

MEMO

Memo voor : **Jan ten Hoor en Rudolf Kramer**
Van : Simon Tichelaar/Theunis Dankert
Inzake : Gemeente Haren/ advies Haderaplein
Dossiernummer : 31102545/ST/dw
Documentnr. : 2376159v1
Datum : 22 november 2011

Inleiding

In navolging op ons advies van 11 november 2011 heeft u ons twee aanvullende vragen gesteld. In het navolgende zullen wij die (onderstaande) vragen beantwoorden.

1. Indien de opdracht zodanig wordt geformuleerd dat er geen sprake is van een zogenoemd rechtstreeks economisch belang, staat het ons dan vrij om eisen te stellen die verder gaan dan de eisen die op grond van het reguliere publiekrechtelijke kader, hierna te noemen: "**verdergaande eisen**", kunnen worden gesteld?
2. Kan een publieke raadpleging c.q. referendum worden gezien als een objectieve c.q. deskundige beoordeling?

Vraag 1

Zoals in ons advies van 11 november jl. reeds is uiteengezet, is sprake van een overheidsopdracht voor werken indien de Gemeente Haren, hierna te noemen: "de Gemeente", een rechtstreeks economisch belang heeft bij de te ontwikkelen werken, zij verdergaande eisen stelt aan die werken en zij de realisatie van die werken in rechte kan afdwingen. Deze drie criteria zijn cumulatief van aard.

Zodra de Gemeente allerlei verdergaande eisen stelt wordt het risico groter dat in een voorkomend geval geoordeeld zal worden dat de Gemeente een rechtstreeks economisch belang bij de te ontwikkelen werken heeft. Immers, normaal gesproken zal de Gemeente geen verdergaande eisen stellen aan een ontwikkeling waarbij zij slechts een indirect algemeen belang heeft.

In de jurisprudentie worden enkele voorbeelden gegeven van omstandigheden waarin een overheid een rechtstreeks economisch belang bij een werk kan hebben maar deze lijst met voorbeelden (opgenomen in ons advies van 11 november jl.) is niet limitatief. Het is dus mogelijk dat er een rechtstreeks economisch belang wordt gecreëerd door bepaalde verdergaande eisen te stellen aan de te ontwikkelen werken.

Gelet op het feit dat de jurisprudentie op dit vlak nog niet is uitgekristalliseerd, is het verstandig om voor meerdere ankers te gaan liggen. Mocht een rechter in voorkomend geval onverhoopt toch oordelen dat sprake is van een rechtstreeks economisch belang, dan zou betoogd kunnen worden dat de Gemeente geen verdergaande eisen heeft gesteld aan te ontwikkelen werken en dat om die reden geen sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

Vraag 2

In beginsel is het mogelijk om een referendum te organiseren als onderdeel van de onvoorwaardelijke openbare biedprocedure.

Voorafgaand aan de biedprocedure zal kenbaar gemaakt moeten worden op welke – zoveel mogelijk objectieve- gronden de biedende partijen beoordeeld worden. Een referendum zou (voor een beperkt percentage) deel kunnen uitmaken van die beoordeling. Partijen weten in een dergelijk geval op voorhand dat hun plannen op basis van een referendum zullen worden beoordeeld en dan is het aan die partijen om te bepalen of zij een plan willen indienen. De winnaar van een dergelijk referendum is op eenvoudige wijze objectief te bepalen.

Het is wel de vraag of het verstandig is om de uitkomst van dit referendum doorslaggevend te laten zijn. Immers, de Gemeente heeft dan geen zeggenschap meer over hetgeen wordt ontwikkeld. Het zou wellicht verstandiger zou om uitkomst van het referendum voor –bijvoorbeeld- 20% mee te laten wegen. Voor wat betreft de overige 80% zou de Gemeente de ingediende plannen kunnen beoordelen op (andere) criteria die binnen haar reguliere publiekrechtelijke bevoegdheden vallen.