

Beperkt de ‘Middelburgse zaak’ publiek-private samenwerking?

Bij gebiedsontwikkeling of grondexploitatie wordt nogal eens gebruik gemaakt van een constructie waarbij een gemeente en een private partij een gezamenlijke ontwikkelingsmaatschappij oprichten. Deze maatschappij neemt de aanleg van openbare voorzieningen op zich om deze vervolgens terug te leveren aan de gemeente. Tot voor kort werd ervan uitgegaan dat dit geen aanbestedingsrechtelijke consequenties had. Het hof Den Haag oordeelde echter anders. Het cassatieberoep bij de Hoge Raad tegen dit oordeel is onlangs ingetrokken. De uitkomst hiervan zal waarschijnlijk zijn dat gemeenten terughoudender zijn in het aangaan van Publiek-Private Samenwerking (PPS) met betrekking tot gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie.

Een veel door gemeenten gebruikte PPS-variant bij gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie is die waarbij een gemeente tezamen met een aannemingsbedrijf (of projectontwikkelaar) een gezamenlijke exploitatie- of ontwikkelingsmaatschappij (bijvoorbeeld een BV) opricht. Deze PPS-entiteit krijgt de doelstelling het betreffende gebied te ontwikkelen. Naast afspraken omtrent levering van gemeentelijke gronden aan de entiteit, wordt veelal in een samenwerkingsovereenkomst de opdracht van de gemeente neergelegd dat de PPS-entiteit de aanleg van openbare voorzieningen op zich neemt. Na realisatie worden deze voorzieningen door de PPS-entiteit (terug-) geleverd aan de gemeente. De concrete uitvoering van de openbare voorzieningen geschiedt meestal in opdracht van de PPS-entiteit door (ondernemingen van) het betreffende aannemingsbedrijf met wie de PPS is aangegaan. De PPS-entiteit kan deze opdracht(en) verlenen zonder ‘gehinderd’ te worden door het aanbestedingsrecht, omdat de entiteit veelal niet kwalificeert als

een aanbestedende dienst (publiekrechtelijke instelling). Het aandelenbezit in de PPS-entiteit is immers zo verdeeld dat van een overwegende gemeentelijke invloed geen sprake is.

Tot de ‘Middelburgse zaak’ gingen men er van uit dat een gemeentelijke opdrachtverlening aan een PPS-entiteit tot de realisatie van openbare voorzieningen, géén aanbestedingsrechtelijke consequenties had. Het Hof in Den Haag neemt evenwel een andersluidend standpunt in.

Het Hof neemt in de ‘Middelburgse zaak’ aan dat door de betreffende PPS (tussen een gemeente en een consortium van ontwikkelaars) ‘het nuttig effect van de richtlijnen’ omzeild wordt. Met name daar waar het gaat om infrastructurele werken die in het kader van de PPS aan de gemeente (dienen te) worden teruggeleverd. De gedachte is (gesimplificeerd weergegeven) als volgt. Als de gemeente zelf opdracht tot de feitelijke uitvoering van de aan te leggen infrastructurele werken geeft aan een aannemer, dan dient

zij, indien het drempelbedrag (SDR 5.000.000, € 6.242.028) wordt overschreden, de opdracht (Europees) aan te besteden. Nu zij een PPS-verband met die aannemer aangaat, zou zulks niet het geval (behoeven te) zijn. Hetgeen niet het nut van de Europese richtlijnen kan zijn.

De 'Middelburgse zaak', waarbij het Hof zich mogelijk heeft laten inspireren door het zogenaamde Italiaanse 'Scala-arrest', betekent tot dat moment een ommekeer in de zienswijze die men (ten aanzien van PPS met betrekking tot gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie) had. Nu cassatie niet is doorgezet en een uiteindelijk (hoogste) rechterlijk oordeel in de 'Middelburgse zaak' uit zal blijven, is de verwachting dat gemeenten, vanwege de aanbestedingsrisico's, minder snel dan vroeger tot zo'n PPS zullen overgaan.

