

Aanbestedingsrecht en staatssteun bij gemeentelijke gebiedsontwikkeling **En een alternatief voor de 'traditionele Europese aanbestedingsprocedure' bij gebiedsontwikkeling**

mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal, juni 2013

Het aanbestedingsrecht wordt bij gemeentelijke gebiedsontwikkeling nog al eens als 'beperkend' ervaren. En hetzelfde geldt ook voor de staatssteunregels.¹

Bij gebiedsontwikkeling moet doorgaans zowel met betrekking tot het aanbestedingsrecht, als met betrekking tot de staatssteunregels een aanvaardbare oplossing/uitkomst worden gecreëerd. Dat is niet altijd eenvoudig. Het zijn echter niet per se de regels die beperkingen opleggen, maar eerder hoe er van de regels gebruik wordt gemaakt in de concrete omstandigheden van het (gemeentelijke) geval. De regels bieden in het voorkomend geval namelijk voldoende mogelijkheden voor kansen en oplossingen. Niet alles hoeft immers te worden aanbesteed. En niet alles is ongeoorloofde staatssteun.

In geval (toch) een Europese aanbestedingsprocedure aan de orde is, dan biedt dit artikel ook een eerste globale opzet voor een alternatief voor de 'traditionele Europese aanbestedingsprocedure' bij gemeentelijke gebiedsontwikkeling.

1. Vrijheid van contracteren en 'begrenzings'

Bij gebiedsontwikkeling zijn civielrechtelijk in beginsel alle denkbare samenwerkings- en contractvormen mogelijk. In Nederland bestaat immers vrijheid van contracteren. Verder geldt, dat doorgaans elke 'deal' uniek is. En dat er geen expliciete 'standaarden' bestaan, waarin een bepaalde samenwerking of wijze van contracteren moet worden 'gegoten'. Een en ander betreft immers doorgaans (ook) maatwerk.²

Gelet op een en ander zien we in de praktijk van gemeentelijke gebiedsontwikkeling verschillende samenwerkingsverbanden tussen een gemeente en een ontwikkelaar.³

In bepaalde gevallen wordt de vrijheid van contracteren van gemeenten echter begrensd door het aanbestedingsrecht. Bedoelde begrenzing houdt bijvoorbeeld praktisch in, dat de aanbestedingsregels (kunnen) verbieden dat een gemeente enkelvoudig onderhands '1 op 1'⁴ een overeenkomst met een ontwikkelaar aan gaat.

¹ Zie bijv. Friso de Zeeuw in 'Staatssteun: fragmentatiebom op gebiedsontwikkeling', 20 februari 2013, www.gebiedsontwikkeling.nu met betrekking tot het Besluit van de Europese Commissie (C(2013) 87 final) inzake de 'Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg'.

² De betrokken, in het voorkomend geval samenwerkende, partijen moeten per geval bekijken, wat voor hen de beste contractbepalingen zijn. Men denkt daarbij aan zeggenschap, inbreng, financiering, werkzaamheden, activiteiten en/of risico's (en bij dit laatste de 'verdeling' daarvan). Partijen moeten ook zorgvuldig afwegen, of een op te richten (gezamenlijke) entiteit (onderneming) in het voorkomend geval (wel of niet) aangewezen en/of doelmatig is.

³ Al dan niet gebaseerd op een bepaald 'model', zoals bijvoorbeeld het bouwclaim- of het concessiemodel.

⁴ Dus zonder een aanbestedingsprocedure te hebben gevolgd.

Voorts zijn bepaalde gemeentelijke verrichtingen ('maatregelen') onderworpen aan de staatssteunregels.

2. Aanbestedingsrechtelijk

De beantwoording van de vraag, of de vrijheid van contracteren van een gemeente in het concrete geval begrensd wordt door het aanbestedingsrecht vindt plaats, door de inhoud van de voorgenomen overeenkomst te toetsen aan de aanbestedingsrechtelijke definitie van de 'overheidsopdracht voor werken'.⁵

Zo'n toets vindt plaats op basis van de definities als vastgelegd in Richtlijn 2004/18/EG. Deze is in Nederland geïmplementeerd door de Aanbestedingswet 2012.⁶

De relevante jurisprudentie die de definities als vorenbedoeld nader verduidelijkt, betreft:

- Het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller);
- Het arrest HvJEG 29 oktober 2009, C-536/07 (Commissie/Duitsland);
- Het arrest HvJEG 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05 (Roanne-arrest);
- Het arrest HvJEG 12 juli 2001, C-399/98 (Scala-arrest).

Zo mogelijk zal het Hof van Justitie EU met zaak C-576/10 (Commissie/Nederland)⁷ een en ander nader aanvullen en/of verduidelijken.

En verder bevat de *'Reiswijzer 2011'* in onderhavig verband nuttige en richtinggevende informatie.⁸

2.1 Definities

Ingevolge artikel 1 lid 2 sub a van Richtlijn 2004/18/EG⁹ zijn 'overheidsopdrachten':

Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

⁵ De twee andere 'overheidsopdrachten' voor 'leveringen' en 'diensten' zijn doorgaans, hoewel zeker niet uitgesloten, minder relevant bij gebiedsontwikkeling. Een toets aan de 'concessieovereenkomst voor openbare werken' (een 'speciale' overheidsopdracht voor werken) kan in het voorkomend geval wel voor de hand liggen. Zie bijv. het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), r.o. 72 t/m 75. Voorts kent men in het aanbestedingsrecht ook de 'concessieovereenkomst voor diensten'.

⁶ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Staatsblad 2012, 542 (deels gewijzigd bij Stb. 2013, 44). In werking getreden op 1 april 2013 als gevolg van het Besluit van 11 februari 2013, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012, Staatsblad 2013, 57.

⁷ Zie voornamelijk, de Conclusie van de AG van 11 april 2013.

⁸ Bijvoorbeeld omdat het een gezamenlijk document is van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, NEPROM, VNG en IPO.

⁹ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004, Publicatieblad van de Europese Unie 30 april 2004 (L 134).

Volgens artikel 1 lid 2 sub b van Richtlijn 2004/18/EG¹⁰ zijn ‘overheidsopdrachten voor werken’:

Overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Een ‘werk’ is volgens voornoemd artikel:

Het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

En volgens artikel 1 lid 8 van Richtlijn 2004/18/EG geldt:

De termen „aannemer”, „leverancier” of „dienstverlener” omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden van producten of diensten op de markt aanbiedt.

De term „ondernemer” dekt zowel de termen „aannemer”, „leverancier” als „dienstverlener”. De term „ondernemer” wordt louter ter vereenvoudiging van de tekst gebruikt.

2.2 De overheidsopdracht voor werken

Op grond van de in de vorige paragraaf genoemde definities kent de overheidsopdracht voor werken een vijftal wezenlijke elementen. Aan alle elementen moet cumulatief worden voldaan, wil sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken.

Het gaat om de elementen:

1. Schriftelijke overeenkomst;
2. Aanbestedende dienst;
3. Aannemer;
4. Bezwarende titel;
5. Een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Ontbreekt een element, dan is er geen sprake van een overheidsopdracht voor werken en aldus ook geen aanbestedingsplicht. Elke overeenkomst¹¹ die de gemeente in het kader van een gebiedsontwikkeling met een wederpartij zal aangaan moet (vooraf) aan de vijf elementen worden getoetst, om vast te (kunnen) stellen of sprake is van een gemeentelijke aanbestedingsplicht.^{12 13}

¹⁰ Zie ook art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

¹¹ Ongeacht de benaming. Zie bijv. het arrest HvJEG 29 oktober 2009, C-536/07 (Commissie/Duitsland). Een ‘samenwerkingsovereenkomst’ kan dus bijvoorbeeld (ook) een ‘overheidsopdracht’ zijn. Ook een grondverkoopovereenkomst kan in het voorkomend geval een ‘overheidsopdracht voor werken’ zijn.

¹² Volgens de wettelijke bepalingen of volgens het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid.

¹³ Uiteindelijk speelt natuurlijk ook de raming van de overheidsopdracht een belangrijke rol.

2.3 Kansen en mogelijkheden om niet aan te (hoeven) besteden.

Kansen en mogelijkheden om niet aan te (hoeven) besteden liggen doorgaans (slechts) bij de elementen 3, 4 en 5 voornoemd.

Aan een schriftelijke overeenkomst wordt immers doorgaans niet ontkomen.¹⁴ En een gemeente is nu eenmaal een aanbestedende dienst.¹⁵

2.3.1 Aannemer

Wil sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken, dan moet een ‘aannemer’ de wederpartij zijn van de gemeente bij de overheidsopdracht (lees: bij de schriftelijke overeenkomst).

Een aannemer houdt zich bezig met de ‘uitvoering van werken’ en is (aldus) een ruim begrip.¹⁶ Op grond van het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller)¹⁷ gaat de overheidsopdracht voor werken er van uit:

Dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij overeenkomst omschreven prestatie. Bij het afsluiten van een overheidsopdracht voor werken verbindt de aannemer zich er dus toe, de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren.

