

BOUWRECHT MONOGRAFIEËN

Grond voor gelijkheid

Gelijke kansen op werken bij
gronduitgifte door de overheid

Mr. P. Heijnsbroek

BOUWRECHT MONOGRAFIEËN

Eerder onder auspiciën van de Stichting Instituut voor Bouwrecht verschenen monografieën:

- Nr. 1: Hoofdpijnen van een Wet op de stadsvernieuwing. *Rapport van de Werkgroep Stedelijke Verkaveling van de Stichting Instituut voor Bouwrecht*
- Nr. 2: Handleiding tot de U.A.V., *door mr. M.A. van Wijngaarden*
- Nr. 3: Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw/Projectontwikkelingscontracten, *door prof. mr. A.R. Bloembergen en prof. mr. W.J. Slagter*
- Nr. 4: Coördinatie Administratieve Wetgeving Onroerend Goed. *Rapport van de Werkgroep Coördinatie Wetgeving Onroerend Goed van de Stichting Instituut voor Bouwrecht*
- Nr. 5: Harmonisatie van Standaardvoorwaarden in de bouw. *Rapport van de Werkgroep Standaardregelingen in de bouw*
- Nr. 6: Vergoeding van planschade, *door mr. G.J. de Groot*
- Nr. 7: Harmonisatie van Gronduitgiftevoorwaarden. *Rapport van de Begeleidingscommissie juridisch-bestuurlijk knelpuntenonderzoek in de bouw*
- Nr. 8: Samenwerkingsvormen in de bouw, *door mr. M.A.M.C. van den Berg*
- Nr. 9: Bouwplanprocedures en de nieuwe Woningwet, *door Stichting Instituut voor Bouwrecht*
- Nr. 10: Juridisch-bestuurlijke aspecten van publiek-private samenwerking, *door ir. A.G. Bregman*
- Nr. 11: Verwant zonder verband. De coördinatie van de bouw- en de milieuvergunning, *door mr. J. Struiksma*
- Nr. 12: De ruimte begrensd. Het bestemmingsplan en het spanningsveld tussen beleidsruimte en rechtszekerheid, *door mr. H.J. de Vries*
- Nr. 13: Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context, *door mr. G. W.A. van de Meent*
- Nr. 14: Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw, *door mr. H. Nijholt*
- Nr. 15: Ruimtelijke plancoördinatie en projectbesluitvorming. Naar maatwerk zonder versnippering, *door ir. A.G. Bregman*
- Nr. 16: De bestemmingsplanprocedure en de zelfstandige projectprocedure, *door mr. J. Robbe*
- Nr. 17: Modernisering gemeentelijk grondbeleidsinstrumentarium, *door dr. ir. A.G. Bregman en prof. mr. D.A. Lubach*
- Nr. 18: Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling, *door mr. P. van der Ree*
- Nr. 19: De spanning tussen centralisatie en decentralisatie in de ruimtelijke ordening, *door mr. M. Lurks*
- Nr. 20: Welstandstoezicht juridisch getoetst, *door mr. A.G.A. Nijmeijer*
- Nr. 21: Veranderende rollen. Nieuwe contractvormen in het bouwrecht, *door mevr. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis en mevr. mr. A.Z.R. Koning*
- Nr. 22: Planschadevergoeding, *door mr. G.M. van den Broek*

- Nr. 23: Publiek- en privaatrecht; overheidsbeleid en recht. Vijfentwintig proefschriften en een preadvies, *door prof. mr. P. de Haan*
- Nr. 24: Van bouwen, breken en branden in de lage landen, *door dr. E.H.A. Kocken*
- Nr. 25: Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland. Een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten, *door mr. H.D. van Romburgh*
- Nr. 26: Publiek-private samenwerking bij de ruimtelijke inrichting en haar exploitatie, *door dr. ir. A.G. Bregman en mr. R.W.J.J. de Win*
- Nr. 27: Milieueffectrapportage en ruimtelijke ordening, *door mr. M.A.A. Soppe*
- Nr. 28: Water weren, *door mr. F.A.G. Groothuijse*
- Nr. 29: De voor- en nadelen van privatisering van het bouwtoezicht, *door dr. ir. J. van der Heijden*
- Nr. 30: Verhandelbare ontwikkelingsrechten, *door mr. M.A.M. Dieperink*
- Nr. 31: De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief, *door mr. E.M. Bruggeman*
- Nr. 32: De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een studie naar theorie en praktijk, *door mr. J.A.M.A. Sluysmans*
- Nr. 33: Aansprakelijkheid bij leidingschades, *door mr. F.J. van Velsen*
- Nr. 34: Het bouwteam model. Een studie naar de juridische vormgeving en het functioneren in de praktijk, *door prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis*
- Nr. 35: Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid, *door mr. P. Heijnsbroek*

STICHTING INSTITUUT VOOR BOUWRECHT

Grond voor gelijkheid

Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid

ISBN 978-90-78066-74-3
NUR 822

© 2013, P. Heijnsbroek

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Grond voor gelijkheid

Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid

Ground for Equality

Equal opportunities in land allocation agreements with the government

(with a summary in English)

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit Utrecht
op gezag van de rector magnificus, prof.dr. G.J. van der Zwaan,
ingevolge het besluit van het college voor promoties
in het openbaar te verdedigen op
vrijdag 24 mei 2013
des middags te 2.30 uur

door

Paul Heijnsbroek

geboren op 17 december 1982
te Geldrop

Promotoren: Prof. mr. B. Hessel
Prof. mr. H.F.M.W. van Rijswick
Prof. mr. J.M. Hebly

Voorwoord

Dit proefschrift is eigenlijk begonnen op een borrel. Het idee om te promoveren had ik al langer en ook was ik al bezig met een onderzoeksvorstel. De mogelijkheid om dit boek daadwerkelijk te gaan schrijven ontstond echter pas toen ik in 2007 op de afsluitende borrel van de Utrechtse masterclass Europees recht in contact kwam met Robert Crinice le Roy van Houthoff Buruma. Dit contact leidde tot de kans om vijf jaar lang parttime werk als advocaat bij Houthoff te combineren met promotieonderzoek aan de Universiteit Utrecht. Deze combinatie van twee werelden is heel goed bevallen en ik ben daar dan ook velen dankbaar voor.

