

## Opinie inzake HvJ EG 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller)

Mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal april 2010

Op 25 maart 2010 deed het Hof van Justitie van de EG (hierna: 'het Hof') een belangwekkende uitspraak inzake uitlegging van de overheidsopdracht voor werken en de concessieovereenkomst voor openbare werken.

De aan het arrest ten grondslag liggende casus kent een aantal specifieke feitelijke aspecten. Toch lijkt het er op, dat ook algemene conclusies uit het arrest getrokken kunnen worden en dat het arrest (goed) bruikbaar is in de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling.

In onderhavig stuk ga ik niet uitgebreid in op de overwegingen van het Hof aangaande de concessieovereenkomst voor openbare werken (zie de rechtsoverwegingen 70 t/m 89). Interessante overwegingen dienaangaande zijn evenwel (rechtsoverwegingen 72 t/m 75):

Een aanbestedende dienst moet over de exploitatie van een werk in de zin van deze bepaling kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen.

Dat is gewoonlijk niet het geval wanneer het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in het eigendomsrecht van de betrokken marktdeelnemer vindt.

De eigenaar van een stuk grond heeft namelijk het recht het te exploiteren met inachtneming van de toepasselijke wettelijke voorschriften. Zolang een marktdeelnemer het recht geniet een stuk grond te exploiteren dat zijn eigendom is, kan een overheidsinstantie in beginsel geen concessie met betrekking tot deze exploitatie verlenen.

Bovendien zij erop gewezen dat de concessie er in wezen in bestaat dat de concessiehouder zelf het voornaamste economische en in elk geval wezenlijke risico van de exploitatie draagt (zie in die zin betreffende openbardienstconcessies arrest van 10 september 2009, Eurawasser, C-206/08, Jurispr. blz. I-00000, punten 59 en 77).

Voornoemde overwegingen zouden wel eens een streep door de rekening van de Europese commissie kunnen zijn, om te pas en te onpas (maar) concessieovereenkomsten te veronderstellen teneinde tot een functionele uitleg van Richtlijn 2004/18/EG over te (kunnen) gaan.

Daarnaast is interessant, r.o. 79:

Wat de concessieduur betreft, zijn er hoe dan ook gegronde redenen, waaronder met name de mededingingshandhaving, om aan te nemen dat concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd is met de Unierechtsorde, zoals de advocaat-generaal in de punten 96 en 97 van zijn conclusie heeft opgemerkt (zie in dezelfde zin arrest van 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, Jurispr. blz. I-4401, punt 73).

Verkoop aan een onderneming van een zaak veronderstelt doorgaans in beginsel (behoudens bijvoorbeeld een specifieke terugkoopregeling) dat de zaak voor onbepaalde duur in het vermogen van die onderneming over gaat.

Terzake alsdan een concessieovereenkomst veronderstellen, lijkt als gevolg van dit arrest een brug te ver. Een verkoop van een zaak en een concessieverlening daarop lijken zich niet met elkaar te verhouden.

Waarschijnlijk moet dan ook aanbestedingsrechtelijk worden aangenomen, dat de concessiegever (aanbestedende dienst) eigenaar wordt en blijft van het te realiseren werk en dat gedurende de concessie de concessiehouder/realisator feitelijk (slechts) de beschikking over het gerealiseerde werk verkrijgt van de eigenaar/concessiegever teneinde het werk te (kunnen) exploiteren.

Ik richt mij hieronder verder met name op de overheidsopdracht voor werken.

## **1. Inleiding, definities**

Ingevolge artikel 1 lid 2 sub a van Richtlijn 2004/18/EG 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.

Volgens artikel 1 lid 2 sub b van Richtlijn 2004/18/EG (zie ook art. 1 sub h BAO) 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 (zie ook art. 1 sub g BAO):

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

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.

Volgens artikel 1 lid 3 van Richtlijn 2004/18/EG (zie ook art. 1 sub I BAO) is tenslotte een 'concessieovereenkomst voor openbare werken':

Een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

## **2. Wezenlijke elementen in de (definitie van de) overheidsopdracht voor werken**

Op grond van de in paragraaf 1 genoemde definities kent de overheidsopdracht voor werken een vijftal wezenlijke elementen.

### **2.1 Schriftelijke overeenkomst**

Wil sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken, dan moet sprake zijn van een schriftelijke overeenkomst.

