

Interne memo

Aan : Jan ten Hoor
Van : Simon Tichelaar
Betreft : Aanbesteding Haderaplein
Datum : 22 november 2012

Inleiding

In november 2011 adviseerden wij (Trip Advocaten & Notarissen) over de aanbestedingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke aspecten met betrekking tot de ontwikkeling van het Haderaplein.¹ Ten tijde van het schrijven van die adviezen was slechts een (concept) kaderstelling beschikbaar. Ter optimalisering van die (concept) kaderstelling heeft de Gemeente een marktconsultatie doorlopen. De uitkomsten van de marktconsultatie zijn inmiddels bekend en worden door KAW verwerkt in een rapport.

Tijdens de marktconsultatie hebben een aantal marktpartijen er bij de Gemeente op aangedrongen om geen Europese aanbestedingsprocedure voor de ontwikkeling van het Haderaplein te organiseren. Zij geven sterk de voorkeur aan een meervoudig onderhandse procedure waarbij uitsluitend de partijen worden uitgenodigd die al interesse hebben getoond in het project. Een dergelijke “meervoudig onderhandse procedure” behelst in feite slechts reguliere gronduitgifte.

De Gemeente vraagt zich af of zij een risico loopt als zij kiest voor een dergelijke meervoudig onderhandse procedure. Op die vraag ga ik in het onderstaande in. Daarnaast zal ik ook aandacht besteden aan de verhouding tussen het (vaststellen van het) bestemmingsplan en de (meervoudig onderhandse) aanbestedingsprocedure.

Aanbestedingsplicht

Zoals eerder geadviseerd is er sprake van een overheidsopdracht voor werken indien aan drie cumulatieve criteria wordt voldaan. Er moet kort gezegd sprake zijn van een juridisch afdwingbare overeenkomst (1) waarin door de overheid eisen worden gesteld

¹ Ter informatie voeg ik de adviezen van 11 november 2011 en 22 november 2011 bij als bijlage 1.

aan het werk die verder gaan dat haar reguliere publiekrechtelijke bevoegdheden (2) en die overheid moet een rechtstreeks economisch belang hebben bij de realisatie van het werk (3).

Indien aan bovengenoemde voorwaarden wordt voldaan is er sprake van een *overheidsopdracht voor werken* en dient deze opdracht Europees te worden aanbesteed als de waarde van de opdracht boven de drempelwaarde van € 5.000.000,- uitkomt. Bij de raming van de drempelwaarde moet worden uitgegaan van de waarde van de te realiseren werken (appartementen, parkeergarage etc). Immers, als aan bovengenoemde drie eisen wordt voldaan, is sprake van een *overheidsopdracht voor werken* en wordt uitgegaan van de fictie dat de Gemeente opdrachtgever is van de te realiseren werken.

Indien aan één van de drie voorwaarden niet wordt voldaan, is sprake van reguliere *gronduitgifte*. Dergelijke gronduitgifte hoeft niet Europees te worden aanbesteed.

Voor het algemene kader en de algemene beoordeling volsta ik met een verwijzing naar de eerdere adviezen (bijlage 1). In het navolgende zal ik per criterium de meest recente ontwikkelingen bespreken en nagaan of die ontwikkelingen consequenties hebben voor de eerder getrokken conclusies. Van belang is met name de vraag of de Gemeente een (gemeentelijke) publieke parkeervoorziening wenst te realiseren.

Juridisch afdwingbare overeenkomst

In de eerdere adviezen kwamen wij tot de conclusie dat aan dit criterium wordt voldaan aangezien het voor de Gemeente wenselijk is om een juridisch afdwingbare overeenkomst af te sluiten. Vanuit de marktpartijen is de mogelijkheid geopperd om *geen* juridisch afdwingbare verplichting (lees: bouwplicht) op te leggen maar *wel* zoveel mogelijk prikkels tot nakoming in de overeenkomst te bouwen. Hierbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan een verplichting om de grond terug te leveren aan de Gemeente als het werk niet wordt gerealiseerd.

Ik adviseer de Gemeente om *geen* gebruik te maken van een dergelijke constructie. De jurisprudentie op dit gebied is niet uitgekristalliseerd. Bij een dergelijke constructie (zonder bouwplicht) loopt de Gemeente in ieder geval een groter risico dat een marktpartij naar de rechter stapt om de constructie aan te vechten. Een dergelijke marktpartij zou bijvoorbeeld kunnen aanvoeren dat er sprake is van een constructie die uitsluitend bedoeld is om onder de werking van het aanbestedingsrecht uit te

komen. Het project Haderaplein is belangrijk voor de Gemeente en het risico op een - al dan niet terecht - rechtszaak moet zoveel mogelijk worden voorkomen.

