

**Interdepartementale Commissie
Europees Recht (ICER)**

ICER Rapport Auroux

De gevolgen van het arrest Auroux voor de gebiedsontwikkeling in Nederland

oktober 2008

Inleiding

Op 18 januari 2007 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) het arrest *Jean Auroux e.a. tegen Commune de Roanne*¹ (hierna: het arrest *Auroux*) gewezen. Dit arrest heeft betrekking op een project voor stedelijke ontwikkeling (het gaat de facto om een groot multifunctioneel bouwproject) in de Franse gemeente Roanne.

In het arrest bevestigt het Hof dat de gemeente Roanne het bouwproject, bestaande deels uit openbare voorzieningen en deels uit commercieel vastgoed in zijn geheel had moeten aanbesteden met inachtneming van de Europese aanbestedingsregels.

Het arrest heeft in Nederland onrust veroorzaakt bij partijen die betrokken zijn bij gebiedsontwikkeling: zowel bij overheden op centraal en decentraal niveau als bij verschillende marktpartijen, waaronder projectontwikkelaars en bouwbedrijven. Het arrest heeft onrust veroorzaakt omdat het de vraag oproept of het arrest gevolgen heeft voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling. En zo ja, wat zijn dan die gevolgen, juridisch gezien maar ook praktisch?

Het arrest lezende is het antwoord op bovenstaande vraag niet eenvoudig te geven. De rechtsverhouding in de zaak Auroux is niet één op één gelijk te stellen met de rechtsverhouding van een publiek-private samenwerkingsovereenkomst (PPS) voor gebiedsontwikkeling. Er zijn echter wel parallellen, waarbij met name aandacht verdient de wijze waarop het Hof de overeenkomst tussen de gemeente en de gemengde vennootschap voor stadsontwikkeling analyseert.

Dit rapport heeft zowel tot doel inzicht te geven in de overwegingen van het Hof als meer duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van het arrest Auroux voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling.

In de hiernavolgende analyse wordt een samenvatting gegeven van de feiten in de Auroux-zaak (par. 2), worden de overwegingen van het Hof in het arrest uiteengezet (par. 3) en wordt de betekenis van het arrest voor de Nederlandse praktijk bij gebiedsontwikkeling geduid in het licht van de toepassing van de aanbestedingsregels bij de oprichting van een PPS.

Samenvatting van de feiten in het arrest Auroux

De gemeente Roanne heeft met de gemengde vennootschap voor stadsontwikkeling Société d'équipement du département de la Loire (SEDL) op 25 november 2002 een publiekrechtelijke overeenkomst gesloten voor de aanleg van een recreatiepark zonder een aanbestedingsprocedure te volgen. Op grond van Franse nationale wetgeving is dit toegestaan.

De overeenkomst voorziet in de aanleg van het recreatiepark in opeenvolgende fasen. De eerste bouwfase omvat de bouw van een zogenaamde multiplexbioscoop, bedrijfsruimten die aan derden zullen worden verkocht en een openbaar parkeerterrein, toegangswegen en openbare ruimten. Voor de tweede bouwfase stonden meer bedrijfsruimten en een hotel gepland.

¹ Arrest van het Hof van 18 januari 2007, zaak C-220/05, *nog niet gepubliceerd*. De uitspraak is te vinden op <http://www.curia.europa.eu/nl/index.htm>.

De casus is naar Nederlandse begrippen betrekkelijk uitzonderlijk. De gemeente Roanne heeft zelfstandig op zich genomen het betrokken gebied te herontwikkelen. Voorzover uit het arrest kan worden opgemaakt, heeft de gemeente alle voorkomende werkzaamheden uitbesteed aan SEDL. SEDL is bij de overeenkomst in het bijzonder belast grond aan te kopen, een vergelijkend onderzoek onder architecten of ingenieurs te organiseren, studies te laten uitvoeren, bouwwerken te verwezenlijken, de boekhouding, het beheer en de coördinatie te voeren, te onteigenen, kapitaal bijeen te brengen en efficiënte middelen in te zetten om de verkoop van de bouwwerken te garanderen. Wat betreft de waarde van de overeenkomst is van belang dat deze bestaat uit zowel uitgaven als inkomsten met betrekking tot de verwezenlijking van de werken. De gemeente zal het parkeerterrein overgedragen krijgen voor € 2.925.000. Daarnaast draagt de gemeente in totaal bij aan de financiering van alle uit te voeren bouwwerken (€ 3.034.341). Van SEDL wordt verwacht dat zij ook nog € 8.099.000 aan inkomsten zal verkrijgen van derden door de verkoop van voor derden bestemde werken. De niet verkochte gronden en gebouwen worden aan de gemeente overgedragen. De gemeente moet de uitvoering van de lopende overeenkomsten verzekeren en de door SEDL aangegane schulden overnemen. De door SEDL opgestelde eindbalans moet goedgekeurd worden door de gemeente. Het eventuele overschot moet aan de gemeente worden uitgekeerd. Wanneer SEDL werken aan derden gunt, bepaalt het contract dat de beginselen van bekendmaking en van oproep tot mededinging in acht genomen moeten worden.