Het is daarbij:¹⁸

Irrelevant of de aannemer de werken met eigen middelen uitvoert dan wel daartoe onderaannemers inschakelt.

En verder geldt:¹⁹

Daar de uit de opdracht voortvloeiende verbintenissen juridisch bindend zijn, moet de uitvoering ervan in rechte kunnen worden gevorderd. Bij gebreke van Unierechtelijke regeling en overeenkomstig het beginsel van de procesautonomie moet de wijze van uitvoering van deze verbintenissen naar nationaal recht worden geregeld.

Bijgevolg dient op de derde en de vierde vraag te worden geantwoord dat het begrip „overheidsopdrachten voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de aannemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de

¹⁴ Het is bijna ondenkbaar dat de gemeente en de wederpartij geen schriftelijke overeenkomst aan zullen gaan. De rechtszekerheid (voor beide partijen) en rechtmatigheid (in verband met bijv. de besteding van overheidsmiddelen) zullen hiertoe doorgaans immers aanleiding (moeten) zijn. Anderszins zou e.e.a. bijv. ook niet ‘professioneel’ zijn.

¹⁵ Zie art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG en art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

¹⁶ Zie bijv. art. 1 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG.

¹⁷ Zie r.o. 60.

¹⁸ Zie r.o. 61 van HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller).

¹⁹ Zie de rechtsoverwegingen 62 en 63 van HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller).

uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen op de naar nationaal recht bepaalde wijze.

In beginsel zou het aldus mogelijk (moeten) zijn om een overheidsopdracht voor werken te vermijden (voorkomen), door geen 'bouwplicht' in de overeenkomst op te nemen. In dat verband zou mogelijk(er)wijs in de overeenkomst gebruik kunnen worden gemaakt van termen als:

"als wederpartij Y een werk Z realiseert, dan zal de gemeente < etc. >".

Dit betreft bijvoorbeeld geen door de gemeente jegens de ontwikkelaar ('wederpartij Y') in rechte afdwingbare bouwplicht.

Maar het risico is hier wel, dat zulke formuleringen nog geen concreet onderwerp van jurisprudentie zijn geweest. En dat een wederpartij van een gemeente bij een gebiedsontwikkeling doorgaans al snel aan de algemene definitie van 'aannemer'²⁰ uit artikel 1 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG zal voldoen.

2.3.2 Bezwarende titel

Alleen een schriftelijke overeenkomst 'onder bezwarende titel' kan een overheidsopdracht voor werken vormen. Zie daartoe de rechtsoverwegingen 48 t/m 54 van het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller):²¹

Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor werken heeft afgesloten, in het kader ervan een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt. Deze prestatie bestaat in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken (-).

Deze prestatie moet wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden.

Dit economisch belang staat duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft.

Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming (-).

Het economisch belang kan ook liggen in de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk (-).

²⁰ 'De term „aannemer” omvat elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die de uitvoering van werken op de markt aanbiedt.'

²¹ Zie daartoe bijv. ook par. 3.3 van mijn artikel 'Opinie inzake HvJ EG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller)', KW Legal, april 2010.

Het Hof heeft al geoordeeld dat een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk, een overheidsopdracht voor werken kan vormen, ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of van een gedeelte ervan (-).

Uit het voorgaande vloeit voort dat het begrip „overheidsopdrachten voor werken” in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vereist dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd zonder dat de prestatie evenwel noodzakelijkerwijze bestaat in de verkrijging van een materieel of fysiek voorwerp.

Een bezwarende titel, en daarmee een overheidsopdracht voor werken, is aldus door de gemeente te vermijden (voorkomen) door bijvoorbeeld geen eigendommen te verwerven, of niet te gaan kopen of huren van de ontwikkelaar. Of door niet financieel bij te dragen aan, of door niet risicodragend te participeren in de realisatie van de in het kader van een gebiedsontwikkeling te realiseren werken.

2.3.3 Een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet

Overheidsopdrachten voor werken hebben betrekking op ‘een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’. Zonder door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen zal er geen overheidsopdracht voor werken tot stand (kunnen) komen.

Als gevolg van de rechtsoverwegingen 65 t/m 69 van het arrest HvJ EG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller) geldt het volgende:

Deze vragen vinden hun oorsprong in het feit dat in het hoofdgeding de gemeente Wildeshausen, die de aanbestedende dienst heet te zijn, geen bestek met eisen heeft opgesteld voor een op het terrein van de Wittekind-kazerne uit te voeren werk. Volgens de verwijzingsbeslissing verklaarde deze gemeente zich alleen bereid het conceptplan van GSSI te onderzoeken en een procedure voor de opstelling van een daarmee overeenstemmend bestemmingsplan te starten.

In het kader van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 is bepaald dat de overheidsopdrachten voor werken betrekking hebben op een „werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”.

Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” in de zin van deze bepaling.

Op de vijfde en de zesde vraag dient dus te worden geantwoord dat de „door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” in de zin van het derde geval van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 niet kunnen bestaan in het enkele feit dat een overheidsdienst een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw.

Om aan een aanbestedingsplicht te ontkomen moet de gemeente (dus) zorgen, dat haar niet kan worden aangerekend, dat zij *'maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen'*.^{22 23}

'Problemen' zouden echter gelegen kunnen zijn in de Reiswijzer 2011, omdat die op dit punt 'strenger' lijkt dan feitelijk uit het arrest Helmut Müller lijkt te volgen. Of op dit punt (zelfs) niet in lijn is met dat arrest. De Reiswijzer 2011 haalt op pag. 78 namelijk het volgende aan:

Bepaalde planonderdelen hebben een openbaar c.q. maatschappelijk karakter, bijvoorbeeld scholen, bibliotheken, stadskantoren, zwembaden en openbare parkeervoorzieningen. De ontwikkeling en/of exploitatie van dergelijke voorzieningen vindt in de regel plaats met overheidsgeld. Als dergelijke voorzieningen met privaat geld worden gerealiseerd en geëxploiteerd (bijvoorbeeld een openbare parkeergarage), blijft er toch sprake van een werk met een openbaar karakter dat om die reden feitelijk voor de overheid wordt geëxploiteerd. Daarom moet de ontwikkeling en realisatie van vastgoed met een openbaar karakter als onderdeel van gebiedsontwikkelingen altijd openbaar worden aanbesteed. Dat de overheid (denk aan een toltunnel) de realisatie en exploitatie van een openbaar werk aan de markt overlaat, betekent immers niet dat het aanbestedingsrecht op dat werk niet langer van toepassing zou zijn.

Ik merk hierbij wel op, dat in Richtlijn 2004/18/EG bij de overheidsopdracht voor werken geen gebruik wordt gemaakt van de termen *'werk (of vastgoed) met een openbaar karakter'* en/of *'voor de overheid wordt geëxploiteerd'*. En het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller) noemt²⁴ (slechts) *'zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming'*.

2.3.4 Waarde van de overheidsopdracht

Tenslotte bestaan er kansen en mogelijkheden om niet aan te (hoeven) besteden, wanneer wel sprake is van een overheidsopdracht voor werken, maar deze overheidsopdracht qua waarde onder het Europese drempelbedrag uitkomt en de overheidsopdracht geen 'duidelijk grensoverschrijdend belang' heeft.^{25 26}
27

²² In de praktijk wordt overigens aangenomen, dat wanneer de gemeente zich volledig afzijdig houdt van privaatrechtelijke eisen aangaande de te realiseren werken en/of zich slechts (bijv. als een 'publieke regisseur') door middel van het bestemmingsplan zou 'bemoeien' met de werken, alsdan niet aan dit element wordt voldaan en dat (zodoende) geen overheidsopdracht voor werken tot stand komt.

²³ Zie uitgebreider, par. 3.4 van mijn artikel *'Opinie inzake HvJ EG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller)'*, KW Legal, april 2010.

²⁴ R.o. 51, onder meer verwijzend naar het Scala-arrest. Overigens (wel) bij het element 'bezwarende titel'.

²⁵ Zie bijv. de arresten HvJEG 13 november 2007 in zaak C-507/03 (An Post) en HvJEG 21 februari 2008, in zaak C-412/04 (Commissie-Italië).

²⁶ Zie ook treffend en duidelijk: HvJEU 19 december 2012 in zaak C-159/11 r.o. 23: *"Vooraf zij erop gewezen dat de toepassing van richtlijn 2004/18 op een overheidsopdracht afhankelijk is van de voorwaarde dat de geraamde waarde ervan de in artikel 7, sub b, van deze richtlijn vastgestelde drempel bereikt, rekening houdend met de normale marktwaarde van de werken, de leveringen of de diensten waarop deze overheidsopdracht betrekking heeft. Is dit niet het geval, dan zijn de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook de daaruit*

2.3.4.1 Duidelijk grensoverschrijdend belang

Onder (een) 'duidelijk grensoverschrijdend belang' wordt verstaan: De omstandigheid waarbij een buiten lidstaat Nederland gevestigde ondernemer daadwerkelijk interesse heeft of kan hebben in gunning en uitvoering van de overheidsopdracht.

