

Nieuwsflash Aanbesteding 43 | 8 april 2011

Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011

Op 1 april 2011 is een nieuwe [Reiswijzer Gebiedsontwikkeling](#) gepubliceerd. De Reiswijzer 2011 is een gezamenlijk product van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de VNG en het IPO in samenwerking met de vereniging van Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen (NEPROM).

Actualisering

De Reiswijzer 2011 is een hulpmiddel voor overheden en marktpartijen om juridische en praktische keuzes te kunnen maken bij gebiedsontwikkelingen.

Ten opzichte van de Reiswijzer 2009 (september 2009) (zie [Nieuwsbrief Vastgoed 7](#)) is alleen sprake van een actualisering wat betreft de juridische kaders:

- HvJ uitspraak in de zaak Müller (zie [Nieuwsflash Aanbesteding 39](#) en [Nieuwsbrief Vastgoed 9](#));
- Inwerkingtreding Crisis- en herstelwet (Chw) (zie [Nieuwsbrief Vastgoed 11](#));
- Inwerkingtreding Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) (zie [Nieuwsbrief Vastgoed 11](#));
- Wijziging Wet ruimtelijke ordening (Wro).

De boodschap van de Reiswijzer 2011 is: de Nederlandse praktijk van samenwerking bij gebiedsontwikkeling blijft mogelijk, maar denk tijdig na over wat wel en niet mag én ga zorgvuldig om met marktpartijen.

Aanbestedingsplicht

Het aanbestedingsrecht neemt in de Reiswijzer 2011 een belangrijke plaats in. Voornamelijk wordt ingegaan op de vraag wanneer sprake is van een aanbestedingsplicht. Hierna volgen kort de belangrijkste punten:

1. Opdrachten van verschillende 'hoofdactiviteiten' (planontwikkeling, grondexploitatie en opstalexploitatie) hoeven niet per definitie bij elkaar te worden opgeteld. Dit is wel het geval als de verschillende werkzaamheden economisch en/of technisch een eenheid vormen. In een aantal situaties in het kader van gebiedsontwikkeling is verdedigbaar dat hier geen sprake van is. Argumenten zijn: realisatie vindt gespreid in de tijd plaats, opdrachtgevers verschillen, opdrachtnemers verschillen;
2. Diensten (denk aan projectmanagement, architectendiensten, advisering over bodemsanering) boven de drempelwaarde die betrekking hebben op een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken of concessieovereenkomst voor openbare werken zijn aanbestedingsplichtig. Diensten die hier geen betrekking op hebben, of opdrachten die marktpartijen op eigen initiatief en voor eigen rekening en risico verstrekken zijn niet aanbestedingsplichtig;

