

## OPPASSEN MET AANBESTEDEN

Vindplaats: Aedes-Magazine 6/2008

Auteur: mr. M.R. de Boer

Mooie en broodnodige plannen voor sociale huurwoningen, buurthuizen en scholen worden soms op de lange baan geschoven omdat gemeenten onvoldoende rekening hebben gehouden met de Europese Aanbestedingsrichtlijn. Over die aanbestedingsregels is veel onduidelijkheid. De jurisprudentie hierover maakt de zaak er niet altijd duidelijker op.

Echt vrolijk word je niet van een wandeling langs de scholen van Oudewater, ze ogen vaal en versleten. Ook de bibliotheek moet nodig een lik verf hebben. Het pittoreske stadje midden in het Groene Hart trekt vanwege de befaamde heksenwaag veel toeristen. Maar de 'rode' contouren van het Groene Hart vormen tegelijkertijd een planologisch keurslijf voor de gemeente. Al enkele jaren zijn er geen mogelijkheden om meer woningen te bouwen, omdat er geen locaties beschikbaar zijn. Er komt pas ruimte vrij in het centrum als de scholen kunnen worden verplaatst en samengevoegd. Hierop kan de broodnodige ouderenhuisvesting worden gerealiseerd dicht bij de noodzakelijke voorzieningen.

Door financiële bijdrage van Woningbouwvereniging Oudewater (1.000 vhe) konden alle vier de scholen van het stadje verplaatst worden. Vervolgens konden op die locaties 99 woningen komen. De corporatie zou alle investeringen voor haar rekening nemen. De gemeente wist zich als huurder 40 jaar lang verzekerd van een vaste huurprijs en zou de benodigde gronden voor een lage prijs aan de corporatie overdragen. De corporatie, gemeente, de scholen en de inwoners van Oudewater waren allemaal zeer gelukkig toen de overeenkomst werd gesloten. Tot het moment dat een teleurgestelde projectontwikkelaar aan de bel trok. Deze meende dat de aanbestedingsregels uit Brussel met voeten waren getreden. Inmiddels was er in de gemeente ook een nieuw college gekozen. Het college werd nerveus en gelastte de corporatie direct te stoppen met de ontwikkeling.

Het 'geval-Oudewater' staat niet op zichzelf. Ook op veel grotere schaal dreigen grootscheepse plannen voor herstructurering te worden vertraagd. Kort geleden ontstond nervositeit omtrent de aanpak van de 40 wijken. De reden: gemeenten hadden onvoldoende rekening gehouden met de Aanbestedingsrichtlijn. Zijn de gemeenten en corporaties dan zo dom geweest dat ze dit niet wisten? Of spelen er ook andere oorzaken een rol? Twee dingen zijn in ieder geval duidelijk: de Aanbestedingsrichtlijn is zeer abstract en geeft geen antwoord op praktijkvragen. Die antwoorden zijn wel te vinden in de verschillende uitspraken die het Europese Hof van Justitie over de plicht tot aanbesteding heeft gedaan. Die uitspraken gaan echter over situaties in andere landen, die soms sterk kunnen afwijken van de praktijk en regels in de Nederlandse context. De "vertaling" naar de Nederlandse praktijk is dan moeilijk en leidt tot meningsverschillen.

Wat is vaak het geval? Een gemeente bezit vastgoed zoals schoolgebouwen of multifunctionele centra die niet meer aan de huidige eisen voldoen. Deze moeten gesloopt worden en wellicht elders herbouwd. De gemeente heeft daarvoor onvoldoende geld of beschouwt vastgoedontwikkeling niet als haar kerntaak. De lokale woningcorporatie is dan bij uitstek de geschikte partner voor de gemeente. De woningcorporatie is deskundig op het gebied van het vastgoedbeheer en beschikt ook over de nodige financiële middelen en de bereidheid om zulke gebouwen te realiseren.