Aan de hand van een marktanalyse kan een antwoord worden gegeven op de vraag, of de overheidsopdracht in het concrete geval een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Aspecten die daarbij bijvoorbeeld van belang zijn en dus onderzocht dienen te worden zijn:

- De geraamde waarde van de overheidsopdracht;²⁸
- De technische aard van de overheidsopdracht. En of bijvoorbeeld specifieke Nederlandse (uitvoerings-) regelgeving van toepassing is;²⁹
- De plaats van uitvoering van de overheidsopdracht.³⁰

Het zal duidelijk zijn, dat er diverse gemeentelijke gebiedsontwikkelingen (zullen) zijn, waar geen sprake zal zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

2.3.4.2 De raming

De waarde van de overheidsopdracht voor werken wordt vastgesteld op basis van een 'raming'. Met betrekking tot de raming van de overheidsopdracht voor werken geldt op grond van de leden 1 en 4 van artikel 9 van Richtlijn 2004/18/EG:³¹

De berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht moet gebaseerd zijn op het totale bedrag, exclusief BTW, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Bij deze berekening wordt rekening gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract. Wanneer de aanbestedende dienst voorziet in prijzengeld of betalingen aan gegadigden of inschrijvers, berekent hij deze door in de geraamde waarde van de opdracht.

In het geval van overheidsopdrachten voor werken wordt bij de berekening van de geraamde waarde rekening gehouden met de waarde van de werken, alsmede met de geraamde totale waarde van de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke goederen welke door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer zijn gesteld.

voortvloeiende transparantieplichting van toepassing, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, met name gelet op het belang en de plaats van uitvoering ervan (zie in die zin met name arrest van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, Jurispr. blz. I-3565, punten 20, 21 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak)."

²⁷ Het gemeentelijk inkoop- en aanbestedingsbeleid is in kwestie wel relevant, maar daarin is doorgaans een concrete afwijkingmogelijkheid opgenomen. Zie bijv. (ook) het VNG Model Inkoop- en aanbestedingsbeleid, juni 2012, par. 3.6.

²⁸ Hoe hoger die waarde, hoe namelijk (mogelijk) meer/eerder grensoverschrijdend belang.

²⁹ Hetgeen buitenlandse ondernemers bijvoorbeeld minder geïnteresseerd kan maken.

³⁰ Hoe dichterbij de landsgrens, hoe immers (mogelijk) meer/eerder grensoverschrijdend belang.

³¹ Zie ook de artikelen 2.15 en 2.16 Aanbestedingswet 2012.

En verder is in het voorkomend geval relevant, rechtsoverweging 57 van het arrest HvJEG 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05 (Roanne-arrest).³²

Gelet op het voorgaande, moet op de tweede vraag worden geantwoord dat ter bepaling van de waarde van een opdracht in de zin van artikel 6 van de richtlijn 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.

2.4 Mogelijk '3-fasen model' om te contracteren

Uit het vorenstaande volgt feitelijk, dat het in het voorkomend geval mogelijk is om bij een gebiedsontwikkeling in drie elkaar opvolgende fasen 'enkelvoudig onderhands 1 op 1' te contracteren.

Namelijk in:

- Fase 1: Waarbij het gaat om een 'Overeenkomst (gezamenlijk) onderzoek planontwikkeling'.³³
- Fase 2: Waar sprake is van een 'Overeenkomst vaststelling planontwikkeling' met de mogelijke inhoud: "Ontwikkelaar zal een vergunningaanvraag doen m.b.t. het navolgende plan: < invullen na afronding Overeenkomst (gezamenlijk) onderzoek planontwikkeling >".³⁴
- Fase 3: Waar een 'kale' grondverkoopovereenkomst³⁵ aan de orde is.³⁶

Strikt genomen zal immers alsdan in geen enkele fase een overheidsopdracht³⁷ ontstaan. En dus ook geen aanbestedingsplicht aan de orde zijn.³⁸

Een (bijkomend) voordeel van dit 'model' is, dat in goed onderling overleg en samenwerking tussen gemeente en ontwikkelaar onderzocht en besproken wordt, wat concreet - voor beide partijen - wel of niet haalbaar is. En dat bijvoorbeeld na afloop van Fase 1 en Fase 2 ook een (officieel) 'go' of een 'no go' moment³⁹ kan worden ingelast.

³² Zie overigens voor een nuancering ten aanzien van die rechtsoverweging, mijn artikel 'Een nuancering ten aanzien van r.o. 57 van het Roanne-arrest', KW Legal, juli 2008.

³³ Aandachtspunt is wel, te voorkomen dat een 'overheidsopdracht voor diensten' ontstaat. Maar dat hoeft praktisch geen problemen op te leveren (door bijvoorbeeld terzake geen vergoedingen overeen te komen).

³⁴ Hetgeen overigens ook (anderszins) in de vorm van een eenzijdige verklaring van de ontwikkelaar jegens de gemeente kan worden geformuleerd en vastgelegd.

³⁵ Die uitgaat van marktconforme prijzen.

³⁶ De verkoop van grond *sec* is in beginsel niet aanbestedingsplichtig. Zie r.o. 40 van het arrest HvJEG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller).

³⁷ Noch voor werken, noch voor leveringen en noch voor diensten.

³⁸ De motiveringsverplichtingen als bedoeld in art. 1.4 Aanbestedingswet 2012 vinden (ook) geen toepassing. De gemeente is immers niet 'voornemens een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten'. Hetzelfde geldt voor art. 1.6 Aanbestedingswet 2012. De 'opdrachten' ex art. 1.5 Aanbestedingswet 2012 hoeven in beginsel ook geen problemen op te leveren. Overigens zijn die 'opdrachten' niet eens wettelijk gedefinieerd (zie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012).

³⁹ Inclusief bestuurlijke besluitvorming.

Met het 'model' wordt daarmee ingestoken op een hoog praktisch realiteits- en haalbaarheidsgehalte met een beperking van onnodig te maken (voorbereidings-) kosten bij een voorgenomen gebiedsontwikkeling voor beide partijen.⁴⁰

Het 'model' kan overigens in beginsel ook vrijwillig (meervoudig onderhands / openbaar) aanbesteed worden.⁴¹

Staatssteun is wel een aandachtspunt.⁴²

3. Staatssteun

Ingevolge artikel 107 lid 1 VWEU geldt:

Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

In artikel 107 lid 1 VWEU zijn feitelijk zes 'elementen' te onderscheiden.⁴³

Voor ongeoorloofde staatssteun is dientengevolge cumulatief vereist:⁴⁴

1. Het moet gaan om een maatregel van de lidstaat of om een maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd.
2. Er moet sprake zijn van begunstiging, van een voordeel.
3. De begunstigde dient een onderneming te zijn dan wel producties dienen te worden begunstigd.
4. Er moet sprake zijn van selectiviteit.
5. De maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen.
6. De maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig.

⁴⁰ Uiteindelijk geschiedt in dit model de concrete ontwikkeling (uitvoering) door en voor rekening en risico van de ontwikkelaar, nadat hij de grond krachtens de 'kale' overeenkomst uit Fase 3 heeft verworven. Dat hij ook concreet zal gaan ontwikkelen geschiedt op basis van (in Fase 1 opgedaan) vertrouwen in combinatie met het logische gevolg van de overeenkomst (verklaring) uit Fase 2.

⁴¹ In feite wordt dan de overeenkomst met betrekking tot Fase 1 ('Overeenkomst (gezamenlijk) onderzoek planontwikkeling') aanbesteed. Van (een) overheidsopdracht (-en) is dan overigens nog steeds geen sprake.

⁴² Maar dat is niet alleen bij het '3-fasen model' het geval.

⁴³ Zie bijv. het Proefschrift van Nienke Saanen, 'Wegen door Brussel, staatssteun en publieke belangen in de vervoersector', uitgegeven door *Next Generation Infrastructures Foundation*, GildePrint Drukkerijen, Enschede 2013, pag. 31. Zij noemt het de 'constituerende elementen', omdat over elk van deze elementen interpreterende jurisprudentie is te vinden.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 15 mei 2012 (LJN: BW6167) voor een 'toets' aan alle criteria van ongeoorloofde staatssteun.

Artikel 108 lid 3 VWEU (de zogenaamde ‘standstill bepaling’ of ‘het uitvoeringsverbod’) luidt:

De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 107 onverenigbaar is met de interne markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

Artikel 108 lid 3 VWEU heeft rechtstreekse werking.⁴⁵ Een ieder kan *in beginsel*⁴⁶ een beroep doen op het artikel.

Het is (echter) niet geheel onomstreden, wanneer precies moet worden ‘aangemeld’ als bedoeld in artikel 108 lid 3 VWEU. Enerzijds kan worden aangenomen dat ‘steunmaatregelen’ al snel de mededinging kunnen (dreigen te) vervalsen.⁴⁷ En dat steunmaatregelen ook snel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig (kunnen) beïnvloeden.⁴⁸ Anderzijds lijkt de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (ook) de mogelijkheid te bieden, dat ‘lokale steun’ buiten de ‘aanmelding’ kan blijven.