Het Hof merkt in onderhavig arrest op (r.o. 46):

Het begrip overeenkomst is van wezenlijk belang voor de afbakening van de werkingssfeer van richtlijn 2004/18. Zoals is verklaard in punt 2 van de considerans van deze richtlijn, strekt zij tot toepassing van de regels van het Unierecht bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen. Deze richtlijn heeft geen betrekking op andere categorieën overheidsactiviteiten.

### **2.2 Aanbestedende dienst**

Wil sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken, dan moet een aanbestedende dienst (contracts-) partij zijn bij de overheidsopdracht (lees: bij de schriftelijke overeenkomst).

Een gemeente is bijvoorbeeld een aanbestedende dienst. Zie artikel 1 lid 9 van Richtlijn 2004/18/EG (zie ook art. 1 sub r BAO).

### **2.3 Aannemer**

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

Een aannemer houdt zich bezig met de 'uitvoering van werken'. Zie artikel 1 lid 8 Richtlijn 2004/18/EG.

Op grond van onderhavig arrest (zie r.o. 60) 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), zie r.o. 61 van onderhavig arrest:

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

Een projectontwikkelaar zonder 'aannemingsbedrijf' kan aldus bijvoorbeeld in beginsel aanbestedingsrechtelijk als een 'aannemer' kwalificeren.

#### **2.4 Bezwarende titel**

Alleen een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel kan een overheidsopdracht voor werken vormen. Zie r.o. 47 van onderhavig arrest. Volgens het Hof (r.o. 48) geldt verder:

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 (zie arresten van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 77, en 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punt 45).

#### **2.5 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.' Zie r.o. 66 van onderhavig arrest.

Zonder door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, zal er geen overheidsopdracht voor werken tot stand (kunnen) komen.

#### **2.6 Overheidsopdracht en aanbestedingsplicht**

Bij gebreke van een der vijf elementen in een overeenkomst zal (aldus) geen sprake (kunnen) zijn van een overheidsopdracht voor werken.

Als er geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken, zal er ook geen aanbestedingsplicht aanwezig (kunnen) zijn op grond van Richtlijn 2004/18/EG en/of het BAO.

### **3. Praktische aspecten van onderhavig arrest**

Mijn inschatting is, dat het arrest goed bruikbaar is in de praktijk. Het arrest geeft immers ten aanzien van een aantal wezenlijke elementen van de (definitie van de) overheidsopdracht voor werken een nadere uitlegging.

### **3.1 Verkoop van grond**

Daarnaast is het arrest in algemene zin op een punt helder: De verkoop van grond is in beginsel niet aanbestedingsplichtig. Zie r.o. 40 van het arrest:

Van meet af aan dient te worden gepreciseerd dat de verkoop van een onbebouwd of bebouwd kavel door een overheidsinstantie aan een onderneming geen overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1, lid 2, sub b, van richtlijn 2004/18 vormt. In het kader van een dergelijke opdracht moet de overheidsinstantie immers optreden als koper en niet als verkoper. Bovendien moet een dergelijke opdracht betrekking hebben op de uitvoering van werken.

Laat ik het nog simpeler uitdrukken: Voor een overheidsopdracht en een aanbestedingsplicht moet sprake zijn van inkoop. Niet van verkoop!

In begrijp evenwel niet, waarom het Hof in r.o. 42 ter nadere motivering, de verwijzing naar artikel 16 sub a van Richtlijn 2004/18/EG maakt. Dat artikel luidt immers:

Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:

a) betreffende de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop; de overeenkomsten betreffende financiële diensten die voorafgaand aan, gelijktijdig met of als vervolg op het koop- of huurcontract worden gesloten, zijn echter, ongeacht hun vorm, aan deze richtlijn onderworpen;

En lijkt zich derhalve te beperken tot overheidsopdrachten voor diensten.

### **3.2 Uitleg van het begrip aannemer**

Het arrest geeft mijns inziens een nadere verduidelijking van het begrip aannemer als element van de (definitie van de) overheidsopdracht voor werken. Men zie bijvoorbeeld de rechtsoverwegingen 62 en 63:

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

Als in een overeenkomst géén ‘bouwplicht’ voor de wederpartij van de aanbestedende dienst is opgenomen, zal het zodoende maar de vraag zijn, of wel sprake is of kan zijn van een overheidsopdracht voor werken en daarmee van een aanbestedingsplicht.

De betreffende aannemer 'ontbreekt' immers dan als wezenlijk element van de overheidsopdracht voor werken.

