



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Gebiedsontwikkeling en de Europese Commissie

Recent heeft het Hof van Justitie zich weer gebogen over gebiedsontwikkeling. Het arrest van 26 mei 2011 vormt een nieuwe stap op een lang traject.

Over gebiedsontwikkeling en het aanbestedingsrecht is al veel geprocedeerd en geschreven. In zeer vroeger tijden werd beleden dat gebiedsontwikkeling in gemeenschappelijke exploitatie maatschappijen geen uitvoering van overheidsopdrachten inhield. De gedachte was dat er door de overheid geen rechtstreekse opdrachten werden verstrekt waartegenover een tegenprestatie stond. Met het arrest van het Hof Den Haag van 31 januari 2001¹ is die gedachte al verlaten. Het hof oordeelde daarin dat een samenwerkingsovereenkomst en in het kader daarvan nog te sluiten overeenkomsten tussen een gemeente en een consortium onder de werking van de (toenmalige) Richtlijn Werken² viel, voor zover inhoudende opdrachten tot realisering en ontwikkeling van infrastructurele werken waarvan de waarde boven de drempelbedragen lag. Aldus zag de uitspraak vooral op 'duidelijke' overheidswerken die direct verband hielden met de publieke taak van het aanleggen van infrastructuur.

In de Nederlandse vastgoedpraktijk had deze uitspraak vooral tot gevolg dat er een scheiding werd aangebracht tussen zuivere infrastructurele werken en de verdere gebiedsontwikkeling. De praktijk van samenwerkingsverbanden tussen gemeenten en

commerciële partijen veranderde niet zoveel omdat de aanbestedingsplichten voor infrastructuur bij gebiedsontwikkeling gewoon werden 'doorgelegd'. Waar er sprake was van aanbestedingsplichtige aanleg van infrastructuur, werd hieraan door het samenwerkingsverband uitvoering gegeven. Dat ging goed tot het arrest Commissie/Frankrijk,³ waarin door het Europese Hof van Justitie werd geoordeeld dat het optreden als gedelegeerd opdrachtgever waarbij tevens administratieve en technische bijstand (in de zin van het opstellen van de randvoorwaarden van een opdracht) wordt verleend ten behoeve van een aanbesteding, als dienstverlening in de zin van de (toenmalige) Richtlijn Diensten⁴ moest worden aangemerkt. Een aanbestedingsplichtige opdracht voor diensten dus. Daarmee werd het doorleggen van aanbestedingsplichten aan samenwerkingsverbanden lastig, voor zover de waarde van de doorgelegde activiteiten op zich de drempelwaarde voor diensten overschreed. Aldus groeide in de praktijk het besef dat het realiseren van de infrastructuur in een gebiedsontwikkeling zowel ten aanzien van de feitelijke uitvoering als in de definiëring en vormgeving ervan aanbestedingsplichtig zou kunnen zijn.

Voor de Europese Commissie was dat echter allemaal niet genoeg. Zeer lang heeft de ingebrekestelling van de Nederlandse Staat over de gebiedsontwikkeling Vathorst de gemoederen beziggehouden. Naast de duidelijk overheidsgerelateerde zaken als infrastructuur en wijkse voorzieningen, vond de Commissie dat ook het ontwikkelen van woningen, winkels en zo verder aanbestedingsplichtig kan zijn indien deze ontwikkeling door overheden gestelde kaders volgde. Uiteindelijk is de ingebrekestelling echter (na een succesvolle lobby uit Nederland) op 27 maart 2009 door de Commissie van tafel gehaald. Ondertussen was de praktijk alweer verblijd met een volgend arrest over gebiedsontwikkeling, het veelbesproken *Roanne*-arrest.⁵ In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie over de situatie waarin een lokale overheid bij een commerciële ontwikkeling in

te staan voor – kort gezegd – de risico's van onverkochte ruimten. Het Hof oordeelde dat hier sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken. De eisen die de gemeente Roanne aan de ontwikkeling had gesteld en een (gedeeltelijke) tegenprestatie van de gemeente voor de gerealiseerde werken werden daarbij van belang geacht.