3.1 Kansen en mogelijkheden

Om ongeoorloofde staatssteun te vermijden (voorkomen) is het bijvoorbeeld zaak, dat aan een of meer van de staatssteunelementen niet wordt voldaan. In beginsel kan de gemeente bijvoorbeeld (best) een ‘selectief voordeel’ verlenen, wanneer geen sprake is van ‘*ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten*’. Alsdan wordt bijvoorbeeld gebruik gemaakt van (toepassing van) de ‘*Lokale steun-beschikkingenpraktijk*’. De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie⁴⁹ lijkt immers de mogelijkheid te bieden, dat louter lokale steun - d.w.z. steun met een louter lokaal karakter en aan een lokale onderneming⁵⁰ - buiten de staatssteunregelgeving en de daarmee verband houdende ‘aanmelding’ kan blijven.

⁴⁵ Zie bijv. HvJEG 13 januari 2005, C-174/02 (Streekgewest Westelijk Noord-Brabant), r.o. 19.

⁴⁶ Meestal zal het echter (wel) zo zijn, dat de ‘staatssteunklager’ (rechtstreeks) geraakt moet zijn door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de toekenning van een in strijd met artikel 108 lid 3 VWEU ten uitvoer gebrachte steunmaatregel en mitsdien voldoende ‘belang’ moet hebben. Zie bijv. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 25 februari 2013 (LJN: BZ2265) en HvJEG 13 januari 2005, C-174/02 (Streekgewest Westelijk Noord-Brabant). Zie voor (o.a.) ‘belang’ en ‘causaal verband’ (ook), Rechtbank Midden-Nederland d.d. 15 mei 2013 (LJN: CA0341).

⁴⁷ Denk bijv. aan het afweren van (opkomende) concurrentie op de Nederlandse markt.

⁴⁸ Denk bijv. aan de vermindering van de invoer op de Nederlandse markt (of het ‘op slot gooien van de markt’).

⁴⁹ Zie bijv. N258/2000, zwembad Dorsten, C (2003) 3890, jachthavens, Nederland en de beschikkingen genoemd in de uitspraak van de Afdeling d.d. 13 februari 2013 (LJN: BZ1245) r.o. 5.4.

⁵⁰ En waarbij (dan ook) geen handelsstromen worden verlegd.

Daarnaast kan een gemeente in het voorkomend geval gebruik maken van de *'De-minimis regeling'*. Decentrale overheden mogen immers over een periode van drie belastingjaren één onderneming tot € 200.000,-- steunen, in welke vorm dan ook.⁵¹

Ook kan (steeds) gestreefd worden naar 'marktconform' handelen en naar 'marktconforme' uitkomsten.

'Marktconform' is echter een 'relatief begrip'. Een voorbeeld ter toelichting:

Ik (marktdeelnemer) heb een stuk bouwgrond (kavel) van 500m². Bestemming volgens bestemmingsplan: wonen (niet beperkt). 'Reguliere' grondprijs (zelfde soort) bouwgrond in mijn gemeente: € 180,-- per m². 'Reguliere' (of comparatieve) waarde derhalve: € 90.000,--. Ik ben niet geïnteresseerd in, heb geen belang bij, en/of geen wensen en/of eisen m.b.t. de (uiteindelijke) bestemming/realisatie van de kavel.

Wat doe ik (dan)? Wanneer een ondernemer (ontwikkelaar) zich meldt en zegt: "Ik kan er alleen een woning ten behoeve van sociale verhuur opzetten. De kosten daartoe zijn € 90.000,-- en de verkoopprijs bedraagt: € 150.000,--. Daarmee is jouw kavel (residueel) € 60.000,-- (lees: € 120,-- per m²) waard."

Een logische reactie van mij als 'marktdeelnemer' zou vooralsnog kunnen zijn: "Bekijk het maar, voor jou 10 andere (n)"? O.i.d. Hetgeen alsdan minst genomen iets zegt over de 'marktconformiteit' van € 60.000,-- (lees: € 120,-- per m²).

Daarentegen de volgende casus:

Ik (gemeente) heb een stuk bouwgrond (kavel) van 500m². Bestemming volgens bestemmingsplan: wonen (niet beperkt). 'Reguliere' (bijvoorbeeld comparatieve) grondprijs zelfde soort bouwgrond in de gemeente: € 180,-- per m². Ik ben geïnteresseerd in, heb belang bij en/of wensen en/of eisen m.b.t. de (uiteindelijke) bestemming/realisatie. I.c. sociale woningbouw. En ik zal dit ook - als voorwaarden - in de op te stellen grondverkoopovereenkomst opnemen.

Naar mijn mening heeft dat laatste gevolgen voor 'de waarde' van de kavel. Die zou dan in het voorkomend geval best wel eens 'marktconform', bijvoorbeeld 'residueel', € 60.000,-- (lees: € 120,-- per m²) kunnen zijn en daarop getaxeerd kunnen worden. Ik denk namelijk dat die gedachte (goed) past binnen de *'Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03)'*. Zie ook (nog) hierna.

3.2 Mededeling 97/C 209/03

Bij gebiedsontwikkeling ligt een (juiste) toepassing van de *'Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03)'*

⁵¹ Zie Verordening (EG) nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006, betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag op de-minimisteun.

in het voorkomend geval voor de hand. Volgt men die Mededeling goed en volledig, dan is men voor wat betreft de grondverkooprijzen gevrijwaard van staatssteun. En (dan) hoeft men ook geen 'aanmelding'⁵² te doen.

3.2.1 Open en onvoorwaardelijke biedprocedure

De Mededeling kent en beschrijft de *'open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt'*.⁵³ Zo mogelijk is deze biedprocedure (ook) in te vullen door middel van een (Europese) openbare aanbestedingsprocedure.

Toch is deze procedure bij gebiedsontwikkeling niet vaak geschikt. De praktijk leert namelijk dat bij de aanvang van gebiedsontwikkelingsprojecten, de projecten vaak nog onvoldoende concreet genoeg zijn. En daarmee nog in een stadium verkeren, dat er nog veel onzekerheden bestaan en (ook) nog veel veranderingen en aanpassingen zullen/kunnen volgen na aanbestedingsdatum.

Het in de aanbestedingsprocedure (laten) 'afprijzen' van gronden is dan niet aangewezen.⁵⁴

3.2.1.1 'Wezenlijke wijzigingen'

Daarbij komt, dat wanneer men (eenmaal) in de 'aanbestedingssfeer' heeft gezeten, men ook rekening moet (blijven) houden met het leerstuk van de 'wezenlijke wijzigingen'.

Daartoe zijn bijvoorbeeld de rechtsoverwegingen 34 t/m 37 van het arrest HvJEG 19 juni 2008, C-454/06 (*'Presstext'*) van belang:

Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst (-).

De wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.

Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan eveneens als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Deze laatste uitlegging vindt bevestiging in artikel 11, lid 3, sub e en f, van richtlijn 92/50, dat voor

⁵² In de zin van art. 108 lid 3 VWEU.

⁵³ Par. II Beginselen, sub 1.

⁵⁴ De risico's zijn voor de ontwikkelaar doorgaans nog (veel) te groot en/of nog niet goed (genoeg) in te schatten/calculeren. Hetgeen naar mijn mening ook de reden is, dat (mede) op prijs gebaseerde openbare aanbestedingsprocedures bij gebiedsontwikkeling doorgaans weinig goede resultaten opleveren. Denk bijv. aan geen of (te) weinig inschrijvingen en/of onrealistische inschrijvingen e.d.

overheidsopdrachten voor dienstverlening die volledig of grotendeels betrekking hebben op de in bijlage IA bij deze richtlijn vermelde diensten, beperkingen stelt aan de mogelijkheid voor de aanbestedende diensten om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure voor het plaatsen van diensten die een aanvulling vormen op de diensten waarop een oorspronkelijke overeenkomst betrekking had.

Een wijziging kan ook als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.

Blijkt bijvoorbeeld een in het kader van een aanbestedingsprocedure afgegeven grondprijs gaandeweg het project niet meer juist of volledig te zijn. En behoeft een en ander aldus noodzakelijkerwijs bijstelling en/of aanpassing. Dan zou een en ander als gevolg van het vorenstaande tot een nieuwe aanbestedingsplicht kunnen leiden.