3. Analyse van het arrest Auroux

Het Hof gaat in op de verschillende aanbestedingsaspecten aan de hand van drie prejudiciële vragen, gesteld door het Tribunal administratif de Lyon. Het Tribunal heeft het Hof gevraagd of de overeenkomst die gesloten is tussen de gemeente Roanne en SEDL aanbestedingsplichtig is, zo ja hoe dan de waarde van de opdracht moet worden bepaald en of het zo kan zijn dat de gemeente Roanne is vrijgesteld van de aanbestedingsplicht omdat SEDL zelf een aanbestedende dienst is.

Het Hof heeft het arrest gewezen op basis van de ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst toepasselijke richtlijn 93/37/EEG. De voor deze casus relevante bepalingen zijn in de nieuwe richtlijn 2004/18/EG niet anders

De antwoorden van het Hof op de drie prejudiciële vragen worden hieronder geanalyseerd respectievelijk onder a, b en c.

- a. Eerste prejudiciële vraag: Is de overeenkomst tussen Roanne en SEDL een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken?

Bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag ontleedt het Hof de elementen van de definitie van overheidsopdrachten voor werken en legt deze naast de feiten van de Auroux-zaak.

Onder overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken wordt verstaan: **schriftelijke overeenkomsten** onder **bezwarende titel**, die zijn gesloten tussen een **aannemer** enerzijds en een ... **aanbestedende dienst** anderzijds en die betrekking hebben op **de uitvoering dan**

wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of sub c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet (artikel 1 sub a, richtlijn 93/37/EEG, nieuw; artikel 1, lid 1, sub b richtlijn 2004/18/EG).

Vervolgens bepaalt artikel 1, sub c dat een werk het product is van bouw- dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. In deze paragraaf zal worden stilgestaan bij de verschillende onderdelen van deze definitie.

Opgemerkt wordt dat er alleen een aanbestedingsplicht bestaat bij aanwezigheid van *alle* onderdelen van deze definitie.

i. Het element van de aanbestedende dienst

Eén van de bestanddelen van de definitie van “overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken” als bedoeld in artikel 1, sub a, van de richtlijn werken is ‘de overeenkomst is gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende dienst’. Dat de gemeente Roanne een aanbestedende dienst is lijdt geen twijfel en het Hof gaat hier ook niet verder op in.²

ii. Het element hoedanigheid van de aannemer

De definitie ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ geeft aan dat er sprake moet zijn van een aannemer. Het Hof bevestigt in het onderhavige arrest dat het begrip aannemer breed moet worden geïnterpreteerd.

SEDL voert het beheer, de organisatie en de uitvoering van de werken. Voor het ontwerp en de uitvoering doet SEDL een beroep op onderaannemers. SEDL heeft de verwezenlijking hiervan op zich genomen en een en ander is neergelegd in de overeenkomst met de gemeente.

Uit het arrest Ordine degli Architetti (hierna genoemd: Scala-arrest) blijkt reeds dat een aannemer enkel in staat hoeft te zijn de betrokken prestatie te laten uitvoeren door de daartoe vereiste garanties te bieden.³ Ten aanzien van SEDL geeft het Hof aan dat het feit dat SEDL voor het ontwerp en uitvoering van de werken een beroep doet op onderaannemers niet van belang is, d.w.z. niet in de weg staat dat SEDL toch als aannemer kan worden beschouwd.

Van belang is dat SEDL een marktdeelnemer is, die zich ertoe verbindt de in de overeenkomst bedoelde werken te verwezenlijken en daarom als aannemer in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt.⁴ De Advocaat Generaal stelt in dat verband ook dat het begrip ‘onderneming’ (elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij is gefinancierd) uit het mededingingsrecht getransponeerd kan worden naar overheidsopdrachten

² Zie ook rechtsoverweging 43.

³ Arrest 12 juli 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, punt 90.

⁴ Zie ook rechtsoverweging 44.

iii. Het element uitvoering van werken of werkzaamheden of het laten uitvoeren van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet

Een volgend element van de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken is dat het moet gaan om de uitvoering dan wel het ontwerp, alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of onder c) bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren van met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Van belang is te vermelden dat in de Aurox-zaak van een aantal delen van het werk dat SEDL overeengekomen is uit te (laten) voeren, gesteld kan worden dat deze het karakter heeft van een dienst (zoals het aankopen van onroerend goed, het bijeenbrengen van financiële middelen, het laten uitvoeren van studies en de verkoop van gebouwen). Het Hof geeft hieromtrent aan dat om te bepalen welke richtlijn van toepassing is (richtlijnen voor werken, leveringen of diensten), het er om gaat wat het hoofdvoorwerp van de overeenkomst is. De diensten vormen een onderdeel van de voltooiing van deze werken. Uit de overeenkomst tussen de gemeente Roanne en SEDL blijkt dat er commerciële en dienstverlenende activiteiten worden ondergebracht, namelijk toeristische en recreatieve activiteiten. Deze plannen worden ook door de gemeente als project voor de herpositionering van de stationswijk gezien. Onder het bouwwerk moet hier dan ook worden verstaan het recreatiepark in al haar onderdelen. Op grond van het arrest *Gestion Hotelera Internacional*⁵ oordeelt het Hof dat het zwaartepunt ligt bij de aanleg van werken; het Hof ziet de dienstencomponent als aanvullend.

Het Hof gaat in op twee andere onderdelen van de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, namelijk of het product van de verrichte werken een **economische of technische functie** heeft en of het **betreft het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet**.