Vervolgens volgde op 25 maart 2010 het *Müller*-arrest.⁶ Hierin ging het om de verkoop van grond die niet was aanbesteed. Het Hof oordeelde dat voor een overheidsopdracht voor werken geen sprake behoeft te zijn van werken die materieel of fysiek voor een overheid worden uitgevoerd. Voldoende is dat zij in het rechtstreekse economische belang van die overheid worden uitgevoerd. Vervolgens oordeelde het Hof dat een dergelijk belang niet voortvloeit uit door die overheid uitgeoefende ruimtelijke ordeningsbevoegdheden. De opdrachtnemer dient zich direct of indirect te verbinden tot het uitvoeren van werken, zodanig dat die verplichting ook in rechte afgedwongen kan worden. De enkele verkoop van grond door de ene overheid waarop door een andere overheid mogelijk een werk gerealiseerd zou worden was onvoldoende om de verkoop aanbestedingsplichtig te maken.⁷

Het gedachtengoed dat aan de ingebrekestelling Vathorst ten gronde lag, lijkt met deze uitspraken op zijn retour. In beide hiervoor besproken arresten was het overigens niet de Commissie die ageerde. Dat was weer wel het geval in de recentste uitspraak van het Hof van Justitie op dit gebied, van 26 mei 2011.⁸ Deze uitspraak ziet op de inschakeling van een zogenaamde 'urbanisator', een openbare gemachtigde van de overheid die belast is met de ontwikkeling en de uitvoering van een actieprogramma voor – kort gezegd – stedelijke ontwikkeling. Dit, uit hoofde van een 'urbanisatie-overeenkomst', waarbij aan de urbanisator een concreet urbanisatieprogramma wordt opgedragen. Gunning van deze overeenkomst geschiedt volgens een in nationale wetgeving omschreven procedure. De

Commissie achtte de wijze van gunning van deze urbanisatieprogramma's echter in strijd met de voormalige Richtlijnen Werken en Diensten. De Commissie meende namelijk dat de taken van de urbanisator voornamelijk de uitvoering van openbare werken inzake infrastructuur en urbanisatie betroffen, waarbij het volgens de Commissie niet relevant was dat de werkelijke bouw door aannemers gedaan zou worden. Het was volgens de Commissie immers de urbanisator zelf die zich tot realisering van de werken verplichtte jegens de overheid. Tegenover die verplichting stond volgens de Commissie verder een tegenprestatie van de overheid. Spanje was het met deze visie van de Commissie niet eens en betoogde dat het hier om een dienstenconcessie ging die noch onder de voormalige Richtlijn Werken, noch onder de Richtlijn Diensten viel. Aldus zouden op de gunning slechts de elementaire beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn.

Het Hof van Justitie komt echter niet tot een inhoudelijk oordeel. Het Hof oordeelt namelijk dat de Commissie haar werk onvoldoende grondig heeft gedaan en met name niet alle relevante argumenten van de Spaanse Staat heeft weerlegd. Dusdoende geeft het Hof echter wel een aantal interessante elementen aan die de Commissie had moeten aantonen. Zo acht het Hof relevant dat geenszins is komen vast te staan dat de werken van aansluiting en integratie van infrastructurele werken de hoofddoelstelling van de urbanisatie-overeenkomst vormen. Naast deze werken dienen immers vele andere activiteiten te worden verricht. Het Hof signaleert daarbij dat veel van die activiteiten meer weg hebben van (mogelijk aanbestedingsplichtige) diensten dan van werken.

Het arrest geeft – in lijn met de andere besproken arresten – aan dat steeds gedetailleerd dient te worden bezien wat nu precies de (vermeende) overheidsopdracht zou zijn en onder welk regime die opdracht dan zou vallen.

Met de verwijzing naar de dienstencomponent in de verstrekte opdracht, lijkt het arrest een (zij het impliciete) bevestiging van het eerder besproken arrest *Commissie/Frankrijk*. De relevantie van dit arrest voor de Nederlandse praktijk zou echter voornamelijk kunnen zijn dat het activisme van de Commissie om allerlei activiteiten onder de aanbestedingsplichten van de richtlijnen te brengen, niet ongeli-miteerd kan zijn. Er zijn en blijven grenzen, ook aan de dadendrang van de Commissie...

1. Hof 's-Gravenhage 31 januari 2001, LJV AB0451 (*Projectbouw Zeeland/Middelburg*).
2. Richtlijn Werken 93/37/EG.
3. HvJ EG 20 oktober 2005, nr. C-264/03.
4. Richtlijn Diensten 92/50/EG.
5. Arrest van 18 januari 2007, nr. C-220/05.
6. Zaak nr. C-451/08.
7. Zie uitgebreider over deze arresten (onder meer): *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling* (uitgave 2011), Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties februari 2011.
8. Zaak nr. C-306/08 (*Commissie/Spanje*).