En daar zitten betrokken partijen doorgaans niet op te wachten. En is ook niet efficiënt.⁵⁵

3.2.2 Verkoop zonder open en onvoorwaardelijke biedprocedure (taxatie)

Bij gebiedsontwikkeling heeft men doorgaans meer aan paragraaf II (*Beginselen*) bij '2. Verkoop zonder onvoorwaardelijke biedprocedure'⁵⁶ van de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03):

"c) Speciale voorwaarden

Aan de verkoop kunnen in het algemeen belang speciale voorwaarden worden verbonden in verband met de gronden en gebouwen doch niet in verband met de koper of diens economische activiteit, voor zover iedere potentiële koper in beginsel verplicht en in staat is aan deze voorwaarden te voldoen, ongeacht hij een bedrijf heeft en ongeacht de aard van dat bedrijf. Het economisch nadeel van een dergelijke verplichting dient door onafhankelijk taxateurs afzonderlijk te worden geraamd en kan in de aankoopprijs worden doorberekend. Wanneer een bedrijf op zijn minst gedeeltelijk uit eigenbelang aan bepaalde verplichtingen voldoet, dient daarmee bij de beoordeling van die verplichtingen rekening te worden gehouden. Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan een voordeel op het gebied van reclame, sponsoring van sport en cultuur, imago, verbetering van de directe omgeving van de koper, op dat van, of van recreatievoorzieningen voor het personeel van de koper.

Economische verplichtingen waaraan iedere eigenaar van onroerend goed volgens gemeen recht moet voldoen, mogen niet in de aankoopprijs worden doorberekend. (Voorbeelden hiervan zijn de zorg voor en het onderhoud van een stuk grond of een gebouw in het kader van

⁵⁵ Hetgeen aldus pleit voor 'flexibiliteit'. Zie (ook) hierna.

⁵⁶ Sub a: "*Indien openbare instanties geen gebruik maken van de onder punt 1 beschreven procedure, moet vóór de verkooponderhandelingen een taxatie door een of meer onafhankelijke taxateurs van onroerend goed worden verricht om de marktwaarde vast te stellen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria. De aldus vastgestelde marktprijs is de minimale aankoopprijs die kan worden overeengekomen zonder dat staatssteun verleend wordt.*"

de algemene sociale verplichtingen waaraan de eigenaar ervan behoort te voldoen, of het betalen van belastingen en dergelijke lasten).”

Hetgeen betekent, dat de ‘marktconformiteit’ van een maatregel c.q. het handelen van een gemeente feitelijk afhankelijk is van, of feitelijk afhankelijk kan worden gesteld aan, hetgeen de gemeente als ‘speciale voorwaarden’ of ‘eisen’ in een grondverkoopovereenkomst opneemt.

‘Speciale voorwaarden’ (‘eisen’) kunnen en mogen (aldus) in het voorkomend geval leiden tot een lagere ‘marktconforme’ verkoopprijs van de grond dan een verkoopprijs die in een andere situatie - zonder de ‘speciale voorwaarden’ (‘eisen’) - bijvoorbeeld op comparatieve wijze ‘marktconform’ zou zijn vastgesteld.

Een en ander biedt naar mijn mening en onder voorwaarden (ook) mogelijkheden voor toepassing van de ‘residuele grondwaardeberekeningsmethodiek’.

In punt 72 van het Besluit van de Europese Commissie⁵⁷ inzake de ‘Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam-Voorburg’ is weliswaar vermeld:

Wat betreft de in overweging 30 vermelde taxatie door een deskundige in februari 2009, is de Commissie van mening dat de restwaardemethode die in deze achteraf opgestelde beoordeling werd gebruikt niet geschikt is om de marktwaarde van de aan SJB verkochte grond te berekenen, aangezien de verwachte daling van de opbrengst van de huizenverkoop volledig door de prijs van de grond zou worden geabsorbeerd. Om de waarde van de grond te berekenen, gaat de restwaardemethode uit van de verkoopprijzen van de huizen. Van deze prijs worden de bouwkosten en een winst- en risicovoorziening afgetrokken. Wat overblijft, is de waarde van de grond. Het is duidelijk dat met de restwaardemethode in een dalende huizenmarkt zoals hier het geval is, de waardedaling van het onroerend goed volledig naar de grondwaarde wordt verschoven. In theorie kan dit zelfs een negatieve grondwaarde als resultaat hebben.

Maar ik wil (echter) aannemen, dat bovengenoemd standpunt van de Europese Commissie niet per definitie altijd heeft te gelden en/of in algemene zin zonder meer geldt.⁵⁸

Ik meen immers dat de Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03) het onderstaande voorbeeld wel degelijk mogelijk maakt:

“Ik (gemeente) verkoop jou de grond met de verplichting er een sociale huurwoning op te bouwen die (tevens) tenminste voldoet aan de eisen: X, Y en Z.” Ontwikkelaar: “Dat is goed, maar de verkoopprijs van zo’n woning is max. € 150.000,--. Aan bouwkosten ben ik, vanwege jouw voorwaarden/eisen met betrekking tot type woning en de afwerking daarvan, € 90.000,-- kwijt. Dat kan volgens de regels worden aangetoond door een taxateur. Dus ik betaal jou niet meer dan € 60.000,-- voor de grond.”

⁵⁷ C(2013) 87 final.

⁵⁸ En waarschijnlijk (slechts) gebaseerd is op de concrete omstandigheden van het ‘Leidschendam-Voorburgse geval’.

En ook dit voorbeeld:

“Ik (gemeente) verkoop jou de grond met de verplichting er een sociale huurwoning op te bouwen die (tevens) tenminste voldoet aan de eisen: gouden kranen, marmeren vloeren en platina hang- en sluitwerk.” Ontwikkelaar: “Dat is goed, maar de verkoopprijs van zo’n woning is max. € 150.000,--. Aan bouwkosten ben ik, vanwege jouw voorwaarden/eisen met betrekking tot type woning en de afwerking daarvan, € 160.000,-- kwijt. Dat kan volgens de regels worden aangetoond door een taxateur. Dus, als je een en ander echt wilt, dan moet je mij zowel de grond leveren, als € 10.000,-- bij betalen.”

Ik meen namelijk,⁵⁹ dat de ontwikkelaar economisch nadeel ondervindt van dergelijke gemeentelijke verplichtingen (‘eisen’). Dat economisch nadeel kan door onafhankelijke taxateurs afzonderlijk worden geraamd. En kan (aldus) in de aankoopprijs worden doorberekend.

Er lijkt dus nog steeds het nodige mogelijk. En wellicht (dus) ook ‘residueel’.

Van belang daarbij is echter wel, om een en ander (ook) goed in de betreffende overeenkomst (-en) vast te leggen.

En (ook) om in het concrete geval niet slechts een onafhankelijke taxateur opdracht te geven omtrent waardebeoordeling van de betreffende gronden en/of gebouwen. Maar ook de betreffende onafhankelijke taxateur (mede) opdracht te geven tot concrete uitvoering, motivering en/of onderbouwing van hetgeen in de Mededeling 97/C 209/03 concreet is vastgelegd en bepaald.⁶⁰

3.2.2.1 (Daaruit voortvloeiende) Aanbestedingsplicht

Bij toepassing van vorengenoemde, in Mededeling 97/C 209/03 (paragraaf II, sub 2) vastgelegde, methodiek wordt voldaan aan het aanbestedingsrechtelijke criterium ‘een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’.

En mogelijk kan ook (snel) worden aangenomen, dat sprake zal zijn van een ‘bezwarende titel’ in de zin van de overheidsopdracht voor werken. Men zie bijvoorbeeld het arrest Helmut Müller met betrekking tot de ‘gemeentelijke tegenprestatie’⁶¹ en het ‘financieel bijdragen aan’.⁶²

De toepassing van vorengenoemde methodiek kan derhalve in het voorkomend geval leiden tot een gemeentelijke Europese aanbestedingsplicht.⁶³

⁵⁹ In de zin van paragraaf II (*Beginselen*) bij ‘2. Verkoop zonder onvoorwaardelijke biedprocedure’ van de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03).

⁶⁰ Zie bijv. ook mijn artikel ‘*De relatieve rechtstreekse werking van artikel 108 lid 3 VWEU*’, KW Legal, maart 2013.

⁶¹ Denk bijv. aan de levering van grond ten behoeve van de realisatie van een werk.

⁶² Denk bijv. aan het accepteren van een bepaalde, van een comparatieve methode van berekening afwijkende, grondprijs.

4. Aanbesteden

Zou bij een voorgenomen gebiedsontwikkeling een Europese aanbestedingsprocedure (verplicht) aan de orde zijn. Dan is naar mijn mening de praktische realiteit, dat het de voorkeur heeft om niet op de 'traditionele manier' aan te besteden c.q. om niet een 'traditionele aanbestedingsprocedure' te doorlopen.⁶⁴

Onder een 'traditionele aanbestedingsprocedure' versta ik een aanbestedingsprocedure waarin onder andere om grondprijzen wordt gevraagd. Die betrekking heeft op een feitelijk door de gemeente bedacht en voorgeschreven plan. En die tevens uitgaat van een traditionele 'opdrachtgever-opdrachtnemer rolverdeling'.