Vaak investeert de corporatie onrendabel in deze gebouwen. Dit is te verantwoorden door ook woningen neer te zetten. Een dergelijke samenwerking tussen corporatie en gemeente bij herstructurering of gebiedsontwikkeling ligt dan ook zeer voor de hand en gebeurt in veel gemeenten.

Wat mag er wel en wat niet? De Aanbestedingsrichtlijn verplicht de gemeente bouwopdrachten tot het realiseren boven een bepaalde drempel (5,2 miljoen euro) Europees aan te besteden. Maar wanneer is er sprake van een opdracht en wanneer alleen van een samenwerkingsverband? De tekst van de Aanbestedingsrichtlijn biedt hierover niet veel duidelijkheid. De uitleg van deze begrippen is vooral in handen van het Europese Hof van Justitie en de Nederlandse rechter.

Kortgeleden heeft het Ministerie van VROM samen met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de NEPROM een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken in de aanbestedingsrechtspraak over gebiedsontwikkeling. Daaruit komt het volgende naar voren: de Aanbestedingsrichtlijn geldt zodra er sprake is van een overheidsopdracht. Een belangrijk kenmerk van een overheidsopdracht is dat de overheid direct of indirect een tegenprestatie levert voor het uitvoeren van die opdracht. De Aanbestedingsrichtlijn is dan van toepassing als die overheidsopdracht zich bevindt boven de drempelwaarde van 5,2 miljoen euro. Als de tegenprestatie bestaat uit betaling van de uitvoeringskosten is het vaak volstrekt helder dat er sprake is van een overheidsopdracht.

In praktijk zijn er echter ook meer indirecte manieren waarop de overheid een tegenprestatie kan leveren zoals bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van gronden voor een gering bedrag. Scholen worden vaak door een stichting geëxploiteerd, die eigenaar is van de grond en het gebouw. De corporatie wordt bij de ontwikkeling eigenaar van het gebouw. Als de gemeente direct de bouwkosten betaalt (bijvoorbeeld via huurbetaling) is er meestal sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht. Bij de bouw van multiculturele centra en brede scholen waarvan de overheid vaak direct of indirect de kosten betaalt zal er ook snel sprake zijn van een overheidsopdracht.

Maar hoe zit het met de bouw van woningen en commercieel vastgoed die voor rekening en risico van de corporatie worden ontwikkeld en gerealiseerd? Zelden betaalt de gemeente daarvan direct of indirect de kosten. De Aanbestedingsrichtlijn kent echter, ter voorkoming

van een mogelijke ontduikingsconstructie, een bepaling waardoor er ook sprake is van een overheidsopdracht als het werk wordt gebouwd "volgens specificaties van de overheid". In de praktijk wordt die bepaling wel eens aangehaald om te betogen dat ook de ontwikkeling van woningen en commercieel vastgoed Europees zou moeten worden aanbesteed omdat de overheid daaraan allerlei eisen zou stellen. Die redenering is vaak veel te kort door de bocht.

Allereerst moet een onderscheid gemaakt worden tussen de eisen die de overheid stelt vanuit haar publieke taak en de eisen die verder gaan dan die publieke taak. Bij de eisen die voortvloeien uit de publieke taak valt te denken aan eisen krachtens het bestemmingsplan en het besluit. Bij eisen die verder gaan dan de publieke taak valt te denken aan bemoeienis met het programma van eisen of het voorlopig ontwerp. Alleen als de overheid eisen stelt die niet meer terug te voeren zijn op haar publieke taak, zou er sprake kunnen zijn van een werk dat in termen van de Aanbestedingsrichtlijn wordt gebouwd "volgens specificaties van de overheid" en dus van een overheidsopdracht. In zo'n geval moet de opdracht tot gebiedsontwikkeling voor de woningen Europees worden aanbesteed. In praktijk komt die situatie nogal eens voor. Gemeenten hebben nogal eens de neiging eisen te stellen die verder gaan dan de publieke taak, zonder rekening te houden met de gevolgen daarvan voor de aanbestedingsplicht.