Economische of technische functie

Het Hof concludeert uit de bepalingen van de overeenkomst dat het recreatiepark wordt aangelegd met de bedoeling er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen zodat de overeenkomst moet worden geacht een economische functie te hebben.⁶

Het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet

In de Aurox-zaak heeft de gemeente de algemene wens een recreatiepark aan te leggen om het centrum te renoveren. Daarnaast stelt de gemeente in de overeenkomst eisen aan de verschillende delen van het bouwwerk, ook waar het de bouwprestaties van derden betreft. Voor het Hof is dit voldoende om aan te nemen dat er sprake is van het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

⁵ Hof van Justitie 19-4-1994, C-331/92, Jurispr. Blz. I-1329

⁶ Zie rechtsoverweging 41

Het Hof stelt in overweging 42 van het arrest: "Verder moet de aanleg van het recreatiepark worden geacht te voldoen aan de eisen die de gemeente Roanne in de overeenkomst heeft vastgesteld. Benadrukt zij in dit verband dat het bouwwerk waarop de overeenkomst betrekking heeft, het recreatiepark in al zijn onderdelen is, van de bouw van een multiplexbioscoop, ruimten voor het verlenen van met recreatie verband houdende diensten en een parkeerterrein tot eventueel een hotel. Blijkens verschillende bepalingen van de overeenkomst wil de gemeente Roanne met de aanleg van het recreatiepark in zijn geheel de stationswijk herpositioneren en een nieuwe dynamiek geven."

Het Hof stelt met betrekking tot de eisen die de gemeente Roanne stelt aan de bouwwerken dat het niet ter zake doet dat een deel van de bouwwerken (het commercieel vastgoed) aan derden wordt verkocht. De gemeente Roanne wil immers met de aanleg van het recreatiepark in zijn geheel de stationswijk herpositioneren en de aanleg van het recreatiepark moet daarom als één opdracht worden gezien. Het gaat in de Auroux-casus om verschillende elementen die tezamen als een overheidsopdracht worden beschouwd, het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

iv. Het element bestaan van een schriftelijke overeenkomst

Het Hof gaat in zijn arrest op dit element niet in. Niet betwist wordt immers dat tussen SEDL en Roanne een schriftelijke overeenkomst bestaat. Het feit dat de overeenkomst publiekrechtelijk van aard is doet hier niet aan af.

v. Het element bezwarende titel

Een laatste element van de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken is dat het moet gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel

Met een overeenkomst onder bezwarende titel wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie levert voor de uitvoering van werken. In het Scala-arrest heeft het Hof uiteengezet, hoe de beoordeling van de bezwarende titel moet gebeuren. Het Hof geeft daar een ruime uitleg en stelt dat het niet alleen gaat om vergoeding in financiële termen maar ook om (financiële) voordelen die de uitvoerder van de opdracht niet zou hebben gehad, indien hij die opdracht niet zou hebben gekregen. In het arrest Scala ging het om kwijschelding van een wettelijke bijdrage in de grondexploitatie, die de uitvoerder zou hebben moeten betalen als hij de publieke infrastructuur niet zou hebben aangelegd. Deze uitleg is relevant, zeker voor 'PPS bij gebiedsontwikkeling'-constructies, omdat daar mogelijk onderlinge verrekening plaats vindt ten einde een sluitende grondexploitatie te krijgen.

In het Scala-arrest voegde het Hof aan bovenstaande uitleg als tweede element toe dat de aanbestedende dienst over de werken zal kunnen beschikken (rechtsoverweging 77). Ook in het Auroux-arrest overweegt het Hof dat met een overeenkomst onder bezwarende titel wordt bedoeld dat de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie krijgt (rechtsoverweging 45). Opmerkelijk is echter dat het Hof het niet van belang acht of de aanbestedende dienst al dan niet eigenaar wordt van het gehele bouwwerk of gedeelten daarvan (rechtsoverweging 47). Naast de vergoeding die de gemeente Roanne betaalt voor het parkeerterrein en de vergoeding door de gemeente van een gedeelte van de kosten van alle uit te voeren bouwwerken neemt het Hof als

tegenprestatie ook in aanmerking de inkomsten die SEDL kan krijgen uit de verkoop van de verwezenlijkte bouwwerken aan derden. De omstandigheid dat anders dan in het Scala-arrest het kunnen beschikken over de werken niet van belang lijkt te zijn voor de vraag of er sprake is van een bezwarende titel, zou ingegeven kunnen zijn door het feit dat de gemeente eigenaar wordt van alle voor derden bestemde maar nog niet verkochte grond en bouwwerken, zoals het Hof in rechtsoverweging 18 heeft overwogen. In dat geval krijgt de gemeente wél de beschikking over het verwezenlijkte bouwwerk. Uit de redenering van het Hof bij de beantwoording van de eerste vraag blijkt dit echter niet.

Aandacht verdient nog wat de advocaat-generaal in overweging 46 heeft opgemerkt: "46. De omstandigheid dat SEDL grote gedeelten van het recreatiepark rechtstreeks aan derden mag verkopen, betekent ten slotte niet dat sprake is van een *concessieovereenkomst voor openbare werken* in de zin van artikel 1, sub d, van richtlijn 93/37. Weliswaar doet de driehoeksverhouding tussen de stad Roanne, SEDL en de derden-verkrijgers, wier betalingen een aanzienlijk gedeelte van de vergoeding van SEDL vormen, aan een concessie denken, maar een concessie voor openbare werken wordt eveneens gekenmerkt door het feit dat de medecontractant van de aanbestedende dienst het economische risico van de transactie draagt. Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, omdat de stad Roanne zich er contractueel toe heeft verplicht de bij de beëindiging van het project onverkochte gedeelten van het recreatiepark over te nemen en ook overigens het financiële risico van het project voor haar rekening te nemen."