Uiteraard wil ik graag mijn promotoren Bart Hessel, Marleen van Rijswick en Jan-Michiel Hebly bedanken. Zowel inhoudelijk als anderszins waren zij zeer complementair, waarbij ieder op een eigen manier essentieel is geweest voor het slagen van dit project. Met veel plezier denk ik terug aan de gezamenlijke besprekingen in Utrecht, waarna ik steeds het pand verliet met enthousiasme en een helder beeld van wat me te doen stond.

In de laatste fase van het proefschrift waren ook anderen betrokken, die ik hier graag wil bedanken voor hun inspanningen en bijdragen. Dit zijn ten eerste de leden van de leescommissie: Steven van Garsse, Elisabetta Manunza, Willemien den Ouden, Sybe de Vries en Rob Widdershoven. Verder gaat mijn dank uit naar Aleid Bos en Klaartje Hoeberechts, die respectievelijk de tekstredactie en de opmaak op zich hebben genomen, alsook naar Peter Morris, die de redactie van de Engelstalige samenvatting heeft verzorgd.

De rol van mijn directe familie en in het bijzonder die van mijn ouders is voor mij van groot belang geweest. Daarvoor markeerde dit project noch het begin noch het eind. Hun onvoorwaardelijke steun, vertrouwen en stimulering hebben mij hier gebracht. Ik ben hen dan ook zeer dankbaar.

Tot slot dank ik Ketië, die als geen ander zal weten welke druk dit project soms voor mij meebracht, maar op de beslissende momenten de rust wist te geven om het te volbrengen en de raad om de juiste keuzes te maken. Ketië, het is werkelijk een feest om mijn leven met jou te delen.

Het onderzoek is afgesloten op 31 december 2012. Met recentere ontwikkelingen is slechts incidenteel rekening gehouden.

Paul Heijnsbroek
Den Haag, februari 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord	vii
------------------	------------

HOOFDSTUK 1

Inleiding	1
1.1 Gronduitgifte ter inrichting van de ruimte	1
1.1.1 Inrichting van de ruimte: een publieke taak	1
1.1.2 Gronduitgifte als instrument voor de inrichting van de ruimte	6
1.2 Gelijke kansen bieden	11
1.2.1 Gelijkheidsbeginsel noopt tot bieden van gelijke kansen	12
1.2.2 Gelijke kansen in twee stappen	17
1.3 Onderzoeksvraag	19
1.3.1 Subvraag 1: Bieden van gelijke kansen in het huidige recht	21
1.3.2 Subvraag 2: Gelijke kansen voor alle gronduitgifte	23
1.3.3 Onderzoeksmethode	25

DEEL A – EXPLICIETE VERPLICHTING TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN

ONDERDEEL A1 – GRONDUITGIFTE

HOOFDSTUK 2

Geen expliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen	31
2.1 Europees recht	31
2.2 Nederlands recht	33
2.2.1 Rijksoverheid	33
2.2.2 Provincies en gemeenten	37
2.2.3 Recent kabinetsbeleid	39
2.3 Conclusie	41

ONDERDEEL A2 – OPDRACHTVERSTREKKING BIJ GRONDUITGIFTE

HOOFDSTUK 3

Gelijke kansen bieden op grond van Europese aanbestedingswetgeving	45
3.1 Ontwikkeling Europese aanbestedingswetgeving	45
3.1.1 EEG-Verdrag (1957)	45
3.1.2 Algemene programma's (1961)	47
3.1.3 Liberalisatierichtlijn Werken (71/304/EEG)	48
3.1.4 Richtlijn Werken (71/305/EEG)	50

3.1.5	Voltooiing van de interne markt (1985-1992)	54
3.1.5.1	Witboek (1985)	55
3.1.5.2	Europese Akte (1986)	56
3.1.5.3	Mededeling (1987)	56
3.1.5.4	Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)	57
3.1.6	Verdrag van Amsterdam (1997)	57
3.1.7	Aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG)	60
3.1.8	Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)	61
3.1.9	Concessierichtlijn (20..)	62
3.2	Implementatie in Nederlandse wetgeving	63
3.2.1	BAW (1973)	63
3.2.2	Walapuli (1977)	64
3.2.3	Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (1993)	64
3.2.4	Bao (2005)	65
3.2.5	Aanbestedingswet 2012	66
3.3	Voorwaarden voor aanbestedingsplicht	67
3.3.1	Drempelwaarde	67
3.3.2	Berekening geraamde waarde	69
3.3.3	Activiteiten waarvan de gezamenlijk geraamde waarde moet worden berekend	71
3.3.3.1	Geraamde waarde van één ‘aanbesteding’	73
3.4	Aanbestedingsprocedure	78
3.4.1	Overheidsopdrachten	78
3.4.2	Concessieovereenkomsten	80
3.5	Uitzonderingen	82
3.5.1	Grondposities	83
3.6	Conclusie	87

HOOFDSTUK 4

Gelijke kansen bieden op grond van het VwEU	89	
4.1	Ontwikkeling van de transparantieverplichting	90
4.2	Grondslag van de transparantieverplichting	95
4.3	Duidelijk grensoverschrijdend belang	99
4.4	Concessieovereenkomsten voor werken	105
4.5	Verplichte voorafgaande openbare bekendmaking	106
4.6	Toewijzingssystematiek	112
4.7	Uitzonderingen	116
4.7.1	Verdrag	117
4.7.2	Jurisprudentie	117
4.7.3	Aanbestedingsrichtlijn	119
4.8	Codificatie in Nederlandse wetgeving	119
4.9	Conclusie	121