De 'Middelburgse zaak' heeft naar mijn mening ook consequenties voor een PPS op een ander gebied. Het gaat daarbij om een PPS die betrekking heeft op het zogenaamde 'parkmanagement' van bedrijventerreinen. Deze PPS lijkt gebaseerd te zijn op de (bekende) PPS met betrekking tot gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie. Bij parkmanagement spelen echter aanbestedingsaspecten met betrekking tot 'diensten' uit de Europese Richtlijn Diensten een rol.

Het begrip 'parkmanagement' wordt in de praktijk onder meer gebruikt om het beheer en het 'management' van een bedrijventerrein te coördineren, regelen en uit te voeren. Ook voor een dergelijk PPS-verband richt een gemeente tezamen met een commerciële marktpartij een rechtspersoon (bijvoorbeeld een BV) op. Deze PPS-entiteit wordt belast met de uitvoering van het parkmanagement van het betreffende bedrijventerrein.

De ontwikkeling van een bedrijventerrein zal normaal gesproken tot doel hebben dat kavels c.q. percelen worden verkocht aan nieuw te vestigen ondernemers. De gemeente behoudt (echter) om haar moverende redenen veelal het openbare gebied van het terrein uiteindelijk zelf in eigen dom.

Tussen de gemeente, de PPS-entiteit en de marktpartij komt een samenwerkingsovereenkomst tot stand. Onderdeel van die overeenkomst is de afspraak dat de PPS-entiteit tegen betaling een aantal diensten c.q. activi-

teiten op het bedrijventerrein zal verrichten. Men kan hier denken aan bijvoorbeeld het (uitvoeren van het) beheer en onderhoud van de openbare ruimte.

De (voormalige) gedachte achter deze PPS-variant is ook hier dat wat in PPS-verband wordt uitgevoerd, vrij van aanbestedingsregels kan geschieden. We zien dan ook analoog aan hetgeen bij gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie het geval is, dat de PPS-entiteit een aan haar verleende opdracht feitelijk 'doorgeeft' aan de commerciële samenwerkingspartner

gemeentelijke aanbestedingsplicht met toepassing van de volledige Richtlijn Diensten. Een betreffende 'parkmanagement-opdracht' kan door de gemeente in beginsel niet vrij (onderhands) aan de PPS-entiteit worden gegund. 'Bijlage 1B diensten' kan de gemeente als 'eindverbruiker' c.q. 'consument' in beginsel wel onderhands aan de PPS-entiteit gunnen. Mits voornoemde artikelen 14 en 16 van de Richtlijn Diensten maar in acht worden genomen.

Niet zelden zal moeten worden aangenomen dat de gemeente ook



van de gemeente of een daaraan gelieerde onderneming.

De met parkmanagement verband houdende diensten/activiteiten van de PPS-entiteit vallen in veel gevallen onder het bestek van de Europese Richtlijn Diensten. Deze Richtlijn onderscheidt in zogenaamde 'Bijlage 1A' en 'Bijlage 1B' diensten. 'Bijlage 1A diensten' zijn bijvoorbeeld bepaalde onderhouds-, reparatie- en reinigingsdiensten terzake van wegen en accommodaties (drempelbedrag: 200.000 SDR, € 249.681). Groenonderhoud (bijvoorbeeld snoeien, maaien, terrein- en parkonderhoud etc.) is een 'Bijlage 1B dienst' (drempelbedrag: € 200.000).

'Bijlage 1A diensten' vallen onder het volledige regime van de Richtlijn Diensten. Op 'Bijlage 1B diensten' is slechts een deel van die richtlijn van toepassing. Namelijk artikel 14 (het verbod op voorhand terzake van de toepassing en het gebruik van technische specificaties discriminerende voorwaarden te stellen) en artikel 16 (aankondigingsplicht terzake van de uitslag van de aanbestedingsprocedure).