Als er sprake is van een overheidsopdracht, geldt de Aanbestedingsrichtlijn. Dit houdt in dat de gemeente niet zomaar een samenwerkingsovereenkomst met de lokale corporatie kan sluiten. In de rechtspraak is echter de mogelijkheid ontwikkeld om in die gevallen zonder aanbesteding een samenwerkingsovereenkomst te sluiten. Dat kan via het zogenaamde "doorleggen" van de aanbestedingsplicht. Dit komt er op neer dat de corporatie de verplichting tot toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn als het ware "overneemt" van de gemeente. Met andere woorden: de corporatie neemt het uitvoerende werk over van de gemeente. De corporatie verplicht zich er dan toe de aannemer en ook de architect, via de Aanbestedingsrichtlijn te selecteren. Op die manier is volgens het Hof toch het nuttige effect van de Aanbestedingsrichtlijn verzekerd. Omdat dit 'doorleggen' de laatste jaren toch wel erg ruim werd toegepast, heeft het Hof in een recente uitspraak die toepassingsmogelijkheden wat beperkt. Het hof vond dat de vrije concurrentie te veel werd beperkt en heeft bepaald dat het doorleggen van de Aanbestedingsplicht alleen mag als er voor de overheid een noodzaak bestaat de ontwikkelopdracht aan een bepaalde partij te gunnen. De noodzaak doet zich meestal voor als de ontwikkeling moet plaats vinden op een locatie die de overheid niet zelf in eigendom heeft. Het begrip 'noodzaak' blijft overigens niet beperkt tot eigendom van de grond. Er kunnen ook andere omstandigheden zijn waardoor de overheid een ontwikkelopdracht niet vrij kan aanbesteden.

Terug naar Oudewater: sinds de projectontwikkelaar protest aantekende vanwege het niet-nakomen van de Europese regels voor aanbesteding, is er niets meer gebeurd. Hoewel Woningbouwvereniging Oudewater in dit totale project op een aantal locaties ook

grondposities had, wilde de gemeente van het doorleggen van de aanbestedingsplicht niets weten. De gemeente besloot toen de bouw van de scholen zelf aan te besteden. De woningen zou de corporatie voor eigen rekening en risico kunnen ontwikkelen op de locaties die vrij kwamen na verplaatsing van de school. Helaas mist de gemeente nu de onrendabele investeringen van de corporatie in de scholen. Het is nu maar zeer de vraag of de gemeente voldoende geld heeft om vier nieuwe scholen neer te zetten. Lukt dan niet, dan zullen er onvoldoende locaties beschikbaar komen om de geplande 99 woningen te bouwen. De leerlingen van de scholen begrepen er niets van. Alles was toch rond, en nu gebeurde er niets. Zij hebben de wethouder al tweemaal ter verantwoording geroepen in het Jeugdjournaal.

Wat kunnen corporaties hiervan leren? Bij gebiedsontwikkeling is het van belang reeds in een vroeg stadium rekening te houden met de Aanbestedingsrichtlijn. Als corporatie en gemeente een sterke wens hebben om gebiedsontwikkeling samen ter hand te nemen is het van belang na te gaan hoe de gebiedsontwikkeling juridisch het best opgezet kan worden. Daarbij moeten ze rekening houden met de wijze waarop een eventuele financiële participatie van de overheid aan de gebiedsontwikkeling wordt gestructureerd. Verder moeten eventuele eisen die de overheid aan de gebiedsontwikkeling stelt in relatie gebracht worden tot de publieke taak van de overheid. Als de eisen verder gaan dan die publieke taak kan dit aanbestedingsrechtelijke consequenties hebben. Vinden partijen dat gewenst? Tenslotte moet niet worden vergeten dat door ontwikkelingen in de rechtspraak zowel van het Europese Hof als van de Nederlandse rechter het aanbestedingsrecht als dynamisch moet worden gezien. Wat vandaag geldt hoeft noodzakelijkerwijs morgen niet meer te gelden!