Uit deze overweging zou afgeleid kunnen worden dat in het geval het risico voor het verkrijgen van vergoedingen van derden bij SEDL gelegd was, er van een concessie van openbare werken sprake zou zijn geweest. Ook voor concessies van openbare werken geldt in beginsel een aanbestedingsplicht, zij het volgens een regime dat minder gedetailleerd is dan voor reguliere overheidsopdrachten voor werken.

Het Hof concludeert uiteindelijk in de zaak Auroux dat de aanleg van het recreatiepark in zijn geheel als een overheidsopdracht voor werken dient te worden aangemerkt, inclusief de aanleg van het commercieel vastgoed: alle elementen van de definitie van een overheidsopdracht zijn aanwezig.

b. Tweede prejudiciële vraag: Het element waarde van de opdracht in relatie tot drempel voor werken

Bij de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag geeft het Hof zijn oordeel over hoe de waarde van de opdracht moet worden bepaald. Het Hof is daarbij van oordeel dat niet alleen de bedragen die de gemeente moet betalen om o.a. het parkeerterrein aan haar geleverd te krijgen maar ook de bedragen die SEDL als inkomsten verkrijgt uit de verkoop van voor derden uitgevoerde bouwwerken in aanmerking moeten worden genomen.

Het Hof is dit oordeel toegedaan omdat het doel van de drempel in artikel 6 van de richtlijn is te verzekeren dat overheidsopdrachten waarvan de waarde hoog genoeg is om intracommunautaire deelname te rechtvaardigen aan potentiële inschrijvers worden bekendgemaakt. Bij de berekening van de waarde van de opdracht dient het standpunt van de mogelijke inschrijvers als uitgangspunt te worden genomen.

De totaal mogelijke omzet is voor een potentiële aannemer het uitgangspunt. Dit betekent dus dat voor de bepaling van de waarde van een overheidsopdracht de verschillende delen ervan bij elkaar opgeteld dienen te worden. Zowel de waarde van de publieke voorzieningen, als inkomsten van derden die gegenereerd kunnen worden uit ('private') onderdelen van de overheidsopdracht. Het Hof geeft in het verlengde hiervan nog aan dat wanneer dit niet zou gebeuren, de aanbestedende dienst op die manier een opdracht, die van belang zou kunnen zijn voor andere op de markt actieve aannemers, met een hogere totale waarde dan de drempel zou kunnen gunnen zonder aanbestedingsprocedure, hetgeen in strijd is met het doel en de strekking van de richtlijn.

c. Derde prejudiciële vraag: Doorlegplicht, in-house aanbesteding en dubbele aanbestedingsplicht

Bij de beantwoording van de derde prejudiciële vraag geeft het Hof een oordeel over de vraag of een aanbestedende dienst is vrijgesteld van de verplichting tot aanbesteding op grond dat de overeenkomst naar nationaal (Frans) recht enkel kan worden aangegaan met bepaalde rechtspersonen die zelf aanbestedende dienst zijn en op hun beurt de aanbestedingsprocedures moeten toepassen voor het plaatsen van eventuele verdere opdrachten.

Het Hof geeft aan dat de enige uitzonderingen die op de toepassing van de richtlijn zijn toegestaan daarin uitdrukkelijk zijn genoemd. De richtlijn kent echter geen uitzondering op de aanbestedingsplicht die gebaseerd is op het enkele feit dat de entiteit waaraan de opdracht wordt verleend, zelf een aanbestedende dienst is. In dit verband wijst het Hof erop dat de richtlijn werken geen bepaling bevat die vergelijkbaar is met artikel 6 van de richtlijn diensten (92/50/EG) die onder bepaalde voorwaarden overheidsopdrachten van de werkingssfeer van de richtlijn uitzondert. Verder wijst het Hof erop dat de uitzondering van een aankoopcentrale in deze zaak niet aan de orde kan komen omdat deze uitzondering is geïntroduceerd in de nieuwe richtlijn (2004/18/EG) en nog niet van toepassing kan zijn op de zaak Auroux. Daarmee verwerpt het Hof het verweer van Frankrijk, inhoudende dat daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd en dat het irrelevant is of die mededinging nu door de gemeente dan wel door SEDL wordt georganiseerd.

Wat het doorleggen van de aanbestedingsplicht betreft merkt het Hof op dat de richtlijn geen uitzondering bevat voor het geval dat de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken is gesloten tussen twee aanbestedende diensten, ook niet wanneer de tweede aanbestedende dienst genoodzaakt is de opdracht voor de totale waarde aan onderaannemers uit te besteden en daartoe de in de richtlijn vastgestelde procedure dient te volgen. In de Auroux-zaak was SEDL overigens niet gehouden om de totale oorspronkelijke opdracht aan onderaannemers uit te besteden. Het Hof verwerpt ook de mogelijkheid van inbesteding gelet op het feit dat SEDL voor een deel een gemengde vennootschap is waarvan het kapitaal gedeeltelijk uit particuliere middelen bestaat. De gemeente Roanne kan dan niet geacht worden op SEDL toezicht uit te oefenen zoals op haar eigen diensten (*zie arrest Stadt Halle RPL Lochau*⁷).