Aansluitend bij de 'Middelburgse zaak' kan het volgende worden aangenomen. In geval de gemeente als 'eindgebruiker' c.q. 'consument' van de betreffende 'Bijlage 1A diensten' kan worden aangemerkt èn het drempelbedrag wordt overschreden, geldt een

daadwerkelijk als 'eindgebruiker' c.q. 'consument' van een betreffende dienst zal dienen te worden aangemerkt. Met name wanneer de eigendom van het openbaar gebied bij de gemeente blijft en de diensten daarop betrekking hebben. Daarbij speelt mee dat een gemeente met betrekking tot dat openbare gebied veelal bepaalde wettelijke taken heeft, waarvoor zij verantwoordelijk blijft.

Het feit dat de gemeente in bepaalde gevallen (Europees) zal moeten aanbesteden is niet vreemd. Naar analogie met de 'Middelburgse zaak' geldt immers: Als de gemeente zelf opdracht tot de feitelijke uitvoering van de uit te voeren 'Bijlage 1A diensten' zou geven aan een dienstverlener, dan zou zij, wanneer het drempelbedrag wordt overschreden, de opdracht (Europees) dienen aan te besteden. Nu zij een PPS-verband met die dienstverlener aangaat zou zulks niet het geval (behoeven te) zijn. Hetgeen niet het nut van de Europese richtlijnen kan zijn. Voor de 'Bijlage 1B diensten' gaat deze redenering gelet op het vorenstaande aldus beperkt op.

De 'Middelburgse zaak' zet aldus ook een PPS op een ander gebied dan gebiedsontwikkeling en/of grondexploitatie (deels) op losse schroeven. Niet valt uit te sluiten dat (de redenering zoals die gevolgd is in) de 'Middelburgse zaak' eveneens consequenties

heeft voor Publiek private samenwerkingen op (nog) andere gebieden.

Een aantal praktijkmensen is niet gelukkig met de uitkomst van de 'Middelburgse zaak'. De aanbestedingsverplichtingen die hieruit voor een gemeente voortvloeien, miskennen in hun ogen de positieve stimulansen die van PPS uit zouden moeten gaan. De 'Middelburgse zaak' frustrereert in hun visie daarmee de (algemene) ontwikkeling van PPS in Nederland. Praktisch zal een en ander immers, van

'samenwerking' zich verdraagt met de begrippen 'inkopen', 'opdracht verlenen' of 'afnemen van'. In mijn ogen is moeilijk sprake van samenwerking in geval een partij gaat 'consumeren' van zijn wederpartij. Alsof men zou samenwerken met de bakker waarbij men zijn brood koopt. Ik betwijfel zulks zelfs wanneer men concreet tot een overeenkomst zou komen met die bakker om het brood gedurende een bepaalde (slechts) bij hem te zullen kopen. De afname of teruglevering van openbare voorzieningen of het consumeren van onderhoudsdiensten door

Nederland niet van de grond lijkt te komen. Het aspect speelt ook bij de 'parkmanagement-PPS'. In beide gevallen is immers een 'publiek belang' aan de orde. In de 'Middelburgse zaak' betrof het de infrastructuur en de inrichting van de openbare ruimte. Bij parkmanagement gaat het veelal om het beheer en het onderhoud van de openbare ruimte.

In mijn ogen zal in veel gevallen waarin een publiek belang een rol blijft spelen, PPS nimmer goed uit de verf (kunnen) komen. Ik kom hier enerzijds toe vanwege een algemeen geaccepteerde verklaring waarom het met de ontwikkeling van PPS in Nederland zo moeizaam lijkt te gaan. Publieke en private partijen hebben volgens die verklaring vaak de grootste moeite om (op alle onderdelen) een gemeenschappelijk 'PPS-doel' te formuleren. En dat is in mijn ogen niet vreemd. Het publiek(e) belang (doel) zal immers zelden overeen (kunnen) komen met het private (commerciële) belang (doel).

Anderzijds geldt naar mijn mening dat PPS waarin een publiek belang vertegenwoordigd blijft, of waarin een overheid zich een bepaald publiek belang blijft aantrekken, zelden gevrijwaard zal blijven van aanbestedingsverplichtingen. Er zal (uiteindelijk) immers vaak sprake zijn van overheidsconsumptie. Bedoelde aanbestedingsverplichtingen leiden in de praktijk vaak tot een 'koudwatervrees' voor of weerstand tegen PPS.