Om de volgende redenen acht ik een 'traditionele aanbestedingsprocedure' doorgaans minder aangewezen bij een gemeentelijke gebiedsontwikkeling:

- Een gebiedsontwikkeling kent op het moment van het starten van de aanbestedingsprocedure vaak nog de nodige onzekerheden⁶⁵ en daarmee gepaard gaande risico's. En dat verhoudt zich niet met het (moeten) 'afprijzen' van de betreffende gronden door een inschrijver.^{66 67}
- Het (moeten) 'afprijzen' van de betreffende gronden (op aanbestedingsdatum) leidt tot onvoldoende flexibiliteit in de uitvoering.⁶⁸
- Een gebiedsontwikkeling die (doorgaans grotendeels) 'voor rekening en risico' van een ontwikkelaar zal (moeten) plaatsvinden verhoudt zich niet met een door de gemeente bedacht en voorgeschreven plan.⁶⁹ En bovendien wordt alsdan niet of onvoldoende gebruik gemaakt van kennis, kunde en expertise van de echte uitvoeringsspecialisten.⁷⁰

⁶³ Wat mogelijk alsdan (doorgaans) nog resteert om geen aanbestedingsplicht aan te (hoeven) nemen, is het ontbreken van een 'bouwplicht' (het bewerkstelligen van een en ander en een beroep daarop doen is echter niet geheel zonder risico). En/of een overheidsopdracht zonder 'duidelijk grensoverschrijdend belang' met een waarde onder het Europese drempelbedrag. Bij het laatste speelt het gemeentelijk inkoopbeleid ook een rol, maar daarin is doorgaans een concrete afwijkmogelijkheid opgenomen. Zie bijv. (ook) het VNG Model Inkoop- en aanbestedingsbeleid, juni 2012, par. 3.6.

⁶⁴ Althans, daar lijken in de praktijk te veel niet doelmatige voorbeelden van te zijn. Hetgeen de marktpartijen thans ook zeer huiverig lijkt te maken om 'in te schrijven'. Of om concrete 'moeite' voor zo'n procedure te doen.

⁶⁵ Denk bijv. aan concrete haalbaarheid, planning, planologie, (kopers-) marktontwikkelingen e.d.

⁶⁶ De risico's van het (gehele) project zijn immers niet in te schatten en daarmee niet te 'calculeren' door een ontwikkelaar.

⁶⁷ E.e.a. verhoudt zich ook niet met het in de aanbestedingsprocedure vragen naar een (reeds) door een ontwikkelaar concreet uitgewerkt plan.

⁶⁸ Denk bijv. aan het aanbestedingsrecht m.b.t. het leerstuk van de 'wezenlijke wijzigingen'.

⁶⁹ Risico's moeten bijv. worden neergelegd bij de partij die (ook) in staat is de risico's te beïnvloeden en/of te beheersen. Zou men, daarnaast, een (feitelijk) door de gemeentelijke uitvraag (het door de gemeente bedachte plan) gecreëerd risico bij de markt neerleggen, dan wordt feitelijk slechts naar een 'verzekeringpolis' inclusief daarmee verband houdende 'premie' gevraagd. En bijv. niet naar de optimale realisatie van het project voor rekening en risico van de ontwikkelaar.

⁷⁰ Doorgaans een ervaren ontwikkelaar en niet een gemeente.

- Een gebiedsontwikkeling die (doorgaans) in ‘samenwerking’⁷¹ zal (moeten) plaatsvinden, verhoudt zich niet met een traditionele ‘opdrachtgever-opdrachtnemer rolverdeling’.⁷²

Bij/in een aanbestedingsprocedure met betrekking tot een gemeentelijke gebiedsontwikkeling zou men in het voorkomend geval aldus bijvoorbeeld:

- (beter) niet om grondprijzen moeten vragen;
- (eerder) moeten werken met een ‘functionele (plan-) uitvraag’;⁷³
- (meer) aan ‘samenwerkingsmodellen’ in de geest van bijvoorbeeld een ‘bouwteam’ of een ‘Alliantiemodel’⁷⁴ moeten denken;⁷⁵
- (meer) naar een ‘flexibele uitvoeringsovereenkomst’⁷⁶ moeten streven.⁷⁷

Hetgeen aldus pleit voor een ‘niet-traditionele aanbestedingsprocedure’. Het Europese aanbestedingsrecht biedt hiertoe (ook) de mogelijkheid, omdat het ‘systeem’ feitelijk (grotendeels) niet meer behelst dan:⁷⁸

- Vooraf openbaar ‘aankondigen’;
- Desgevraagd inlichtingen verstrekken;
- Het naleven van (voorgeschreven) termijnen;
- Objectief, transparant en non-discriminerend handelen tijdens de procedure;⁷⁹
- Beoordelen en (uitspreken voornemen tot) gunning;
- Achteraf aankondigen van de gegunde opdracht.

En een gunning op prijs (-aspecten) is verder ook niet verplicht.⁸⁰

⁷¹ Denk aan een gemeentelijke Publiek Private *Samenwerking* (PPS).

⁷² In een traditionele ‘opdrachtgever-opdrachtnemer rolverdeling’ kunnen ‘tegengestelde OG-ON belangen’ een negatieve rol (gaan) vervullen. Hetgeen o.a. de projectdoelstelling (-en) niet ten goede zal komen. ‘Opdrachtgeven’ is (overigens) doorgaans ook iets anders dan ‘samenwerken’.

⁷³ De voordelen (en resultaten) van een functionele uitvraag zijn doorgaans immers bijvoorbeeld: een betere inzet van en door de echte uitvoeringsspecialisten; meer verantwoordelijkheid voor de echte uitvoeringsspecialisten met betrekking tot het te bereiken resultaat en de totstandkoming daarvan; betere en betaalbare oplossingen; meer innovatie; en meer maatwerk.

⁷⁴ Het Alliantiemodel kan bijvoorbeeld aansluiten op de behoefte om in een vroegtijdig stadium tegemoet te komen aan tegengestelde belangen, omdat het model niet uitgaat van een traditionele rolverdeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, maar van een intensieve samenwerking die in het voorkomend geval voor het verwezenlijken van het doel van de samenwerking nuttig kan zijn.

⁷⁵ Samen binnen vastgestelde kaders een gezamenlijk onderschreven doel (realisatie van het project) bereiken.

⁷⁶ Een overeenkomst die flexibiliteit in de uitvoering ervan mogelijk maakt of ‘faciliteert’.

⁷⁷ Concreet tussen partijen vastgelegde m.n. ‘fundamentele’ eisen en voorwaarden leiden doorgaans aanbestedingsrechtelijk (leerstuk ‘wezenlijke wijzigingen’) niet tot de door/voor partijen gewenste ‘bewegingsvrijheid’ in de uitvoering. Of ze leiden bijvoorbeeld tot (nieuwe) onderhandeling (-skosten).

⁷⁸ Zie voor bijv. de openbare procedure (ook) art. 2.26 Aanbestedingswet 2012.

⁷⁹ Bijv. met betrekking tot ‘selectie’ en ‘gunning’.

⁸⁰ Zie bijv. artikel 53 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG en de artikelen 2.114 en 2.115 Aanbestedingswet 2012.

Een Europese aanbestedingsprocedure kan (aldus) veel 'vrijer' worden 'ingericht', dan doorgaans in de praktijk wordt gedacht, aangenomen en/of geschiedt.

5. Een alternatief voor de 'traditionele Europese aanbestedingsprocedure'

Stel de volgende casus:

De gemeente heeft in verband met (noodzakelijke) uitbreiding een nieuwe woonwijk in gedachten. Zij is eigenaar van de gronden waarop de woonwijk moet worden gerealiseerd. Zeker is dat er (een mix van) koop- en sociale huurwoningen, openbare voorzieningen (OV) en openbaar gebied (OG) moeten worden gerealiseerd. OV en OG worden eigendom van de gemeente en gerealiseerd volgens het gemeentelijke civieltechnisch PvE.

De gemeente heeft uitgangspunten voor de realisatie van het project c.q. de woonwijk vastgesteld. Zij heeft ook al (voorlopige) ideeën omtrent het type (koop- en sociale huur-) woningen. En het is niet uitgesloten dat ze (uiteindelijk) ook privaatrechtelijke eisen⁸¹ aan de woningen zal stellen.

De gemeente is echter niet voornemens om zelf (voor eigen rekening en risico) tot ontwikkeling en realisatie van de woonwijk over te gaan. Ze is van mening dat een en ander het beste⁸² door een professionele ontwikkelaar kan worden gedaan en zal daartoe⁸³ haar gronden aan de ontwikkelaar verkopen. Ze is ook van mening, dat een realistisch, haalbaar en 'verkoopbaar' plan moet worden vastgesteld waar zowel gemeente als ontwikkelaar zich in kunnen vinden. En dat thans nog het nodige moet worden onderzocht alvorens daarvan sprake is.

Het ligt voor de hand, dat ten behoeve van de ontwikkeling en realisatie van de woonwijk een (samenwerkings-) overeenkomst met een ontwikkelaar moet worden aangegaan. Het is niet uitgesloten dat die overeenkomst als een overheidsopdracht voor werken kan/moet worden aangemerkt en dat de waarde daarvan boven het Europese drempelbedrag voor werken uit komt.

Een Europese aanbestedingsprocedure is dus aangewezen.⁸⁴

⁸¹ Bijvoorbeeld in verband met duurzaamheid, voor zover realistisch, haalbaar en (voor kopers) 'betaalbaar'.