Conclusies ten aanzien van de hoofdelementen van de uitspraak

- Het Hof legt het begrip "het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet

⁷ Arrest van 11 januari 2005, zaak C-26/03, Jur. 2005, p. I-1, punt 49.

overheidsopdracht voor werken" ruim uit. Volgens het Hof is daarbij niet relevant of de aanbestedende dienst al dan niet eigenaar wordt van het gehele bouwwerk of een gedeelte daarvan.

- Het Hof legt ook het begrip "bezwarende titel" ruim uit: ook de van derden verkregen inkomsten worden geacht deel uit te maken van de voor het werk te betalen tegenprestatie. Uit de overwegingen van het Hof blijkt niet of de omstandigheid dat de gemeente het risico draagt van het eventueel niet door SEDL kunnen verkopen van grond en bouwwerken bij deze overweging een rol heeft gespeeld. Een feit is echter dat de gemeente dit risico draagt, gelijk het Hof in rechtsoverweging 18 heeft gememoreerd. Indien SEDL dit risico zou hebben gedragen zou er sprake kunnen zijn geweest van een concessie voor openbare werken.
- Het Hof legt ook de wijze waarop de waarde van de overheidsopdracht bepaald moet worden ruim uit: zowel de inkomsten die van de aanbestedende diensten zelf als de inkomsten die van derden verkregen worden dienen voor de waardebepaling in aanmerking te worden genomen.
- Het Hof constateert dat de gemeente niet vrijgesteld is van zijn aanbestedingsplicht, ook al is de partij waaraan de opdracht verleend wordt, ook een aanbestedende dienst.

Gelet op het voorgaande had de gemeente Roanne dan ook de opdracht voor de aanleg van het recreatiepark, zowel de openbare voorzieningen als het commercieel vastgoed, in zijn geheel Europees moeten aanbesteden.

4. Betekenis van het arrest Auroux voor gebiedsontwikkeling in Nederland

Inleiding

Gebiedsontwikkeling is in Nederland de verzamelterm voor projecten van substantiële omvang waarin voor een bepaalde locatie functies worden ontwikkeld, zoals de functies van wonen, economische activiteiten (bedrijfsterrein, kantoren, winkels), recreatie al dan niet in combinatie met elkaar of met de aanleg van infrastructuur. Daarbij kan het zowel gaan om een nieuwe ontwikkeling (bijvoorbeeld de ontwikkeling van een nieuwe bouwlocatie) als om herontwikkeling van bestaande locaties of gebieden en zowel om stedelijke als landelijke gebieden.

In Nederland worden verschillende modellen gehanteerd voor gebiedsontwikkeling. Daar komen traditionele vormen (bijvoorbeeld: overheid is opdrachtgever) voor maar er zijn verschillende andere modellen ontwikkeld, die zich kenmerken door een samenwerking tussen publieke en private partijen. Een van die modellen is PPS bij gebiedsontwikkeling, een samenwerkingsverband tussen één of meer publieke partijen met één of meer private partijen. Kenmerkend voor PPS bij gebiedsontwikkeling is de oprichting van een grondexploitatie maatschappij (GEM) als projectvennootschap.

Oprichting PPS

Volgens het Groenboek PPS (COM(2004) 327 van 30 april 2004) en de interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private

samenwerking van 5 februari 2008 bevat het recht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten geen specifieke bepalingen betreffende de oprichting van een rechtspersoon met zowel publiek als privaat kapitaal. Wel moeten de uit dit recht voortvloeiende regels en beginselen (de algemene beginselen van het Verdrag of, in bepaalde gevallen, de bepalingen van de richtlijnen) worden nageleefd wanneer de oprichting gepaard gaat met het toevertrouwen van taken door middel van een handeling die als overheidsopdracht, dan wel als concessieovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

Kenmerkend voor de Auroux-zaak is dat er sprake is van een project waarbij zowel commercieel vastgoed als openbare voorzieningen worden ontwikkeld en gerealiseerd. Nederlandse projecten voor gebiedsontwikkeling zijn in die zin vergelijkbaar met de Franse situatie omdat ook daar in de regel sprake is van het ontwikkelen en realiseren van commercieel vastgoed én openbare voorzieningen. In de Nederlandse gebiedsontwikkeling is het gebruikelijk dat het commercieel vastgoed voor rekening en risico van de private partijen wordt ontwikkeld en gerealiseerd. Verder was het tot voor kort in de Nederlandse gebiedsontwikkeling gebruikelijk dat de ontwikkeling en realisatie van het openbaar gebied werd opgedragen aan de PPS. Zoals de Auroux zaak laat zien gaat gebiedsontwikkeling veelal gepaard met een bundeling van verschillende taken die zowel op het gebied van werken (aanleggen van openbare infrastructuur, bouw- en woonrijp maken) als van diensten (planvorming, diensten op het gebied van architectuur en stedelijke ontwikkeling, aankoop van gronden) kunnen liggen. Auroux laat zien dat het zo kan zijn dat het gehele project – zowel de private als de publieke delen - als één geheel aan de PPS wordt opgedragen. Het Hof heeft de aanleg van het gehele project in het Auroux-arrest als één overheidsopdracht voor werken aangemerkt omdat het gehele project volgens de eisen van de gemeente en onder bezwarende titel werd ontwikkeld en gerealiseerd.