Bovendien loopt de Gemeente bij bovengenoemde constructie het mogelijke risico dat de ontwikkelaar in kwestie een ander plan indient dan zij in eerste instantie in het kader van de biedprocedure had ingediend. Op grond van bestemmingsplan bestaat er voor die partij immers geen verplichting om ook daadwerkelijk het ingediende plan te realiseren.

Mocht de Gemeente inderdaad besluiten om de overeenkomst in kwestie juridisch afdwingbaar te maken, dan wordt aan het eerste criterium voldaan.

Eisen die verder gaan dan de reguliere publiekelijke bevoegdheden

Zoals in de vorige adviezen ook werd geconcludeerd, loopt de Gemeente een groter risico naarmate zij specifiekere eisen stelt aan het project Haderaplein.

De wens om specifieke eisen te stellen kwam ten tijde van de vorige adviezen voornamelijk voort uit de wens om burgerparticipatie mogelijk te maken. Zoals gezegd hoeft burgerparticipatie niet noodzakelijkerwijs te leiden tot een aanbestedingsplicht. Wel is het van belang om in de uitvoeringsfase er zorg voor te dragen dat de burgerparticipatie (zoveel mogelijk) binnen de systematiek van de reguliere gemeentelijke publiekrechtelijke bevoegdheden wordt gegoten.

Van groter belang voor de vraag of er “verdergaande” eisen worden gesteld, is de vraag of een gemeentelijke publieke parkeervoorziening onderdeel uit gaat maken van het project. Naar ik begreep wordt deze optie namelijk steeds waarschijnlijker.

Indien er tezamen met de private opstallen ook een gemeentelijke parkeervoorziening wordt gerealiseerd, zal de Gemeente vermoedelijk al snel eisen stellen die verder gaan dan haar reguliere publiekrechtelijke bevoegdheden. Immers, via de reguliere publiekrechtelijke mogelijkheden (bestemmingsplan, welstandsnota, bouwverordening etc) zal de Gemeente de gewenste gemeentelijke publieke parkeervoorziening vermoedelijk niet kunnen afdwingen. De ontwikkelaar is in een dergelijk geval immers vrij om de parkeergelegenheid naar eigen inzicht te realiseren mits zij binnen de geldende publiekrechtelijke kaders blijft. In hoeverre het mogelijk is om via de reguliere publiekrechtelijke weg het gewenste resultaat, zijnde een openbare

parkeergelegenheid die voldoet aan de wensen van de Gemeente, te realiseren is mij niet bekend maar ik heb hier mijn twijfels bij.

Rechtstreeks economisch belang

Of wordt voldaan aan dit laatste criterium hangt eveneens voornamelijk af van de vraag of een publieke gemeentelijke parkeervoorziening onderdeel van het project wordt.

Het rechtstreekse economische belang van de gemeente is gegeven als de ontwikkelaar, naast de commerciële voorzieningen en appartementen, ook een gemeentelijke parkeergelegenheid realiseert. De gemeente zal in een dergelijk geval immers (vermoedelijk) eigenaar of huurder worden van de parkeergelegenheid. In ieder geval zal de Gemeente financieel deelnemen aan de realisatie van het project. Gelet op de in de vorige adviezen geschetste jurisprudentie heeft de Gemeente daarmee naar alle waarschijnlijkheid een rechtstreeks economisch belang bij de ontwikkeling.

Indien het openbaar parkeren geen onderdeel wordt van de te realiseren opstallen, valt er veel voor te zeggen dat de Gemeente geen rechtstreeks economisch belang heeft bij de ontwikkeling. Ik verwijs naar het advies van 11 november 2011.

Naar ik begreep bestaat er een noodzaak om extra publieke (gemeentelijke) parkeerplaatsen te realiseren. In hoeverre het mogelijk is om die parkeervoorzieningen buiten het project Haderaplein om te realiseren is mij niet bekend.

Conclusie ten aanzien van aanbestedingsplicht

Kort gezegd komt het erop neer dat - naar alle waarschijnlijkheid - een Europese aanbestedingsprocedure noodzakelijk is als de gemeentelijke openbare parkeervoorziening onderdeel van het project wordt.

Een dergelijke aanbestedingsplicht bestaat vermoedelijk niet als de ontwikkeling Haderaplein uitsluitend bestaat uit de ontwikkeling van private opstallen (commerciële voorzieningen en appartementen). In dat laatste geval zal tijdens de uitvoering overigens nog wel goed gekeken moeten worden naar de wijze waarop de burgers bij

het project worden betrokken maar op zichzelf schept de burgerparticipatie nog geen aanbestedingsplicht.

Vervolgtraject

Enkelvoudig onderhands of meervoudig onderhands?