⁸² Bijvoorbeeld in verband met (kopers-) marktontwikkelingen.

⁸³ Onder nader over een te komen voorwaarden.

⁸⁴ Het in paragraaf 2.4 van dit artikel genoemde '3-fasen model' kan waarschijnlijk geen toepassing vinden, omdat in de casus waarschijnlijk geen 'kale' grondverkoopovereenkomst zal kunnen worden gecreëerd. Ter realisatie van het plan/project 'voor rekening en risico van de ontwikkelaar' zal de gemeente in verband met haar ideeën, wensen en eisen waarschijnlijk niet 'de hoofdprijs' met betrekking tot de verkoopprijs van de gronden kunnen incasseren. En ter voorkoming van ongeoorloofde staatssteun in verband met de te realiseren hoogte van de grondverkoopprijs zal daarom waarschijnlijk gebruik moeten worden gemaakt van paragraaf II (*Beginselen*) bij '2. Verkoop zonder onvoorwaardelijke biedprocedure' van de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03). En een

Men heeft dan van doen met een gebiedsontwikkelingsproject dat nog niet concreet vast staat.⁸⁵ En waar overleg, afstemming en samenwerking in (minst genomen) de planontwikkelingsfase van het project aangewezen is.⁸⁶

Het (laten) 'afprijzen' van de gemeentelijke gronden in een aanbestedingsprocedure is niet realistisch en (dus) niet aangewezen.

Ik meen dat met betrekking tot een 'niet-traditionele Europese aanbestedingsprocedure' inzake vorenbedoeld project⁸⁷, de navolgende eerste globale opzet zou kunnen dienen:⁸⁸

Functionele uitvraag⁸⁹

Een overeenkomst met betrekking tot de in goed onderling overleg en afstemming en goede samenwerking tussen de gemeente en een professionele ontwikkelaar:

- te realiseren planontwikkeling van Project X, en;
- de (uiteindelijke) realisatie van Project X.

Een en ander binnen de door de gemeente vastgestelde (rand-) voorwaarden, kaders en uitgangspunten.

Project X

- Omschrijving Project X: De realisatie van een nieuwe woonwijk met (een mix van) koop- en sociale huurwoningen inclusief daarbij behorende openbare voorzieningen (OV) en openbaar gebied (OG).
- (Voorlopige) Ideeën omtrent Project X: < concreet invullen >.
- Uitgangspunten⁹⁰ Project X: < concreet invullen >.

en ander vereist (aldus) dat 'speciale voorwaarden' ('eisen') in de grondverkoopovereenkomst moeten worden opgenomen.

⁸⁵ In verband met bijv. concrete haalbaarheid, planning, planologie, (kopers-) marktontwikkelingen e.d.

⁸⁶ Waar het dus gaat om overleg, afstemming en samenwerking om gezamenlijk een realistische en haalbare planontwikkeling vast te (kunnen) stellen die (aldus) door beide partijen verantwoord wordt geacht en zodoende door beide partijen inhoudelijk 'gedragen' wordt. En op basis waarvan het project c.q. de realisatie van de woonwijk (ook) kan worden uitgevoerd.

⁸⁷ En/of voor de eerste globale opzet van de meest essentiële punten van het daarmee samenhangende aanbestedingsdocument.

⁸⁸ De aanbestedingsprocedure gaat (natuurlijk) uit van een wettelijk voorgeschreven aankondiging via TenderNed (art. 2.62 jo. 4.13 en 4.14 Aanbestedingswet 2012). Van het naleven van (tenminste) de wettelijk voorgeschreven (doorloop-) termijnen. Zie daartoe, art. 38 leden 2, 5 en 6 Richtlijn 2004/18/EG (art. 2.71 en art. 2.72 Aanbestedingswet 2012), art. 39 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG (art. 2.54 Aanbestedingswet 2012, verstrekken inlichtingen) en artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012 (voornemen tot gunning). En van objectief, transparant en non-discriminerend handelen met betrekking tot bijv. 'selectie' en 'gunning'. Overigens kan ook goed vrijwillig (niet verplicht, zie art. 1.22 Aanbestedingswet 2012) gebruik worden gemaakt van (H1 en H2 van) het ARW 2012.

⁸⁹ Waar is de gemeente naar 'op zoek', of wat 'wil ze', of wat 'heeft ze nodig'?

(Rand-) Voorwaarden, kaders en uitgangspunten⁹¹

- Realisatie van Project X voor rekening en risico van de ontwikkelaar.
- OV en OG worden eigendom van de gemeente en gerealiseerd volgens het gemeentelijke civieltechnisch PvE (*bijlage Aanbestedingsdocument*).
- (Uiteindelijke) Verkoop grond door gemeente aan ontwikkelaar nadat beide partijen onderling schriftelijk overeenstemming hebben bereikt omtrent de planontwikkeling van Project X en over de concrete voorwaarden en bedingen van de grondverkoopovereenkomst.
- Relevante gemeentelijke kaders met betrekking tot Project X: < concreet invullen >.
- Relevant gemeentelijk beleid:⁹² < concreet invullen >.
- Concept-Samenwerkingsovereenkomst (*bijlage Aanbestedingsdocument*) met daarin (tenminste) opgenomen een 'go' / 'no go' moment.⁹³ Namelijk, de schriftelijke overeenstemming tussen partijen omtrent de planontwikkeling van Project X en de concrete voorwaarden en bedingen van de grondverkoopovereenkomst. Wanneer op datum < invullen > geen schriftelijke overeenstemming tussen partijen omtrent de planontwikkeling van Project X en (over) de concrete voorwaarden en bedingen van de grondverkoopovereenkomst zal bestaan, eindigt de Samenwerkingsovereenkomst (voorts) van rechtswege zonder dat enigerlei vorm van schadeplechtigheid van/voor/jegens partijen aan de orde is.⁹⁴

Prijsaspecten

- De verkoopprijs van de grond zal tijdens de uitvoering van de Samenwerkingsovereenkomst⁹⁵ worden overeengekomen op basis van en met inachtneming van hetgeen is vastgelegd in paragraaf II (*Beginnelen*) bij '2. Verkoop zonder onvoorwaardelijke biedprocedure' van de Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03). En is zodoende (mede) afhankelijk van de concrete planontwikkeling van Project X.

⁹⁰ Zorg voor realistische en bij voorkeur niet bij voorbaat (al) te 'beperkende' uitgangspunten. Een en ander bijvoorbeeld in verband met de 'functionele uitvraag'. En bijvoorbeeld ook in verband met het aanbestedingsrechtelijke leerstuk van de 'wezenlijke wijzigingen'.

⁹¹ Hier praktisch en reëel zijn en niet zomaar alles 'dicteren' en/of toevoegen. Let bijv. op de (logische) samenhang tussen de diverse (beleids-) documenten. En probeer tegenstrijdigheden bij voorbaat te voorkomen. Of werk zo nodig met prioriteringen.

⁹² Waarschijnlijk op diverse (verschillende) beleidsterreinen, dus voorafgaand (zelf) 'samenhang' creëren.

⁹³ Feitelijk wordt zo (ook) 'fasegewijs' gecontracteerd, hetgeen bijv. blijkt geeft van een hoog praktisch realiteits- en haalbaarheidsgedachte met een beperking van onnodig te maken (voorbereidings-) kosten voor partijen.

⁹⁴ Er van uitgaande dat beide partijen zich zullen inspannen om te komen tot een voor beide partijen realistisch, haalbaar en 'verkoopbaar' (ontwikkelings-) plan en een en ander blijkt na verloop van tijd objectief gezien niet mogelijk, is het logisch dat partijen alsdan uit elkaar gaan. Het 'zit' er dan namelijk gewoon 'niet in' en men moet dan bijv. stoppen met kosten maken.

⁹⁵ Tijdens de 'planontwikkelingsfase' van de Samenwerkingsovereenkomst.

- De Mededeling 97/C 209/03 wordt strikt en volledig nagevolgd c.q. toegepast.⁹⁶

Flexibiliteit

- Bepaling in de (concept-) Samenwerkingsovereenkomst:⁹⁷

“De mogelijkheden voor beide partijen om de als gevolg van de Europese aanbestedingsprocedure aangegane Samenwerkingsovereenkomst te verlengen, te wijzigen of uit te breiden, zijn in beginsel niet beperkt, vermits een en ander relevant van doen heeft c.q. relevant verband houdt met Project X en vermits partijen omtrent een en ander tot schriftelijke overeenstemming komen.”

Uitsluitingsgronden⁹⁸

- Toepassing van de wettelijk verplichte uitsluitingsgronden.⁹⁹ En zo (echt) nodig, een zo beperkt mogelijk aantal proportionele niet-wettelijk verplichte uitsluitingsgronden.¹⁰⁰

Een en ander met gebruikmaking van de wettelijk verplichte Eigen verklaring.¹⁰¹

Geschiktheidseisen¹⁰²

- Toepassing van - een zo beperkt mogelijk aantal - proportionele en doelmatige geschiktheidseisen.¹⁰³

Een en ander met gebruikmaking van de wettelijk verplichte Eigen verklaring.¹⁰⁴

⁹⁶ Ongeoorloofde staatssteun i.v.m. de grondprijs (-zen) en een ‘aanmelding’ als bedoeld in art. 108 lid 3 VWEU wordt zodoende voorkomen.