Kernvraag

De kernvraag is of er op het gebied van overheidsopdrachten parallellen bestaan tussen de (Franse) Auroux zaak en een (Nederlandse) PPS-overeenkomst met GEM. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet in de eerste plaats geanalyseerd worden of er in de Auroux zaak aanbestedingsplichtige onderdelen zijn aan te wijzen die vergelijkbaar zijn met onderdelen in de (Nederlandse) PPS-overeenkomst met GEM, om in de tweede plaats te kunnen toetsen of deze laatste bedoelde onderdelen voldoen aan de criteria van een overheidsopdracht, zoals besproken in paragraaf 3.

Aandacht verdient allereerst dat een PPS-overeenkomst één overeenkomst is waarbij een analyse van de afzonderlijke delen niet gelijk gesteld mag worden met een analyse van de overeenkomst als geheel. Door de onderlinge samenhang van de onderdelen en de bemoeienis van de GEM bij de uitvoering van de private werken is het mogelijk dat de te realiseren gebiedsontwikkeling als één overheidsopdracht gezien wordt, die in zijn geheel zal moeten worden aanbesteed, terwijl een analyse van de verschillende onderdelen van de overeenkomst in hun afzondering bezien wellicht minder duidelijk tot die conclusie zou voeren.

In het hiernavolgende zal de toetsing op hoofdlijnen uitgevoerd worden. Met name zal antwoord worden gegeven op de vraag welk onderdeel van een PPS-overeenkomst als een overheidsopdracht moet worden gekwalificeerd. Daarbij geldt een aanbestedingsplicht bij aanwezigheid van alle elementen van de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Met name de bezwarende titel (voor rekening en risico van de

aanbestedende dienst) en de vraag of er sprake is van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, vormen de essentiële elementen van deze definitie.

Kenmerken van de PPS met GEM

Een PPS-overeenkomst voor gebiedsontwikkeling, zoals die tot voor kort in Nederlandse projecten vaak gestalte kreeg, heeft als uitgangspunt dat partijen een samenwerking aangaan die gericht is op de locatieontwikkeling in een bepaald gebied. Daartoe brengen partijen gronden in de GEM. Vervolgens zorgt de GEM voor de locatieontwikkeling welke bestaat uit het ontwikkelen van plannen en het bouw- en woonrijp maken van de gronden. Na voltooiing van het bouw- en woonrijp maken zorgt de GEM voor de uitgifte van de gronden aan partijen en eventuele derden. Voorafgaande aan de uitgifte van de gronden vindt een bepaalde vorm van projectontwikkeling plaats gericht op het laten realiseren van opstallen (zoals woningen, winkels, kantoren en andere projecten met een publieke of private functie). Deze verschillende onderdelen van de PPS zullen hierna kort toegelicht worden.

Inbreng en herverdeling van gronden

Er is vaak sprake van versnipperd grondgebied. Dat maakt het noodzakelijk om de verschillende grondeigendommen in de te ontwikkelen locatie centraal in te brengen. De gemeente Roanne lost dit op door SEDL de opdracht te geven om de gronden aan te kopen. In Nederland bestaat de praktijk dat herverdeling en verkoop van gronden plaatsvindt door middel van een PPS. Daarnaast kunnen in Nederland gemeenten in bepaalde situaties tot onteigening overgaan.

Na de planontwikkeling en het bouw- en woonrijp maken volgt de herverdeling en de verkoop van de gronden. Het inbrengen, herverdelen en verkopen van de gronden is als zodanig geen overheidsopdracht. Dit kan echter anders worden indien de grondtransacties gepaard gaan met het opleggen van aanvullende verplichtingen en eisen die betrekking hebben op de bebouwing van de grond. Het is dan ook van belang om bij de beoordeling van inbreng, herverdeling en verkoop van gronden steeds het project in zijn gehele context te bezien.

Locatieontwikkeling

De locatieontwikkeling heeft als eindresultaat dat er diverse werken tot stand worden gebracht waarbij de samenwerking in hoofdzaak is gericht op voorbereidende activiteiten, zoals het ontwikkelen van plannen, het bouw- en woonrijp maken en het ontwikkelen van openbaar gebied.

Ten aanzien van deze activiteiten kan het volgende worden opgemerkt:

- Sommige van deze activiteiten kunnen worden gekwalificeerd worden als een dienst, maar deze diensten behoeven in de regel niet apart te worden aanbesteed indien deze diensten samen opgedragen worden met het werk (het ontwikkelen van plannen in het kader van 'design and build');
- Het bouw- en woonrijp maken en het ontwikkelen van openbaar gebied kunnen als een werk in de zin van de aanbestedingsrichtlijn gekwalificeerd worden.

Omdat de locatie als één samenhangend geheel wordt ontwikkeld en het doel mede is de uitgifte van minder rendabele gronden te compenseren met de meer rendabele gronden is het ontwikkelen van de locatie een werk dat een economische functie vervult.