3. Openbare werken (denk aan aanleg hoofdinfrastructuur, bodemsanering, inrichting waterpartijen) boven de drempelwaarde zijn aanbestedingsplichtig. Van wie de grond is, is niet van belang;
4. Opdrachten onder de drempelwaarde moeten vooraf bekend worden gemaakt wanneer sprake is van een vaststaand grensoverschrijdend belang;
5. Faseren mag, knippen/splitsen niet. Gelijksoortige werkzaamheden die in verschillende fasen moeten worden uitgevoerd hoeven niet bij elkaar opgeteld te worden, als de deelopdrachten werkelijk afzonderlijk in uitvoering worden genomen. Splitsen zonder dat daartoe vanuit het oogpunt van een fasering van de gebiedsontwikkeling een noodzaak bestaat mag niet;
6. Het 'doorleggen van de aanbesteding voor openbare' mag als de grond 100% in eigendom is van een marktpartij. Het 'doorleggen van de aanbesteding voor openbare' mag niet als de overheid de vrije keus heeft om door te leggen dan wel zelf aan te besteden. Dit laatste is het geval als de overheid 100% van de grond in eigendom heeft of een dominante grondpositie heeft. Het 'doorleggen van overheidsopdrachten voor diensten' is in strijd met het Europese aanbestedingsrecht;
7. In een onteigeningsprocedure slaagt een beroep op het zelfrealisatiebeginsel niet als sprake is van een plicht om Europees aan te besteden (Memorie van Toelichting en Memorie van Antwoord bij de Grondexploitatiewet);
8. Uit het arrest Müller blijkt dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, cumulatief moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: (i) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (ii) er wordt een bouwplicht opgelegd, en (iii) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader;
9. Rechtstreeks economisch belang: er moet gewaakt worden voor (i) een te lage grondprijs en (ii) participatie door de gemeente in de vastgoedexploitatie (bijvoorbeeld wanneer een 'afroomregeling' niet goed is geformuleerd);
10. Bouwplicht: een (terug)leverplicht van de grond in het geval niet binnen een bepaalde termijn wordt gestart met de bouw levert geen 'bezwarende titel' op, dit in tegenstelling tot een bouwplicht. Wel moet er voor worden gewaakt dat in de grondprijsvaststelling bij teruglevering niet impliciet een boete wordt betaald;
11. Eisen: Het Europese aanbestedingsrecht heeft in het kader van gebiedsontwikkeling niet betrekking op het handelen van bestuursorganen die uitsluitend generieke publiekrechtelijke bevoegdheden gebruiken om de bij wet aan hen opgedragen publieke taken te vervullen. Het is dus van belang dat overheden terughoudend zijn met het vaststellen van eisen die verder reiken dan hun publiekrechtelijke mogelijkheden om ten aanzien van vastgoed regulerend op te treden;
12. Aanbestedingsrechtelijk is het niet toegestaan dat gemeenten aanbestedingsplichtige openbare werken als brede scholen, welzijnsvoorzieningen en sportvoorzieningen onderhands gunnen aan woningcorporaties met een doorlegging van de aanbestedingsplicht naar de corporatie;
13. Een corporatie is gehouden de ontwikkeling en realisatie van maatschappelijk vastgoed aan te besteden (art. 5 Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting);
14. Je kunt geen op zichzelf aanbestedingsplichtige opdracht 'wegstoppen' in een (veel) groter bouwkundig geheel;

15. Een openbaar werk (ver) onder de drempel wordt niet aanbestedingsplichtig als het wordt gecombineerd met werken waarvan de ontwikkeling überhaupt geen overheidsopdracht is;
16. Om staatssteun te voorkomen moeten grondtransacties geschieden tegen aantoonbaar marktconforme voorwaarden. Een tekortfinanciering of een bijdrage van de overheid in een onrendabele top kan een staatssteunrisico inhouden.

Disclaimer

De makers van de Reiswijzer 2011 wijzen – kort gezegd - op het volgende:

- De Reiswijzer 2011 geeft 'praktische reisadviezen' en een verdedigbare uitleg van de stand van het aanbestedingsrecht en de jurisprudentie op 1 april 2011;
- Overheden zijn en blijven zelf verantwoordelijk voor naleving van het (Europese) recht;
- Aan de Reiswijzer kunnen geen rechten worden ontleend.

Alhoewel de Reiswijzer 2011 nuttige handvatten biedt, verdient het dus de aanbeveling om niet 'slechts' op de Reiswijzer te varen.

Indien u vragen heeft over deze nieuwsflash kunt u zich wenden tot: anke.stellingwerff@loyensloeff.com

Colofon

De Nieuwsflash Aanbesteding is een uitgave van het Team Aanbesteding en is bedoeld voor iedereen die beroepsmatig te maken heeft met (Europese) aanbestedingen op het gebied van werken, leveringen, diensten en binnen de nutssectoren. De Nieuwsflash Aanbesteding signaleert op concrete wijze voor de praktijk belangrijke aanbestedingsactualiteiten.

Voor meer informatie over het Team Aanbesteding verwijzen wij u naar onze [brochure Aanbestedingspraktijk](#).

Wij hopen dat de Nieuwsflash Aanbesteding er aan bijdraagt u nog beter van informatie te voorzien op dit snel groeiende rechtsgebied. Voor op- en aanmerkingen en vragen houden wij ons van harte aanbevolen.

Hoewel deze nieuwsbrief met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaardt Loyens & Loeff N.V. geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder haar medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.