering bedrag gaat. Dit probleem kan echter weer worden ondervangen door niet te werken met een vast en aan marktpartijen bekend budget maar met een benchmark. Dan is er nog enige ruimte om in geval van biedingen hoger dan de benchmark te spreken over een verhoging.

²⁴ 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635), 28 maart 1995, Evans Medical en Macfarlan Smith (C-324/93, Jurispr. blz. I-563)

²⁵ Concordia Bus C-513/99. Weliswaar gaat dit arrest over een andere aanbestedingsrichtlijn, maar het Hof overweegt expliciet dat er vanwege de grote gelijkenis van de teksten van de aanbestedingsrichtlijnen geen reden is aan te nemen dat zijn beslissing onder een andere richtlijn anders uit zou vallen.

²⁶ Niet geheel duidelijk is of het Hof een *expliciete nationale wettelijke basis* voor deze mogelijkheid noodzakelijk acht. De verwijzing naar 'overeenkomsten' duidt daar niet op, maar ook wordt verwezen naar concessieovereenkomsten voor openbare werken. Daarvoor geeft de richtlijn in artikel 3, vierde lid, expliciet een voorziening die eigenlijk alleen maar geïmplementeerd kan worden in een expliciet nationaal wettelijk voorschrift. In een recente uitspraak in kort geding werd niet gestruikeld over een volmacht tot aanbesteding. Het Hof laat zich niet uit over de vraag of de eigenaar *ingestemd* moet hebben met de aanbesteding. Vermoedelijk ligt hier de sleutel: als een aanbestedingsplicht opgelegd moet kunnen worden aan een onwillige eigenaar is uit de aard der zaak dwingende wetgeving nodig, anders volstaat het beschikbare instrumentarium uit het Burgerlijk wetboek (volmacht in combinatie met lastgeving).

²⁷ art. 3:60 ev. en 7:414 e.v. BW

²⁸ In de zaak 'Concordia Bus (zie noot 25) gunde de gemeente Helsinki rechtmatig buslijnen aan haar eigen vervoerbedrijf.

²⁹ Nota grondbeleid, p. 81

³⁰ Nota grondbeleid, p. 68

³¹ Kabinetsreactie op het rapport van de Parlementaire Enquetecommissie Bouwnijverheid (Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr 24, p. 10 e.v.

³² A.G. Bregman *Zelfrealisatie of aanbesteding; een beschouwing naar aanleiding van het Scala arrest* BR 2002/1, p. 10 ev.

³³ M.O. Meulenbelt *Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?* BR 2002/10, 857, F.A. Mulder *Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening Gst. 2002, 7177*

³⁴ R.D. Luteijn *Grondeigendom, een rustig bezit?* Tender Nieuwsbrief dec. 2002