Projectontwikkeling

Zodra de gronden bouw- en woonrijp gemaakt zijn en zijn uitgegeven aan de partijen bij een PPS-overeenkomst, alsmede aan eventuele derden, kan elke grondeigenaar de opstallen in

beginsel realiseren voor eigen rekening en risico en naar zijn eigen inzicht.. Wezenlijke voorwaarde hiervoor is evenwel dat de gemeente daarbij niet zodanig specifieke eisen heeft gesteld dat sprake is van het "laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet" (hierover later meer).

De praktijk laat zien dat er voorafgaande aan de uitgifte van gronden een zekere vorm van projectontwikkeling plaatsvindt. Dat gaat in de vorm van het ontwikkelen van stedenbouwkundige randvoorwaarden en uitgangspunten. Bij het uitgeven van de grond aan een realisator bindt de GEM de realisator aan deze stedenbouwkundige randvoorwaarden en uitgangspunten. Voorts legt de GEM bij de verkoop van de grond een bouwplicht op. Het ontwikkelen van stedenbouwkundige randvoorwaarden en uitgangspunten dient als onderdeel van het ontwikkelen van het openbaar gebied ook aanbesteed te worden.

Kernvraag is hoe deze stedenbouwkundige randvoorwaarden en uitgangspunten gezien moeten worden in relatie tot de op te richten opstallen. Kunnen deze randvoorwaarden en uitgangspunten beschouwd worden als door de aanbestedende dienst, in casu de gemeente, vastgestelde eisen of zijn het zuivere randvoorwaarden die deze kwalificatie niet verdienen. De meeste gemeenten voeren een beleid waar bij de uitgifte van bouwrijpe grond wordt bepaald dat een bouwterrein niet braak mag blijven liggen en dus bebouwd moet worden. Het stellen van een bouwplicht is naar ons oordeel als zodanig niet voldoende om aan te nemen dat sprake is van het "laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Niettemin dient de vraag gesteld te worden of de omstandigheid dat een GEM met een vergaande mate van bemoeienis bij de totstandkoming van de projecten in het te ontwikkelen gebied belast wordt, ertoe leidt dat de opstallen die vervolgens gebouwd worden geacht moeten worden te voldoen aan de eisen van de gemeente die als partij bij de PPS mede de opdracht aan de GEM bepaald heeft. De volgende benadering kan behulpzaam zijn bij de beoordeling of door een gemeente gestelde eisen gezien moeten worden als eisen in de zin van de aanbestedingsrichtlijn of als eisen die voortvloeien uit de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de gemeente.

Op het gebied van bouwen gelden vele wettelijke voorschriften die voortvloeien uit onder andere de Wet ruimtelijke ordening (waarin sinds 1 juli 2008 regels over de grondexploitatie zijn opgenomen), de Woningwet, Wet milieubeheer, Wet geluidhinder en andere wetten. Bekend is ook het Bouwbesluit dat zeer gedetailleerde eisen stelt aan de kwaliteit van het bouwen. De eisen die uit deze regelgeving voortvloeien zijn niet gericht op een bepaald werk maar zijn van toepassing op alle werken die door welke partij dan ook worden uitgevoerd. Ook beleidsregels die aangeven hoe een overheid met zijn bevoegdheden omgaat zullen in beginsel geen eisen zijn in de zin van de aanbestedingsrichtlijn. Pas als de gemeente verder zou gaan dan haar gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid en zou eisen dat bepaalde bouwwerken tot stand komen of regels zou uitvaardigen die op een specifiek bouwwerk van toepassing zijn, en de gemeente actief het verwezenlijken van deze bouwwerken of regels zou nastreven, kan sprake zijn van door een aanbestedende dienst gestelde eisen als bedoeld in de aanbestedingsregels.

Er moet dan wel sprake zijn van een bezwarende titel. In de Franse zaak lijkt het Hof de bezwarende titel ruim uit te leggen: in die zaak worden ook de van derden verkregen inkomsten geacht deel uit te maken van de voor het werk te betalen tegenprestatie. Niet

duidelijk wordt na het Auroux arrest of het criterium voor wiens rekening en risico commercieel vastgoed wordt gerealiseerd, van belang is voor de beoordeling of sprake is van een bezwarende titel. De rechtspraak is op dit punt meerduidig. Overigens, indien de tegenprestatie voor de aannemer zou bestaan uit het recht de werken te exploiteren en de aannemer het exploitatierisico draagt, kan er sprake zijn van een concessie voor openbare werken. Het is om die reden raadzaam voor aanbestedende diensten om terughoudend te zijn met het stellen van eisen die verder gaan dan in de voorgaande alinea is beschreven, indien men een aanbestedingsplicht zou willen vermijden.

Conclusie t.a.v. herverdelen van gronden

Het maken van afspraken van afspraken over de herverdeling van gronden is als zodanig geen overheidsopdracht.

Conclusie t.a.v. locatieontwikkeling

Bouw- en woonrijp maken en het ontwikkelen van openbaar gebied dienen als een werk in de zin van de aanbestedingsrichtlijn gekwalificeerd te worden. Deze werken worden naar de eisen en voor rekening en risico van de gemeente uitgevoerd. De gemeente zal het bouw- en woonrijp maken en het ontwikkelen van openbaar gebied moeten aanbesteden.