De praktijk zal er evenwel rekening mee moeten houden, dat 'bouwplichten' zich op diverse wijzen kunnen openbaren. Voorbeeld: *"De Ontwikkelaar verbindt zich jegens de Gemeente tot realisatie van woningbouw in het Plangebied."*

Bijgevolg een bepaling die juridisch bindend kan zijn en in rechte zou kunnen worden afgedwongen.

Ik kom hierna nog terug op het voorbeeld van de bouwplicht voornoemd.

### **3.3 Uitleg van de bezwarende titel**

Het arrest geeft mijns inziens een nadere verduidelijking van het begrip bezwarende titel als element van de (definitie van de) overheidsopdracht voor werken. Men zie bijvoorbeeld de rechtsoverwegingen 48 t/m 54:

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 (zie arresten van 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Jurispr. blz. I-5409, punt 77, en 18 januari 2007, Auroux e.a., C-220/05, Jurispr. blz. 0I-385, punt 45).

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 (zie in die zin arrest Ordine degli Architetti e.a., reeds aangehaald, punten 67, 71 en 77).

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 (zie in die zin arrest Auroux e.a., reeds aangehaald, punten 13, 17, 18 en 45).

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 (arrest Auroux e.a., reeds aangehaald, punt 47).

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.

### **3.3.1 Nieuw element: Rechtstreeks economisch belang**

Het Hof introduceert aldus in verband met een onderdeel van het element ‘de bezwarende titel’ van de overheidsopdracht voor werken, een nieuw - niet in de wet- en regelgeving opgenomen - begrip, namelijk het ‘*rechtstreeks economisch belang*’.

Wat blijktbaar uit een vijftal elementen bestaat.

Als ik het Hof goed begrijp, kan in dat verband sprake zijn van een bezwarende titel:

1. Indien de aanbestedende dienst de eigendom zal verkrijgen van de krachtens een overeenkomst te realiseren werken, of;
2. Indien de aanbestedende dienst anderszins (met het oog op hun openbare bestemming) de feitelijke beschikking zal krijgen over de krachtens een overeenkomst te realiseren werken, of;
3. Indien de aanbestedende dienst economische voordelen zal kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van de krachtens een overeenkomst te realiseren werken, of;
4. Indien de aanbestedende dienst financieel bijdraagt aan de verwezenlijking van de krachtens een overeenkomst te realiseren werken, of;
5. Indien de aanbestedende dienst risico's loopt aangaande de economische mislukking van de krachtens een overeenkomst te realiseren werken.

### **3.3.2 De praktijk**

De bezwarende titel heeft van doen met een ‘prestatie’ door de aannemer en een ‘tegenprestatie’ door de aanbestedende dienst. Zie r.o. 48 van onderhavig arrest.

Mijns inziens is goed vol te houden, dat de elementen 1, 2 en 3 voornoemd feitelijk verband houden met de te leveren prestatie van de aannemer, althans zeker niet verband houden met de tegenprestatie van de aanbestedende dienst.

En dat de elementen 4 en 5 verband houden met de tegenprestatie van de aanbestedende dienst.

Daarnaast hebben de elementen 1, 2 en 3 mijns inziens alle een soort van ‘beschikkingselement’ in zich. In die zin dat de aanbestedende dienst (op welke wijze dan ook) feitelijk gaat beschikken over de krachtens de overeenkomst te realiseren werken. De elementen 1 en 2 als vanzelfsprekend, gelet op de bewoordingen.

(De praktische toepassing van) Element 3 is mogelijk wat minder duidelijk.

Ik merk daaromtrent echter op, dat een te behalen economisch voordeel zeer moeilijk denkbaar is, wanneer in het geheel geen beschikking (in de ruimste zin van het woord) door de aanbestedende dienst aanwezig is. Daarnaast duiden de woorden 'toekomstige gebruik' en 'toekomstige overdracht' mijns inziens op een 'toekomstige beschikking' door de aanbestedende dienst. En tenslotte moet element 3 in de context van de rechtsoverwegingen 13 en 18 van het Roanne-arrest worden gelezen (onderstreping KW):

De overeenkomst, die op 25 november 2002 is gesloten, voorziet in de aanleg van het recreatiepark in opeenvolgende fasen. De eerste fase omvat de bouw van een multiplexbioscoop en van bedrijfsruimten die aan derden zullen worden verkocht, alsmede de verwezenlijking van bouwwerken die aan de aanbestedende dienst zullen worden overgedragen, te weten een parkeerterrein alsmede toegangswegen en openbare ruimten. De verdere fasen, waarvoor een aanhangsel bij de overeenkomst moet worden ondertekend, betreffen in wezen de bouw van andere bedrijfs- of dienst ruimten en een hotel.