HOOFDSTUK 5

Overheidsopdrachten voor werken	123
5.1 Ontwikkeling van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’	124
5.1.1 Het ontstaan van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’	124
5.1.1.1 Liberalisatierichtlijn Werken (71/304/EEG)	125
5.1.1.2 Richtlijn Werken (71/305/EEG)	127
5.1.2 Uitbreiding reikwijdte	129
5.1.2.1 Vademecum (1987)	129
5.1.2.2 Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)	130
5.1.2.3 Functionele benadering (2001)	136
5.1.2.4 Aanbestedingsrichtlijn (2004)	136
5.1.2.5 Verdere uitbreiding (2005 - 2009)	138
5.1.3 Begrenzing reikwijdte	141
5.1.3.1 Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)	144
5.2 Cumulatieve elementen van een overheidsopdracht voor werken	148
5.3 Aanbestedende dienst	153
5.4 Aannemer	154
5.5 Schriftelijke overeenkomst	155
5.6 Overeenkomst onder bezwarende titel	157
5.6.1 ‘Leverancier’ van de tegenprestatie aan de aannemer	159
5.6.2 Financiering van de tegenprestatie	162
5.6.3 Moment van levering tegenprestatie	163
5.6.4 Vormen van tegenprestaties	163
5.6.4.1 Rechtstreekse betaling in geld	164
5.6.4.2 Indirecte betaling in geld	164
5.6.4.3 Rechtstreekse betaling in natura	166
5.6.4.4 Indirecte betaling in natura	172
5.6.5 Tussenconclusie overeenkomst onder bezwarende titel	172
5.7 Verplichting tot het uitvoeren van werken	173
5.7.1.1 Onderscheid met subsidies en vergunningen	175
5.7.1.2 Opschortende voorwaarden	176
5.7.1.3 Terugleverplicht	177
5.8 Rechtstreeks economisch belang	177
5.8.1 Ontwikkeling	177
5.8.2 Voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang	181
5.8.2.1 Eigendom	182
5.8.2.2 Beschikking	182
5.8.2.3 Economische voor- en nadelen bij de uit te voeren werken	186
5.8.2.4 Andere voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang	190
5.8.3 Omstandigheden die géén rechtstreeks economisch belang opleveren	191
5.8.4 Verhouding tot element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’	193
5.8.5 Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)	195
5.8.6 Tussenconclusie rechtstreeks economisch belang	197

5.9	Uitvoeren van werken	198
5.9.1	Ontwerp en uitvoering	198
5.9.2	Werkzaamheden uit bijlage 1	199
5.9.3	Een ‘werk’ overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst	199
5.9.3.1	‘Uitvoeren van een werk’ vs. ‘laten uitvoeren met welke middelen dan ook...’	200
5.9.4	Eisen van de aanbestedende dienst	202
5.9.5	Omvang van een ‘werk’	207
5.9.5.1	Vaststellen van de omvang van een ‘werk’: de Vendée-test	209
5.9.5.2	Irrelevante aspecten	216
5.9.5.3	Auroux/Roanne in lijn met de Vendée-test?	216
5.9.6	Tussenconclusie uitvoeren van werken	218
5.10	Conclusie	219

HOOFDSTUK 6

Concessieovereenkomsten voor werken	223	
6.1	Het ontstaan van het begrip ‘concessieovereenkomst voor werken’	224
6.1.1	Richtlijn Werken (71/305/EEG)	225
6.1.2	Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)	227
6.2	Onderscheid met overheidsopdrachten: exploitatierisico	229
6.2.1	Handleiding Werken (1997)	229
6.2.2	Interpretatieve Mededeling (2000)	230
6.2.3	Kritiek Economisch en Sociaal Comité (2001)	232
6.2.4	Aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG)	233
6.2.5	Groenboek PPS (2004)	233
6.2.6	Bevestiging door Hof (2008)	235
6.3	Concessierichtlijn (20..)	235
6.4	Cumulatieve elementen van een concessieovereenkomst voor werken	237
6.4.1	Irrelevantie ‘openbare’ werken	238
6.4.2	Cumulatieve elementen en functionele benadering	239
6.5	Schriftelijke overeenkomst tussen aanbestedende dienst en aannemer	240
6.6	Verplichting tot het uitvoeren van werken	240
6.7	In het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst	241
6.7.1	Voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang	243
6.8	Uitvoeren van werken	244
6.9	Overeenkomst onder bezwarende titel	245
6.9.1	Concessieovereenkomsten zijn overeenkomsten onder bezwarende titel	246
6.9.2	Verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd	249
6.9.2.1	Voor bepaalde tijd	250
6.9.2.2	Beschikking aanbestedende dienst over het exploitatierecht	257
6.9.3	Overdracht exploitatierisico	258
6.9.3.1	Beperkt exploitatierisico door regelgeving	260
6.9.3.2	Aard van het exploitatierisico	262

6.9.4 Tussenconclusie overeenkomst onder bezwarende titel	265
6.10 Conclusie	266

HOOFDSTUK 7

Europese opdrachtverstrekking bij gronduitgifte 269

7.1 Werken ter beschikking van de aanbestedende dienst	270
7.2 Werken niet ter beschikking van de aanbestedende dienst	272
7.3 Meerdere gronduitgifteovereenkomsten ten behoeve van één werk	276
7.4 Eén gronduitgifteovereenkomst ten behoeve van meerdere werken	277
7.5 Gemengde gronduitgifteovereenkomsten	277
7.5.1 Overheidsopdracht/concessieovereenkomst voor werken en diensten/leveringen	278
7.5.2 Overheidsopdracht en concessieovereenkomst voor werken	287
7.5.3 Overheidsopdracht/concessieovereenkomst voor werken en zuivere gronduitgifte	290
7.5.4 Tussenconclusie gemengde gronduitgifteovereenkomsten	296
7.6 Conclusie	298