⁹⁷ Een en ander in verband met het leerstuk van de ‘wezenlijke wijzigingen’. Alle (Europese) marktpartijen weten zodoende van meet af aan waarop zij inschrijven. En waar ze aan toe zijn. Ook na aanbestedingsdatum en gunning. Het ‘risico’ van ‘wezenlijke wijzigingen’ in de zin van het arrest in zaak C-454/06 (*Presstext*) wordt zodoende aanzienlijk verminderd.

⁹⁸ Zie bijv. (ook) art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 en daarmee de Gids Proportionaliteit (als gevolg van artikel 10 van het ‘Aanbestedingsbesluit’, Stb 2013, 58).

⁹⁹ Zie artikel 2.86 Aanbestedingswet 2012.

¹⁰⁰ Zie artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012. Zie (echter) ook Voorschrift 3.5 A Gids Proportionaliteit: “De aanbestedende dienst past slechts die facultatieve uitsluitingsgronden toe die relevant zijn voor de betreffende opdracht.”

¹⁰¹ Zie de artikelen 2.84 en 2.85 Aanbestedingswet 2012. Het vragen naar (nadere) bewijsstukken is (overigens) niet verplicht. Zie bijv. art. 2.85 lid 3 jo. 2.102 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

¹⁰² Zie bijv. (ook) art. 1.10 Aanbestedingswet 2012 en daarmee de Gids Proportionaliteit.

¹⁰³ Denk bijv. slechts aan relevante ‘ervaringen’. Zie (echter) ook Voorschrift 3.5 B (“*Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met de daadwerkelijke risico’s die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie (s).*”), Voorschrift 3.5 F (‘*kerncompetenties*’) en Voorschrift 3.5 G (‘*1 referentie per benoemde kerncompetentie*’) Gids Proportionaliteit.

¹⁰⁴ Zie de artikelen 2.84 en 2.85 Aanbestedingswet 2012. Het vragen naar (nadere) bewijsstukken is (overigens) niet verplicht. Zie bijv. art. 2.85 lid 3 jo. 2.102 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Bewijsstukken inzake ‘referenties’ mogen (zo nodig) wel tezamen met de Eigen verklaring worden opgevraagd. Zie art. 2.85 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

Gunningscriterium^{105 106}

Het gunningscriterium is 'kwaliteit'.

Beoordeling¹⁰⁷ en gunning vindt plaats op basis van een bij inschrijving aan te leveren:¹⁰⁸

- a. Concrete visie¹⁰⁹ van de ontwikkelaar op de planontwikkeling van Project X. Een en ander mede in relatie tot de voor Project X door de gemeente vastgestelde (rand-) voorwaarden, kaders en uitgangspunten.
- b. Concrete Projectaanpak¹¹⁰ door de ontwikkelaar in de planontwikkelingsfase van Project X.
- c. Risicodossier¹¹¹ m.b.t. relevante risico's van/voor de planontwikkeling en realisatie van Project X èn de terzake te treffen (beheers-) maatregelen.
- d. Concrete visie¹¹² van de ontwikkelaar op samenwerking met de gemeente èn communicatie met alle mogelijk betrokken (derde) personen bij/binnen de planontwikkelingsfase van Project X.

Zo nodig wordt een en ander nader mondeling *toegelicht*^{113 114} door elke inschrijver in een interactieve sessie¹¹⁵ met de gemeente.¹¹⁶

¹⁰⁵ In het concrete geval (mede) afhankelijk van, en nader in te vullen aan de hand van de geldende (rand-) voorwaarden en uitgangspunten en de gemeente specifieke gedachten en voorkeuren met betrekking tot de gewenste 'kwaliteit' en hoe er beoordeeld dient te worden.

¹⁰⁶ Rechtsgeldige gunningscriteria houden verband met het voorwerp van de (overheids-) opdracht èn (moeten) leiden tot een al dan niet zuiver economisch voordeel voor de aanbestedende dienst. Zie daartoe bijv. artikel 53 Richtlijn 2004/18/EG en de arresten HvJEG 17 september 2002, zaak C-513/99 (Concordia Bus Finland), HvJEG 4 december 2003, C-448/01 (EVN-Wienstrom) en HvJEU 10 mei 2012, C-368/10 (Commissie/Nederland).

¹⁰⁷ De beoordeling kan bijv. plaatsvinden op basis van het 'rapportcijfermodel'. Voor de beoordeling in het kader van het gunningscriterium 'kwaliteit' moeten (doorgaans ook) subgunningscriteria geformuleerd worden. Die moeten in verband met 'transparantie' (ook) kenbaar gemaakt worden. Vanwege de beoordeling aan de hand van die subgunningscriteria moeten door een inschrijver bij aanbesteding documenten aangeleverd worden.

¹⁰⁸ De aan te leveren documenten kunnen in/qua omvang beperkt worden door de gemeente ("max. < > A4").

¹⁰⁹ Een subgunningscriterium zou bijv. kunnen zijn: '*Sluit de visie van de ontwikkelaar aan op de ideeën/uitgangspunten/visie van de gemeente met betrekking tot de planontwikkeling?*'

¹¹⁰ Een subgunningscriterium zou bijv. kunnen zijn: '*Effectiviteit van de Projectaanpak*'. Of: '*(Personele) Belasting gemeente*' (als gevolg van de Projectaanpak door de ontwikkelaar).

¹¹¹ Een subgunningscriterium zou bijv. kunnen zijn: '*Volledigheid dossier*'. In combinatie met: '*Effectiviteit van de (beheers-) maatregelen*'.

¹¹² Een subgunningscriterium zou bijv. kunnen zijn: '*Sluit de visie van de ontwikkelaar aan op de ideeën/uitgangspunten/visie van de gemeente met betrekking tot samenwerking èn communicatie?*'

¹¹³ Bijv. d.m.v. een presentatie.

¹¹⁴ Niet *aangevuld* (met nieuwe aspecten).

¹¹⁵ Of in een interview.

¹¹⁶ Een (eventuele) presentatie *an sich* zal niet snel (altijd) als een zelfstandig (rechtsgeldig) gunningscriterium (kunnen) kwalificeren. Een presentatie zal bijv. niet snel 'verband houden met het voorwerp van de opdracht'.

Een en ander ziet zodoende in een in beginsel niet al te tijdrovende, en met maximale lastenverlichting gepaard gaande aanbestedingsprocedure, waarbij geschikte partijen zich op basis van 'kwaliteit' - en dus niet op 'prijs' - kunnen onderscheiden. De procedure en de daarmee verband houdende lasten en verplichtingen behoeven (aldus) geen belemmering voor ontwikkelaars te zijn, om in te schrijven.¹¹⁷

De procedure voorziet in mogelijkheden om een ontwikkelaar te selecteren waaraan een functionele uitvraag en de daarmee verband houdende 'opdracht' ook daadwerkelijk kan worden toevertrouwd.¹¹⁸

De resultaten van de aanbestedingsprocedure¹¹⁹ worden in de 'flexibele' Samenwerkingsovereenkomst vastgelegd. En waarin aldus zal zijn vastgelegd hoe partijen de planontwikkeling van Project X zullen op- en aanpakken. En op grond waarvan in de planontwikkelingsfase van het project (samen) tot een voor beide partijen naar redelijke verwachting haalbare en aanvaardbare ontwikkeling en realisatie van het gebiedsontwikkelingsproject kan worden gekomen.

6. Conclusie

Uit het vorenstaande volgt, dat het aanbestedingsrecht en de staatssteunregels niet per se beperkend hoeven te werken bij gemeentelijke gebiedsontwikkeling. Althans, de regels bieden in beginsel voldoende mogelijkheden voor kansen en oplossingen. Zeker wanneer men minder 'traditioneel' durft te denken en te doen. En van 'traditioneel' gangbare paden of van een bestaande 'traditionele' praktijk durft af te wijken.

¹¹⁷ De aanbestedingsprocedure kan (aldus) in beginsel 'openbaar', dus zonder 'voorselectie' plaatsvinden. Zie bijv. Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit.

¹¹⁸ Een functionele uitvraag vergt immers (wel) 'vertrouwen'. Vertrouwen in ondernemers. En vertrouwen in de door hen aan te dragen oplossingen. Een wel overwogen en goed uitgevoerde 'selectieprocedure' zal tot een en ander (kunnen) leiden. Althans daartoe een goed fundament leggen. De subgunningscriteria en hetgeen daartoe door een inschrijver moet worden aangeleverd bij aanbesteding kunnen bijv. voor zo'n fundament zorgen.

¹¹⁹ Hetgeen in het kader van de subgunningscriteria door de gegunde ontwikkelaar is aangeboden/ingediend.