Uit de artikelen 22 tot en met 25 van de overeenkomst volgt dat SEDL bij het verstrijken daarvan een eindbalans vaststelt die door de gemeente Roanne moet worden goedgekeurd. Elk overschot op deze balans moet aan de gemeente worden overgemaakt. Voorts wordt de gemeente automatisch eigenaar van alle voor derden bestemde, maar nog niet verkochte grond en bouwwerken. De gemeente Roanne moet ook de uitvoering van de lopende overeenkomsten verzekeren, met uitzondering van de arbeidsovereenkomsten, en de door SEDL aangegane schulden overnemen.

En in dat verband moet duidelijk zijn, dat ook bij element 3 feitelijk sprake is van een 'beschikkingsselement'.

Waarbij het 'beschikkingsselement' overigens mogelijk ook kan zien op het verkrijgen van c.q. beschikken over opbrengsten door de aanbestedende dienst in verband met krachtens de overeenkomst te realiseren werken. Rechtsoverweging 18 van het Roanne-arrest duidt er (echter) op, dat dan wel sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch voordeel en/of van daadwerkelijke 'opbrengsten' (Bij Roanne, het overschot op de balans). En (dus) niet van een 'afgeleid' of 'indirect' economisch voordeel voor de aanbestedende dienst.

Ik kan me derhalve dan ook niet voorstellen, dat bij element 3 bijvoorbeeld het economische voordeel van een gemeente met betrekking tot nieuwe woningen op haar grondgebied vanaf heden relevant is of zou kunnen zijn (waardoor het begrip bezwarende titel thans feitelijk ruimer zou moeten worden uitgelegd, dan tot nu toe te doen gebruikelijk). Een economisch voordeel dat in beginsel wel degelijk voor een gemeente aanwezig zou kunnen zijn (denk aan: leefbaarheid, meer inwoners, meer consumptie en bedrijvigheid etc.). Welk voordeel ik echter in kwestie in verband met rechtsoverweging 18 van het Roanne-arrest in beginsel als 'afgeleid' of 'indirect' en niet als 'rechtstreeks' zou willen aanmerken.



Tot op heden wordt in de praktijk (vaak) uitgegaan van het navolgende 'beslisschema':

- a. De aanbestedende dienst levert geen tegenprestatie en verkrijgt niet de beschikking over krachtens de overeenkomst te realiseren werken: Geen bezwarende titel aanwezig.
- b. De aanbestedende dienst levert geen tegenprestatie en verkrijgt de beschikking over krachtens de overeenkomst te realiseren werken: Wel een bezwarende titel aanwezig (zie bijvoorbeeld de openbare voorzieningen in de 'Middelburgse zaak').
- c. De aanbestedende dienst levert een tegenprestatie en verkrijgt niet de beschikking over krachtens de overeenkomst te realiseren werken: Wel een bezwarende titel aanwezig.
- d. De aanbestedende dienst levert een tegenprestatie en verkrijgt de beschikking over krachtens de overeenkomst te realiseren werken: Wel een bezwarende titel aanwezig (zie bijvoorbeeld de 'normale' aannemingsovereenkomst).

Gelet op het vorenstaande moet het mijns inziens mogelijk zijn, om voornoemd beslisschema te blijven gebruiken in de praktijk.

In wezen verandert het door het Hof gebruikte 'rechtstreeks economisch belang' niets aan (de uitleg van de) bezwarende titel (in de praktijk). Het blijft feitelijk immers steeds gaan over '*beschikken over*' en '*tegenpresteren*' (feitelijk vaak: 'betalen' in de ruimste zin van het woord) *door* de aanbestedende dienst.

Een ruimere uitleg van de bezwarende titel dan tot nu toe te doen gebruikelijk, lijkt mij met onderhavig arrest dan ook niet beoogd.

### **3.3.3 De betekenis van r.o. 57**

Ter onnodige verruiming van de bezwarende titel als element van de overheidsopdracht voor werken, en daarmee ter voorkoming van een onnodige uitbreiding van de aanbestedingsplicht, vermeldt r.o. 57 van onderhavig arrest:

Tot de gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw met het oog op het algemeen belang behoort evenwel niet het ontvangen van een contractuele prestatie of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, zoals vereist door artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18.