HOOFDSTUK 8

Conclusie Europese opdrachtverstrekking 301

HOOFDSTUK 9

Nationale opdrachtverstrekking 307

9.1 Nederlands aanbestedingsrecht in vroeger tijden	308
9.2 Beleidsregels aanbesteding van werken 2005	313
9.3 Aanbestedingswet 2012	315
9.4 Conclusie	321

HOOFDSTUK 10

Conclusie Deel A – Expliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen 323

DEEL B – IMPLICIETE VERPLICHTING TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN

HOOFDSTUK 11

Europese zuivere gronduitgifte 329

11.1 Gelijke kansen noodzakelijk voor vrijheid van vestiging en diensten	329
11.1.1 Gelijke kansen in secundaire Uniewetgeving	330
11.1.2 Gelijke kansen bij niet-gereguleerde opdrachtverstrekking	331
11.1.3 Gelijke kansen bij niet-gereguleerde schaarse vergunningen	332
11.1.3.1 Objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzings-systematiek	332

11.1.3.2	Voorafgaande openbare bekendmaking	334
11.1.4	Tussenconclusie	338
11.2	Voorafgaande openbare bekendmaking bij Europese zuivere gronduitgifte	340
11.2.1	Europese dimensie	340
11.2.2	Artikelen 49 en 56 VwEU bij gronduitgifte	342
11.2.3	Zonder bekendmaking strijd met VwEU	348
11.3	Toewijzingssystematiek bij Europese zuivere gronduitgifte	350
11.4	Uitzonderingen	351
11.5	Artikel 345 VwEU	353
11.6	Literatuur	354
11.7	Conclusie	355

HOOFDSTUK 12

Nationale gronduitgifte	359	
12.1	Toewijzingssystematiek	360
12.1.1	Toepasselijkheid algemene beginselen van behoorlijk bestuur	360
12.1.2	Consequenties abbb voor toewijzingssystematiek	362
12.1.2.1	Toewijzingssystematiek bij gronduitgifte	362
12.1.2.2	Keuze voor aanbesteding	365
12.1.2.3	Type toewijzingssystematiek	368
12.1.3	Consequenties Aanbestedingswet voor toewijzingssystematiek	369
12.2	Gelijke kansen voor bekende en geschikte potentiële wederpartijen	369
12.2.1	Uitnodiging van bekende en geschikte potentiële wederpartijen	370
12.2.2	Geschiktheid van bekende potentiële wederpartijen	373
12.3	Gelijke kansen voor alle potentiële partijen: voorafgaande openbare bekendmaking	375
12.3.1	Bekendmaking noodzakelijk voor materiële gelijke behandeling	375
12.3.1.1	Voorafgaande openbare bekendmaking	376
12.3.1.2	Jurisprudentie	378
12.3.2	Bekendmaking noodzakelijk voor zorgvuldige besluitvorming	380
12.3.2.1	Bekendmaking bij schaarse vergunningen en ontheffingen	380
12.3.2.2	Analoge toepassing bij gronduitgifte	384
12.4	Tussenconclusie: gelijke kansen bij nationale gronduitgifte	386
12.5	Uitzonderingen	388
12.5.1	Geen voorafgaande openbare bekendmaking	388
12.5.2	Toewijzingssystematiek: geen gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen	389
12.6	Overige argumenten	394
12.6.1	Gelijke kansen kosten tijd en geld	394
12.6.2	Eigen initiatief	395
12.6.3	Vertrouwen en eigen ervaringen	396
12.6.4	Gelijke kansen in vroegere wetgeving	397

12.6.5	Europese dimensie bepalend voor behandeling nationale marktpartijen	398
12.6.6	Waarborg tegen willekeur en favoritisme	399
12.6.7	Staatssteun en opbrengstmaximalisatie	400
12.6.8	Literatuur	402
12.6.8.1	Nationale opdrachtverstrekking	402
12.6.8.2	Nationale zuivere gronduitgifte	403
12.7	Conclusie	405

HOOFDSTUK 13

Conclusie Deel B – Impliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen	407
-------------------------------------------------------------------------------------	------------

HOOFDSTUK 14

Eindconclusie en aanbevelingen	411
---------------------------------------	------------

14.1	Bieden van gelijke kansen uitgewerkt in drie regimes	412
14.2	Status van de regimes	413
14.3	Opdrachtverstrekking versus zuivere gronduitgifte	415
14.3.1	Overheidsopdracht voor werken	416
14.3.2	Concessieovereenkomst voor werken	417
14.3.3	Opdrachtverstrekking bij gronduitgifte	418
14.4	Aanbevelingen	420
14.4.1	Wetgever	420
14.4.2	Rechter	424
14.4.3	Bestuur	424

Summary	427
Literatuurlijst	435
Jurisprudentielijst	463
Trefwoordenregister	469
Curriculum Vitae	471

Hoofdstuk 1

Inleiding

De Nederlandse overheid geeft regelmatig grond uit aan marktpartijen, bijvoorbeeld door verkoop of uitgifte in erfpacht. Het doel daarvan is meestal om op die grond iets te laten gebeuren. Zo kan op die grond een complete woonwijk zijn gepland. Ook is denkbaar dat zich op de grond een vervallen gebouw bevindt dat eerst moet worden gesloopt voordat de koper met de grond mag doen wat hij wil, of dat de koper van de grond verplicht is daarop waterbergingsfaciliteiten aan te brengen.¹ In al deze gevallen is het de vraag of de overheid geheel vrij is in haar keuze voor de partij waarmee zij de gronduitgifteovereenkomst sluit. Vaak wordt gedacht dat zij die vrijheid heeft. In dit onderzoek wordt echter betoogd dat deze onbegrensde vrijheid niet bestaat, maar dat het uitgangspunt is dat de overheid bij gronduitgifte telkens gelijke kansen moet bieden aan alle potentiële wederpartijen.