Mocht uiteindelijk worden geconcludeerd dat er geen aanbestedingsplicht bestaat en dat een Europese aanbestedingsprocedure ook niet wenselijk is, dan is nog de vraag of de Gemeente gehouden is om meerdere partijen om een aanbieding te vragen (meervoudig onderhandse procedure). Het interne aanbestedingsbeleid van de Gemeente speelt daarbij geen rol aangezien al is geconstateerd dat er geen sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Of er andere interne regels met betrekking tot gronduitgifte bestaan is mij niet bekend.

Mijns inziens zou de Gemeente er verstandig aan doen om een meervoudig onderhandse (bied)procedure te volgen waarbij de partijen worden uitgenodigd die al interesse hebben getoond. Het één-op-één (enkelvoudig onderhands) verkopen aan één bepaalde ondernemer levert een (te groot) risico op. Vanuit diverse ondernemingen bestaat concrete interesse voor de onderhavige gronduitgifte. Dit blijkt wel uit het feit dat meerdere partijen hebben deelgenomen aan de marktconsultatie. Onder die omstandigheden handelt de Gemeente mogelijk in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur² indien zij desondanks rechtstreeks aan één partij verkoopt.

Los van een eventuele rechtszaak zullen de geïnteresseerde partijen zeer onaangenaam verrast zijn als de Gemeente de opdracht nu plotseling één-op-één gunt, hetgeen vermoedelijk tot negatieve publiciteit en klachten zal leiden.

Bestemmingsplan + aanbestedingsprocedure

Ik begreep dat het noodzakelijk/wenselijk is om een nieuw bestemmingsplan vast te stellen voor het betreffende gebied. Zowel bij een Europese aanbestedingsprocedure als bij een meervoudig onderhandse (bied)procedure geniet het de sterke voorkeur dat

² Zie bijvoorbeeld *Bouwrecht*, BR 2012/31, *Schaarste en mededinging bij gronduitgiftes en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten & Rb. Zutphen*, 28-12-2011, LJN: BU9991.

de Gemeente voorafgaand aan de aanbesteding/gronduitgifte een nieuw (onherroepelijk) bestemmingsplan vaststelt.

Mocht het (nieuwe) bestemmingsplan bij de start van een *aanbestedingsprocedure* nog niet zijn vastgesteld en/of nog niet onherroepelijk zijn, dan zal dit moeten worden vermeld in de aanbestedingsstukken. De inschrijvende partijen moeten op de hoogte worden gesteld van het feit dat de opdracht mogelijk niet in (ongewijzigde vorm) gegund zal worden. Het (niet) onherroepelijk worden van het bestemmingsplan zal als onbindende of opschortende voorwaarde in de documenten/contracten moeten worden vastgelegd. Mocht het bestemmingsplan uiteindelijk niet onherroepelijk worden, dan moet de aanbestedingsprocedure opnieuw worden doorlopen.³ Uiteraard levert dit een kostenpost en vertraging op.

Bij een *meervoudig onderhandse procedure* (gronduitgifte) wordt de grond verkocht aan een marktpartij. Die marktpartij zal de zekerheid willen hebben dat de voorgenomen ontwikkeling ook daadwerkelijk gerealiseerd kan worden. Het vigerende bestemmingsplan voorziet – naar ik begreep – namelijk niet in de mogelijkheid om de gewenste commerciële appartementen en voorzieningen te ontwikkelen. De kans dat marktpartijen onder die omstandigheden bieden op de grond is klein.

Bovenstaande staat overigens los van de vraag hoe gedetailleerd een bestemmingsplan moet zijn. In het geval van een aanbestedingsprocedure is het niet noodzakelijk om in het bestemmingsplan allerhande voorschriften op te nemen aangezien de eisen van de Gemeente kunnen worden meegenomen in de aanbestedingsprocedure zelf.

In het geval van gronduitgifte bestaat er wel een noodzaak om een gedetailleerder bestemmingsplan op te stellen zodat de Gemeente enige invloed houdt op de te realiseren private opstallen. Anderzijds loopt de Gemeente bij een gedetailleerd bestemmingsplan wel het risico dat de prijs voor de grond aanzienlijk daalt. Ook loopt de Gemeente bij een te gedetailleerd bestemmingsplan het risico dat de gehele ontwikkeling weer aanbestedingsplichtig wordt omdat in een dergelijk bestemmingsplan eisen zijn opgenomen die verder gaan dan op grond van het reguliere publiekrechtelijke kader mogelijk zou zijn geweest.

³ Zie over soortgelijke problematiek bij vergunningen:
http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/19_Ontbreken_bouwvergunning_bij_aanbestedingsprocedure.pdf

Tot slot verwijs ik naar de eerdere adviezen voor een analyse van de staatssteunrechtelijke aspecten en de risico's bij de overtreding van de Europese aanbestedingsregels.