Doorleggen

Uit het arrest Auroux in samenhang met het arrest Commissie/Frankrijk, C-264/03, blijkt dat de mogelijkheid van het doorleggen van de aanbestedingsplicht van de aanbestedende dienst naar een private partij alleen maar mogelijk is als de aanbestedende dienst niet anders kan, zoals in de situatie aan de orde in het Scala-arrest. In dat arrest had de Italiaanse gemeente Milaan, in tegenstelling tot de gemeente Roanne in Auroux, op grond van nationale regelgeving (eigendomsrecht en vergunninghouder) geen enkele keuze om een uitvoerder van de werken te selecteren. Het Hof heeft voor dat geval aangegeven, dat het nuttig effect van de richtlijn ook gewaarborgd kan worden als de gemeente de vergunninghouder zou verplichten de aanbestedingsprocedure te houden. Het doorleggen van een aanbestedingsplicht van bijvoorbeeld het bouw- en woonrijp maken van de locatie naar een private partij zal dus niet langer zonder meer mogelijk zijn.

Conclusies t.a.v. projectontwikkeling

In het kader van de projectontwikkeling zijn werken die uitgevoerd worden door derden voor eigen rekening en risico in beginsel geen overheidsopdracht. Uit het arrest Auroux volgt evenwel dat dit anders wordt indien de gemeente zodanig specifieke eisen stelt aan het project in zijn geheel, dat sprake is van het "laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet" én sprake is van een bezwarende titel. Opgemerkt wordt dat blijkens het arrest Auroux een globale omschrijving van eisen reeds gekwalificeerd kan worden als te voldoen aan het element 'te stellen eisen' in de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Zolang het gaat om eisen die voortvloeien uit de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de gemeente, zal er geen sprake zijn van 'vastgestelde eisen' als bedoeld in de richtlijn. Dat sluit ook uit dat er in een dergelijk geval sprake is van een concessie voor openbare werken. Het moet dan wel gaan om wettelijke regels die voor alle uit te voeren werken van toepassing zijn en niet om op een bepaald bouwwerk toegesneden regels. Als de gemeente in aanvulling op haar gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid zou eisen dat er bepaalde bouwwerken tot stand komen of regels zou uitvaardigen die op een specifiek

bouwwerk van toepassing zijn, en de gemeente actief het verwezenlijken van deze bouwwerken of eisen zou nastreven, kan sprake zijn van door een aanbestedende dienst gestelde eisen als bedoeld in de aanbestedingsregels. Er moet dan wel sprake zijn van een bezwarende titel. In de Franse zaak lijkt het Hof de bezwarende titel ruim uit te leggen: in die zaak worden ook de van derden verkregen inkomsten geacht deel uit te maken van de voor het werk te betalen tegenprestatie. Niet duidelijk wordt na het arrest Auroux of het criterium voor wiens rekening en risico commercieel vastgoed wordt gerealiseerd, van belang is voor de beoordeling of sprake is van een bezwarende titel. De rechtspraak is op dit punt meerduidig. Ook kan er sprake zijn van een concessie van openbare werken, indien het exploitatierisico bij de aannemer is gelegd. Het is om die reden raadzaam voor aanbestedende diensten om terughoudend te zijn met het stellen van eisen die verder gaan dan hiervoor beschreven, indien men een aanbestedingsplicht zou willen vermijden.

Conclusie t.a.v. oprichting PPS

In het kader van de toetsing van de praktijk van een PPS voor gebiedsontwikkeling is het voorwerp van de PPS in delen ontleed en zijn deze delen getoetst aan de aanbestedingsplicht. Indien de gemeente de overheidsopdrachten aanbesteedt staan de aanbestedingsregels in beginsel niet in de weg aan de oprichting van een PPS. Echter, indien de oprichting gepaard gaat met het toevertrouwen van taken door middel van een handeling die als overheidsopdracht, dan wel als concessieovereenkomst kan worden gekwalificeerd, zijn de aanbestedingsregels van toepassing. Dit betekent dat in dat geval een PPS voor gebiedsontwikkeling als geheel aanbesteed moet worden, waarbij elke private partij in de gelegenheid wordt gesteld van zijn belangstelling voor deelname aan de PPS te doen blijken. Voor de wijze waarop een dergelijke aanbesteding in dat geval moet worden ingericht zij verwezen naar de interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking van 5 februari 2008.

Toekomstige jurisprudentie

Het arrest Auroux heeft op een aantal punten de juridische situatie met betrekking tot gebiedsontwikkeling en Europees aanbestedingsrecht verduidelijkt. Op andere punten zal nadere rechtspraak van het Hof moeten worden afgewacht. Dit rapport zal in dat geval worden aangepast.

5. Aanbevelingen

De werkgroep beveelt de ICER aan

- Dit rapport aan te bieden aan alle ministers;
- De betrokken ministers aan te bevelen de conclusies van dit rapport te communiceren met partijen die betrokken zijn in de praktijk van gebiedsontwikkeling (o.a. gemeenten en projectontwikkelaars).

Samenstelling werkgroep Auroux

Peter Reimer (BZK, voorzitter)
Doortje Ninck Blok (BZK, secretaris tot 1 september 2007)
Marnix Dijkman (BZK, vanaf december 2007)
Hans Blok (VROM)
Jan Boogaarts (VROM)
Saskia Raas (VROM)
Jaklien de Jong (FIN)
Fulco Simon (FIN)
Eelco Hendriks (EZ)
Nelleke Trappenburg (EZ)
Marlene Sikkens (OCW)
Claes-Olof van der Wel (V&W)
Iris van Drongelen (V&W)
Fred Duijnstee (LNV tot en met december 2007)