In dit eerste hoofdstuk wordt het kader geschetst waarbinnen dit onderzoek zich heeft ontwikkeld. Allereerst wordt ingegaan op de gronduitgifte zoals die hier centraal staat (paragraaf 1.1), gevolgd door het uitgangspunt dat de overheid daarbij gelijke kansen moet bieden (paragraaf 1.2). Dit leidt tot de onderzoeksvraag, die weer uiteenvalt in twee subvragen (paragraaf 1.3).

1.1 GRONDUITGIFTE TER INRICHTING VAN DE RUIMTE

Centraal in dit onderzoek staat het sluiten van gronduitgifteovereenkomsten door de Nederlandse overheid waarmee die wil bereiken dat haar wederpartij werken op de uitgegeven grond zal uitvoeren. In deze paragraaf wordt toegelicht dat de overheid dergelijke overeenkomsten sluit omdat zij moet zorg dragen voor de inrichting van de ruimte door daarop werken uit te (laten) voeren (paragraaf 1.1.1) en het sluiten van gronduitgifteovereenkomsten een beleidsinstrument is om aan die taak uitvoering te geven (paragraaf 1.1.2).

1.1.1 Inrichting van de ruimte: een publieke taak

De overheid is verantwoordelijk voor de inrichting van de ruimte omdat het een zogenoemde publieke taak betreft. De overheid is eindverantwoordelijk voor het

¹ Zie over waterhuishoudkundige maatregelen in het kader van gronduitgifte door de overheid verder De Putter & Van Rijswijk 2005; Laninga-Busch & Van Rijswijk 2005.

behartigen c.q. borgen van publieke belangen en voert daartoe publieke taken uit.² Publieke taken vloeien derhalve rechtstreeks voort uit (een of meer) publieke belangen en betreffen bijvoorbeeld (het zorg dragen voor) veiligheid, onderwijs en volksgezondheid. Daarbij dient te worden onderscheiden *wat* publieke taken zijn en *hoe* deze moeten worden uitgevoerd.³

Allereerst de vraag naar *wat* een publieke taak is. Volgens de WRR zijn publieke belangen bepaalde maatschappelijke belangen die de overheid behartigt omdat zij meent dat de betreffende belangen anders niet goed tot hun recht zouden komen.⁴

-
- 2 De behartiging of borging van een publiek belang kan worden gelijkgesteld met de uitvoering van een publieke taak. In kamerstukken en in de literatuur worden deze begrippen gebruikt zonder dat een (wezenlijk) andere betekenis lijkt te zijn beoogd. In het vervolg van dit proefschrift wordt daarom het begrip ‘publieke taken’ gehanteerd, waarmee wordt bedoeld de behartiging van publieke belangen. Zie bijvoorbeeld de WRR die de taken van de overheid gelijk lijkt te stellen aan de publieke belangen die de overheid heeft te behartigen; zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 17-18. Sap, Vermeulen en Zoethout hebben het over de vraag ‘wanneer een bepaald belang is aan te merken als een publiek belang *en daarmee als een publieke taak*. [cursivering PH]’; zie Sap, Vermeulen & Zoethout 2003. In het rapport Publieke belangen en Aandeelhouderschap wordt het vastleggen van publieke belangen in wet- en regelgeving genoemd als een mogelijkheid om een publieke taak uit te voeren; zie *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 146, p. 10. Van Ommeren ‘definieert’ een publieke taak als “een taak die gericht is op de behartiging van het of een algemeen belang”. En voorts: “Deze ruime betekenis, die met name aansluit bij de betekenis die Van der Hoeven aan dit begrip toekende, is zeer gangbaar geworden in de literatuur. Bijvoorbeeld Schreuder spreekt in haar dissertatie over een ‘taak waarmee het algemeen belang is gemoeid’.”; zie Van Ommeren 2003, p. 152.
 - 3 Zie Wolfson 1993; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 19. Deze onderverdeling is ook overgenomen in MDW-werkgroep concessies en aanbestedingen, *Concessie en aanbesteding. Geen doel maar middel*, 2000, p. 7 en in Sap, Vermeulen & Zoethout 2003. Een soortgelijke onderverdeling is al eerder terug te vinden in Raad voor het openbaar bestuur, *De overheid de markt in- of uitprijzen?*, 1998, p. 12-13.
 - 4 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 19-20 en Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010, p. 35 e.v. Vergelijk ook de interpretatie van ‘behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard’ door het Hof, bijvoorbeeld in HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96 (*Arnhem/BFI*), r.o. 52. Het begrip ‘algemeen belang’ verschilt overigens niet wezenlijk van het begrip ‘publiek belang’. Zie hierover Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010, p. 73: “In de terminologie van het Europese recht wordt overigens niet van ‘publieke belangen’ gesproken, maar van ‘algemene belangen’. Publieke belangen in de zin van dit advies en algemene belangen in het zin van het Europese recht beschrijven in beginsel hetzelfde en deze begrippen zijn in dit hoofdstuk dan ook uitwisselbaar gehanteerd. Een essentieel verschil is echter dat het begrip ‘algemeen belang’ in het Europese kader

Maatschappelijke belangen zijn belangen waarvan de behartiging door de samenleving als geheel is gewenst, in tegenstelling tot individuele belangen. Publieke taken vloeien voort uit publieke belangen: het betreft de taken die de overheid uitvoert omdat zij meent dat de daaraan ten grondslag liggende publieke belangen anders niet goed zouden worden behartigd.