Vergunningverlening en/of het meewerken aan projectbesluiten en bestemmingsplanwijzigingen door een aanbestedende dienst behoeft derhalve - in verband met het ontbreken van een bezwarende titel - in beginsel niet tot een overheidsopdracht voor werken en een aanbestedingsplicht te leiden.

Interessant is dienaangaande hetgeen de AG in de Conclusie bij het arrest aanhaalt (punten 35 t/m 37):

Bijgevolg kan een uitsluitend „functionele” uitlegging van de richtlijn, waarbij alleen rekening wordt gehouden met de wezenlijke doelstellingen daarvan, niet worden aanvaard.

In de optiek van de „functionele” uitlegging, waarvan vooral de Commissie voorstandster lijkt te zijn, rijst namelijk een belangrijk probleem wanneer moet worden vastgesteld op basis van welke parameter de richtlijn toepassing moet vinden. De Commissie geeft zelf aan dat haar voornaamste bezwaar erin bestaat dat sommigen in een voordeelpositie kunnen komen te verkeren zonder dat zij eerst in dezelfde situatie zijn geplaatst als anderen die eventueel bij de verwerving van een dergelijke positie belang hebben. In gevallen als het aan de orde zijnde zou de voordeelpositie ontstaan uit de toename van de waarde van een stuk grond doordat het openbaar bestuur toestaat dat daarop bouwactiviteiten plaatsvinden. Volgens de uitlegging van de Commissie zou bijgevolg iedere „waardetoename” van onroerend goed, wanneer die aan een activiteit van de overheid kan worden toegerekend, aan de bepalingen van de richtlijn moeten worden onderworpen. Het is evenwel duidelijk dat wanneer dit standpunt wordt gevolgd, het gevaar bestaat dat ook de – weliswaar absurde – hypothese moet worden aanvaard dat *elke stedenbouwkundige activiteit* onder de richtlijn valt: de maatregelen waarmee de bebouwingmogelijkheid wordt geregeld, wijzigen immers per definitie en zelfs substantieel de waarde van de grond waarop zij betrekking hebben.

Dit extreme standpunt wordt in werkelijkheid door niemand ingenomen. Het zij evenwel benadrukt dat een dergelijk standpunt het logische gevolg is van een uitsluitend functionele uitlegging van de richtlijn.

Niet alles behoeft (aldus) aanbesteed te worden!

#### **3.3.4 De integrale overeenkomst**

Onderhavig arrest leidt (helaas) niet tot een ‘oplossing’ voor ‘de problematiek’ met betrekking tot de integrale overeenkomsten die in Nederland vaak voorkomen bij gebiedsontwikkeling.

Met ‘*integrale overeenkomst*’ doel ik op overeenkomsten waarin bijvoorbeeld tussen een gemeente en een ontwikkelaar zowel afspraken omtrent gemeentelijke gronduitgifte, het bouw- en woonrijp maken van het openbaar gebied inclusief realisatie openbare voorzieningen volgens een gemeentelijke ‘civiel PvE’ door de ontwikkelaar en de (terug-) levering van het gerealiseerde openbaar gebied aan de gemeente, als afspraken omtrent de realisatie van commercieel vastgoed (denk aan woningen) zijn of worden vastgelegd. Zo’n overeenkomst wordt vaak (ook) ‘Ontwikkelingsovereenkomst’ of ‘Samenwerkingsovereenkomst’ genoemd.

Een integrale overeenkomst heeft doorgaans een bezwarende titel (in verband met de realisatie van openbaar gebied en openbare voorzieningen en de levering daarvan aan de aanbestedende dienst) en de aanbestedende dienst zal doorgaans eisen stellen aan het openbaar gebied en de openbare voorzieningen.

De praktijk moet in het voorkomend geval aldus rekening blijven houden met een aanbestedingsplicht terzake van de integrale overeenkomsten. Voor mogelijke oplossingen en nuanceringen verwijs ik evenwel graag naar mijn artikelen op de website [www.kwlegal.nl](http://www.kwlegal.nl) (Publicaties 2008): ‘*Een nuancering ten aanzien van r.o. 57 van het Roanne-arrest*’ en ‘*Gemeentelijke gronduitgifte, ‘eisen aan werken’ en aanbestedingsplicht*’.