Oplossingen voor het onderhavige 'probleem' dienen dan ook in mijn idee feitelijk gevonden te worden op de beleidsterreinen '(externe) verzelfstandiging' en/of 'privatisering'. Een overheid moet in dat verband, teneinde PPS een volwaardige kans te bieden, in beginsel bereid zijn om een taak, activiteit en/of activa volledig los te kunnen laten ten behoeve van de 'markt' (bijvoorbeeld ten behoeve van de PPS-entiteit). Alsdan zullen de samenwerkende partijen mogelijk makkelijker een gemeenschappelijk (PPS-) doel kunnen formuleren. En zal overheidsconsumptie, en de daarmee gepaard gaande aanbestedingsperikelen, minder snel aan de orde (behoeven te) zijn.

Noot

* Arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 31 januari 2001, *Bouwwrecht* juni 2001, pag. 531 e.v.



De ontwikkeling van een bedrijventerrein zal normaal gesproken tot doel hebben dat kavels c.q. percelen worden verkocht aan nieuw te vestigen ondernemers

wege de aanbestedingsrisico's, kunnen leiden tot een terughoudendere opstelling van een gemeente waar het gaat om het gebruik en de toepassing van PPS.

Is het terecht wanneer men stelt dat de (algemene) ontwikkeling van PPS in Nederland gefrustreerd wordt door de uit de 'Middelburgse zaak' voortvloeiende aanbestedingsverplichtingen van een gemeente?

Ik ben geneigd de vraag ontkennend te beantwoorden. Ik ben van mening dat het begrip PPS in Nederland in een aantal gevallen, of op onderdelen, op oneigenlijke wijze wordt gebruikt. Als kan worden aangenomen dat zulks in de 'Middelburgse zaak' ook het geval is, is het per definitie verkeerd om aan die zaak algemene (negatieve) gevolgtrekkingen ten aanzien van de (algemene) ontwikkeling van PPS in Nederland te verbinden. Ik ben overigens wel geneigd aan te nemen dat een bepaald aspect van de 'Middelburgse zaak' een rol speelt waarom PPS in Nederland niet uit de verf lijkt te komen.

Het in mijn ogen oneigenlijke gebruik van het begrip PPS komt voort uit mijn idee dat een aantal PPS-vormen, waaronder de vormen beschreven in dit artikel, op bepaalde onderdelen helemaal geen Publiek-Private Samenwerking betreffen.

Ik zie immers niet in dat het begrip

een gemeente in het kader van 'PPS' is wat mij betreft aldus geen onderdeel c.q. vorm van samenwerking.

Voorts zie ik (het begrip) 'gelijkwaardigheid' als een inherent onderdeel van (het begrip) 'samenwerken'. Als er geen gelijkwaardigheid tussen partijen bestaat, valt moeilijk in te zien dat er sprake is van samenwerken tussen partijen. 'Consumptie' door een partij van zijn wederpartij volgt veelal uit een opdrachtgever-opdrachtnemer relatie. In zo'n relatie zal naar mijn idee zelden sprake (kunnen) zijn van gelijkwaardigheid van partijen.

Ingeval er (op onderdelen) geen sprake is van samenwerking tussen partijen, is er wat mij betreft aldus (op onderdelen) geen sprake van PPS. In de 'Middelburgse zaak' betekent de aanleg van de infrastructurele werken die aan de gemeente zouden worden (terug-)geleverd, feitelijk een vorm van 'overheidsconsumptie'. Op dat onderdeel is de 'PPS' tussen de gemeente en (het consortium van) projectontwikkelaars aldus naar mijn idee geen PPS. Het voert dan ook in mijn ogen te ver om naar aanleiding van de 'Middelburgse zaak' algemene (negatieve) gevolgtrekkingen te verbinden aan de (algemene) ontwikkeling van PPS in Nederland.

Een bepaald aspect van de 'Middelburgse zaak' speelt naar mijn idee wel een rol bij de vraag waarom PPS in