Historische ontwikkeling van het publieke-takenpakket

Wat wordt aangemerkt als een publieke taak, is sterk tijd- en contextgebonden.⁵ Dit blijkt onder meer uit de ontwikkeling van Nederland van een klassiek-liberale staat⁶ ('nachtwakersstaat') naar een sociale rechtsstaat ('verzorgingsstaat'); gaandeweg nam de overheidsbemoeyenis en het aantal publieke taken toe. Daarbij bleken democratie, rechtsstaat, algemeen kiesrecht en vrijheidsrechten onvoldoende voor een volwaardig bestaan en daadwerkelijk gelijke kansen.⁷ De overheid kreeg daarom de verplichting om een sociale, culturele en economische infrastructuur te creëren en in stand te houden,⁸ met een enorme groei aan publieke taken tot gevolg.⁹

De ontwikkeling van de verzorgingsstaat en de uitbreiding van de overheidsbemoeyenis leidde evenwel tot hoge kosten. Dit lokte in de jaren tachtig een tegenbeweging uit: de 'afslanking' van de verzorgingsstaat. Zo ontstond onder meer de discussie of de overheid zich niet zou moeten beperken tot een aantal zogenoemde kerntaken.¹⁰ De afslanking betreft echter niet zozeer het aantal publieke taken, als

voor een groot deel juridisch is ingevuld. Dat wil zeggen dat er een juridische toets kan plaatsvinden of een publieke belang dat door een lidstaat is gedefinieerd ook in het Europese recht als 'algemeen belang' wordt geaccepteerd."

- 5 Raad voor het openbaar bestuur, *De overheid de markt in- of uitprijzen?*, 1998, p. 20, zoals bevestigd door het kabinet in *Kamerstukken II 1999/00*, 24 036, nr. 152, p. 3. Zie ook Vermeulen 2003, p. 21.
- 6 In de klassiek-liberale rechtsstaat was het vrijheidsrecht het uitgangspunt en de beperking de uitzondering; zie Burkens e.a. 1997, p. 19 e.v. De staat diende hierbij ter handhaving en bescherming van zijn eigen en andermans vrijheid, bijvoorbeeld door defensie, handhaving van de openbare orde en rechtsbedeling. De staat mocht zich echter niet bemoeien met hoe individuen gebruikmaken van hun vrijheid. Zie daarover ook De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 11. Volgens deze auteurs heeft Nederland echter nooit een dergelijk klassiek-liberaal overheidsbestuur gekend. Ook in de tijd dat deze stroming de heersende leer was, had de overheid tot haar taak de zorg voor onder meer infrastructuur, onderwijs en volksgezondheid, aldus deze auteurs.
- 7 Burkens e.a. 1997, p. 24.
- 8 Zo werden aan het overheidsdomein toegevoegd: arbeidsomstandigheden, sociale zekerheid, volkshuisvesting, woningbouw, woonruimteverdeling, verbetering van de agrarische structuur, vestiging van bedrijven, woningnood en milieuproblematiek, aldus De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 12.
- 9 Burkens e.a. 1997, p. 29. Overigens zijn er ook andere factoren aan te wijzen voor deze toename, zoals de groei van de bevolking, de technische ontwikkelingen (zoals industrie, kernenergie en auto's) en rampen en crises; zie Van Wijk 2008, p. 16-18.
- 10 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 17. In dat kader noemt Donner in zijn voorstudie

wel de wijze waarop deze dienen te worden uitgevoerd (zie daarover de volgende paragraaf).¹¹

Huidige publieke taken

Wat zijn dan de huidige publieke taken? Om te beginnen enkele publieke taken die niet tijd- en contextgebonden zijn. Het pakket publieke taken heeft namelijk een ‘bodem’ van taken die de overheid verplicht is in ieder geval uit te voeren.¹² Deze bodem wordt gevormd door de publieke taken die zijn vastgelegd in de Grondwet en in internationale verdragen. Voorbeelden uit de Grondwet zijn de sociale grondrechten zoals overheidszorg voor de woonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu (artikel 21 Gw) en bevordering van voldoende woongelegenheden (artikel 22 lid 2 Gw).¹³ Bij internationale verdragen kan gedacht worden aan het van overheidswege respecteren van het recht op een eerlijk proces en het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (resp. artikel 6 en 8 EVRM).

Naast deze verplichte taken, zijn ook taken denkbaar die weliswaar niet in de grondwet zijn opgenomen, maar niettemin algemeen als publieke taken worden beschouwd (zoals rechtsbedeling en het geweldsmonopolie van de overheid).¹⁴

Voor het overige is de vraag wat de publieke taken zijn vooral een politieke vraag.¹⁵ Het is uiteindelijk aan de overheid om te besluiten welke belangen zij meent te moeten behartigen.^{16,17}

voor de WRR de zoektocht naar een extern ijkpunt voor de kerntaken van de overheid fundamenteel vicieus: het biedt geen objectieve houvast; zie Donner 1998, p. 43.

- 11 Van Wijk 2008, p. 17; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 13; Vermeulen 2003, p. 26.
- 12 *Kamerstukken II 2000/01, 27 771, nr. 1 (Kabinetsreactie WRR rapport)*, p. 7-8, waarin het kabinet aangeeft dat de politieke keuzen in de praktijk een ondergrens kennen. Zie ook De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 3-4.
- 13 Zo ook bevordering van voldoende werkgelegenheid (art. 19 Gw) en bevordering van de volksgezondheid (art. 22 lid 1 Gw). Zie over de sociale grondrechten en de daarin opgenomen publieke taken ook Besselink 2003.
- 14 *Kamerstukken II 2000/01, 27 771, nr. 1 (Kabinetsreactie WRR rapport)*, p. 7-8; Michiels 2004, p. 95-96; Vermeulen 2003, p. 23-24.
- 15 De Haan e.a. spreken in dit kader over het primaat van de politiek; De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 4. Vermeulen noemt dit de *secundaire staatsdoeleinden*; zie Vermeulen 2003, p. 24. Wolfson heeft het over het vereiste van een politiek waardeeringsoordeel; zie Wolfson 1993, p. 12.
- 16 Het betreft in beginsel de nationale overheid (centraal of decentraal). Het Europese Hof van Justitie heeft uitgemaakt dat het niet aan de EU is om te bepalen wat in de lidstaten als publieke taak wordt aangemerkt. Niettemin toetst het Hof in het kader van het mededingingsrecht en het staatssteunrecht of een bepaalde taak al dan niet terecht is aangemerkt als publieke taak. Zie Steyger 2003, p. 41 en 48.
- 17 De gehanteerde definities van een publiek belang en publiek taak zijn hiermee enigszins tautologisch van aard en bieden geen normatieve handvatten om te beoordelen in welke gevallen de overheid zou moeten besluiten een bepaald belang te behartigen.