### **3.4 Uitleg van ‘een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’**

Het arrest geeft mijns inziens een nadere verduidelijking van het begrip ‘een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’ als element van de (definitie van de) overheidsopdracht voor werken. Men zie bijvoorbeeld de rechtsoverwegingen 65 t/m 69:

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.

Ik veronderstel dat in verband met het element ‘een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’ van de overheidsopdracht voor werken aldus - minst genomen - een ‘actieve rol’ van de aanbestedende dienst vereist is.

De aanbestedende dienst moet immers maatregelen hebben genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

Ik schat zodoende in, dat een algemene bouwplicht als *“De Ontwikkelaar verbindt zich jegens de Gemeente tot realisatie van woningbouw in het Plangebied.”* in beginsel geen reden meer kan zijn om een aanbestedingsplicht aan te nemen.

Mogelijk is het zelfs zo, dat het Hof terzake van onderhavig element van de overheidsopdracht voor werken (toch) aan eisen in de zin van bijvoorbeeld een bestek denkt.

Wellicht moet het bij dit element van de overheidsopdracht voor werken (toch) ook (steeds) met name gaan om door de aanbestedende dienst te specificeren technische specificaties aangaande het te realiseren werk. Zie in dat verband bijvoorbeeld bijlage VI van Richtlijn 2004/18/EG (onderstreping KW):

In deze richtlijn wordt verstaan onder: 1) a) "technische specificaties", in geval van overheidsopdrachten voor werken: alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in het bestek, die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een werk, een materiaal, een product of een levering en aan de hand waarvan op objectieve wijze een werk, een materiaal, een product of een levering zodanig kan worden omschreven dat dit beantwoordt aan het gebruik waarvoor het door de aanbestedende dienst is bestemd. Tot deze kenmerken behoren ook het niveau van milieuvriendelijkheid, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet (met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten), en de overeenstemmingsbeoordeling, gebruiksgeschiktheid, veiligheid of afmetingen, met inbegrip van kwaliteitsborgingsprocedures, terminologie, symbolen, proefnemingen en proefnemingsmethoden, verpakking, markering en etikettering en productieprocessen en -methoden. Zij omvatten eveneens de voorschriften voor het ontwerpen en het berekenen van het werk, de voorwaarden voor proefnemingen, controle en oplevering van de werken, alsmede de bouwtechnieken of bouwwijzen en alle andere technische voorwaarden die de aanbestedende dienst bij algemene dan wel bijzondere maatregel kan voorschrijven met betrekking tot de voltooide werken en tot de materialen of bestanddelen waaruit deze werken zijn samengesteld.

En ook mijn artikel '*Gemeentelijke gronduitgifte, 'eisen aan werken' en aanbestedingsplicht*' op [www.kwlegal.nl](http://www.kwlegal.nl).

De 'publiekrechtelijke medewerking' die doorgaans in de praktijk in de overeenkomst met een ondernemer wordt vastgelegd (denk bijvoorbeeld aan: medewerking verlenen aan een projectbesluit en bestemmingsplanwijziging door de gemeente), kan in beginsel nog steeds worden toegezegd door de gemeente zonder dat dit per definitie tot een aanbestedingsplicht behoeft te leiden. Onderhavig arrest brengt hier geen verandering in.

Of de door de aanbestedende dienst te stellen eisen van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke aard dienen te zijn, om (eventueel) tot een aanbestedingsplicht te (kunnen) concluderen, wordt met onderhavig arrest niet duidelijk. Richtlijn 2004/18/EG maakt dat onderscheid overigens ook niet.

Zij die dat willen, zullen mogelijk op grond van voornoemde rechtsoverwegingen (toch) blijven volhouden, dat wanneer de aanbestedende dienst zich in een overeenkomst qua eisen blijft beperken tot haar publiekrechtelijke rol, bevoegdheden en verantwoordelijkheden en derhalve niet verder gaat dan hetgeen publiekrechtelijk is toegestaan, dat alsdan niet tot een aanbestedingsplicht kan worden geconcludeerd op grond van het element 'een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet' van de overheidsopdracht voor werken.

Mogelijk hebben zij gelijk.

In ieder geval lijkt met onderhavig arrest een aanbestedingsplicht aangaande gebiedsontwikkeling (zeker) niet dichterbij te zijn gekomen. Ik kan me daarin wel vinden.