Inrichting van de ruimte door de uitvoering van werken

De publieke taken bestrijken een breed scala: van volksgezondheid tot het eerbiedigen van de privacy. Een aantal publieke taken heeft echter specifiek betrekking op de inrichting van de ruimte. Met ‘inrichting van de ruimte’ wordt hier de fysieke ruimte in Nederland bedoeld: de leefomgeving van de inwoners, het landelijk gebied, etc. Het gaat daarbij bovendien niet om (het beheer van) de huidige inrichting, of bijvoorbeeld om ontwerpen voor of onderzoeken naar een mogelijke toekomstige inrichting, maar om de daadwerkelijke ontwikkeling van die ruimte. Met andere woorden: het betreft die publieke taken waarbij de overheid de uitvoering van werken nastreeft ten behoeve van de inrichting van de ruimte. Concrete voorbeelden van dergelijk werken zijn openbare wegen,¹⁸ waterstaatswerken (zoals dijken), gemeentelijke parkeergarages, waterbergingsfaciliteiten en VINEX-wijken (woonwijken).

Gelet op het tijd- en contextgebonden alsook politieke karakter van publieke taken is het niet mogelijk een uitputtende opsomming te geven van publieke taken die onder de noemer ‘inrichting van de ruimte door de uitvoering van werken’ vallen. In ieder geval kan worden gedacht aan taken in het kader van de in de Grondwet opgenomen overheidszorg voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu en bevordering van voldoende woongelegenheden. Verder is ook de uitvoering van waterstaatswerken een onderkende publieke taak (“De staat, dat zijn de dijken!”).¹⁹ Vóór 1983 bevatte de Grondwet ook nog expliciete bepalingen met betrekking tot ‘de waterstaat’. Zo was in de grondwet uit 1814 het volgende artikel 127 opgenomen:²⁰

“De Waterstaat blijft een der eerste nationale belangen en wordt bestaard door eene bijzondere administratie, ter benoeming en onder het opzigt van den Souvereinen Vorst.”

Zie voor deze kritiek ook *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 146 (*Rapport Publieke belangen en Aandeelhouderschap*), p. 5 en Cornielje 2003, p. 126-127. Wat hiervan ook zij, de vraag wat een publiek belang c.q. publieke taak is, is voor deze overige gevallen in ieder geval geen *juridische* vraag, zodat hier niet verder op deze discussie wordt ingegaan.

- 18 Een goed functionerende verkeers- en vervoersinfrastructuur is een belangrijk onderdeel van het nationale ruimtelijke beleid, onder meer vanwege het belang daarvan voor de economische groei. De overheden (centraal en decentraal) zijn hier verantwoordelijk voor. Zie hierover: ministeries van VROM, LNV, VenW en EZ, *Nota Ruimte: ruimte voor ontwikkeling*, Den Haag, 2006, met name p. 22-23 en p. 89.
- 19 Van der Pot 2006, p. 171. Zie verder het huidige hoofdstuk 5 van de Waterwet waarin de aanleg en het beheer van waterstaatswerken is geregeld.
- 20 De meer recente Grondwet van 1917 bevatte nog het volgende art. 189: “De Koning heeft het oppertoezicht over alles wat den waterstaat betreft, zonder onderscheid of de kosten daarvan worden betaald uit ‘s Rijks kas of op eene andere wijze gevonden.” Bron: <<http://nl.wikisource.org>> (laatst bezocht op 9 augustus 2010).

Meer recent is in de Nota Ruimte te lezen dat decentrale overheden in hun ruimtelijke beleid water als een ‘structurerend principe’ dienen te hanteren.²¹ Dit is onverminderd actueel, gezien de politiek noodzakelijk geachte aanpassing aan het veranderende klimaat.²²

Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat de inrichting van de ruimte meer omvat dan alleen de hier besproken uitvoering van werken. Zo is de gehele ruimtelijke ordening een publieke taak die uiteindelijk van grote invloed is op de inrichting van de ruimte. Onder ruimtelijke ordening wordt dan verstaan het “van overheidswege bewust ingrijpen in maatschappelijke ontwikkelingen met een ruimtelijke dimensie.”²³ De ruimtelijke ordening als zodanig en andere aspecten van de inrichting van de ruimte vallen evenwel buiten de kaders van dit onderzoek.

1.1.2 Gronduitgifte als instrument voor de inrichting van de ruimte

De overheid heeft aldus tot doel om zorg te dragen voor de inrichting van de ruimte door de uitvoering van werken. Hoe kan zij dat bereiken?

21 Ministeries van VROM, LNV, VenW en EZ, *Nota Ruimte: ruimte voor ontwikkeling*, Den Haag, 2006.

22 Het Ruimtelijk Planbureau verwacht dat alleen al in de Randstad 90 km² extra ruimte nodig is om het te verwachten water te bergen; zie Ruimtelijk Planbureau en Milieu en Natuurplanbureau, *De ruimtelijke vraagstukken van de toekomst voor de beleidsagenda van nu*, Den Haag, 2007. Zie verder: Europese Commissie, *Groenboek van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie (Groenboek Klimaatadaptatie)*, COM(2007) 354 def., alsook Europese Commissie, *Witboek Aanpassing aan de klimaatverandering: naar een Europees actiekader*, COM(2009)147 def.

23 Van Buuren e.a. nemen in hun handboek de definitie van Drupsteen uit 1983 als uitgangspunt: “Het van overheidswege bewust ingrijpen in maatschappelijke ontwikkelingen met een ruimtelijke dimensie. Zij is gericht op het onderlinge afwegen en coördineren van die ontwikkelingen en ze loopt uit op het leggen van bestemmingen en het regelen van gebruik van de grond.”; zie Van Buuren e.a. 2009, p. 1. De wetgever omschrijft ruimtelijke ordening als: “het leiding geven bij de ruimtelijke ontwikkeling van een gebied teneinde het ontstaan van een voor de gemeenschap zo gunstig mogelijk geheel te bevorderen”. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3 (*MvT Wro*), p. 9 en *Kamerstukken II 1958/59*, 4233, nr. 6, p. 2. De overheid bepaalt wat een ‘goede ruimtelijke ordening’ is na alle in het geding zijnde belangen met een ruimtelijke dimensie te hebben afgewogen. Deze belangen hebben met name betrekking op de bestaande ruimtebehoefte (voor wonen, werken, infrastructuur, recreatie, water en natuur) en op een duurzame ruimtelijke kwaliteit; zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 916, nr. 3 (*MvT Wro*), p. 9.

Deze keuze is aan de overheid zelf. Zij kan besluiten publieke taken zelf uit te voeren ('overheidstaken')²⁴ of de uitvoering over te laten aan de markt, binnen bepaalde randvoorwaarden.²⁵

Uitvoering door de overheid

Publieke taken als ordehandhaving (politie) en rechtsbedeling (rechterlijke macht) worden van oudsher door de overheid zelf uitgevoerd en lenen zich niet goed voor uitvoering door de markt. Dit laatste geldt niet voor bijvoorbeeld publieke werken, die in het verleden grotendeels door de overheid zelf werden uitgevoerd; ingenieurs van Rijkswaterstaat ontwierpen dijken, wegen en bruggen en werkten daarvoor de bestekken uit.²⁶

Uitvoering door de markt en gronduitgifte

De overheid kan echter ook ervoor kiezen om de uitvoering (deels) over te laten aan de markt.²⁷ De eindverantwoordelijkheid blijft bij de overheid, maar de operationele verantwoordelijkheid ligt bij de ingeschakelde marktpartij(en). De keuze voor 'markt of overheid' is in Nederland een politieke kwestie; zowel naar Nederlands als naar Europees recht wordt de keuzevrijheid van de overheid hierbij in beginsel niet beperkt.²⁸ De vraag of dit juist is, en zo nee, in welke gevallen de overheid die keuze wel of niet zou moeten maken, blijft hier verder buiten beschouwing.²⁹

Maakt de overheid eenmaal de keuze om de werken ter inrichting van de ruimte niet zelf uit te voeren, maar daarvoor de markt in te schakelen, dan heeft zij vele beleidsinstrumenten tot haar beschikking om die inschakeling vorm te geven. In

24 Zie Sap & Zoethout 2003, p. 77.

25 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 21.

26 Zie over de ontwikkeling van Rijkswaterstaat: Bosch & Van der Ham 1998.

27 Onder 'de markt' moet hier ook worden verstaan overheden en overige publieke instellingen die op de markt actief zijn en concurreren met private partijen.

28 Zie Manunza 2010, p. 111-117. Zie verder voor deze keuzevrijheid binnen het Europese recht ook Sánchez Graells 2011, p. 232-234. De keuze voor uitvoering door de overheid is wel aan beperkingen onderhevig indien daartoe een opdracht wordt verleend aan een ander overheidslichaam; zie daarover meest recentelijk art. 11 Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn en art. 15 Voorstel Concessierichtlijn - Algemene Oriëntatie.

29 Zie daarover bijvoorbeeld Sánchez Graells 2011, p. 232 e.v. Hij wijst erop dat overheden alleen zelf taken zouden moeten uitvoeren als dat efficiënter is dan uitvoering door de markt. Ook verwijst hij naar het voormalige 'compulsory competitive tendering' regime zoals dat in het Verenigd Koninkrijk gold en dat de keuze tussen markt of overheid reguleerde. Zie in dat verband ook Manunza 2010. Manunza verwijst daarbij onder meer naar de Amerikaanse 'FAIR Act', die ook een dergelijke regulering bevat. Zie verder Kühler & Manunza 2011. Zie ook de uitgebreide effectanalyse die de SER voorstelt als ondersteuning bij het bepalen van marktwerkingsbeleid bij publieke belangen; Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010, p. 175 e.v.

de literatuur zijn verschillende indelingen te vinden van categorieën beleidsinstrumenten bij inschakeling van de markt.³⁰ Voorbeelden van die categorieën zijn het verlenen van subsidies of het vaststellen van regelgeving.³¹

Een andere mogelijkheid die de overheid heeft, is om gebruik te maken van een actieve grondpolitiek (ook wel actief grondbeleid genoemd).³² Dit houdt in dat zij enerzijds gronden verwerft van marktpartijen (bijvoorbeeld door onteigening) en anderzijds gronden uitgeeft aan marktpartijen met het oogmerk dat op die grond bepaalde werken zullen worden uitgevoerd (zoals woningbouw). Het onderhavige onderzoek richt zich op dit type gronduitgifte, zijnde een instrument om tot de inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken te komen. Gronduitgifte waarbij dit doel (dat wil zeggen: inrichting van de ruimte) ontbreekt, zoals bijvoorbeeld de uitgifte van een stuk bosgrond, blijft hier dan ook onbesproken.³³ Verder wordt ervan uitgegaan dat de beoogde inrichting van de ruimte op de uitgegeven grond past binnen de vigerende publiekrechtelijke kaders, zoals het bestemmingsplan, dan wel dat deze kaders daartoe zullen worden aangepast.³⁴ De gronduitgifte zelf kan verschillende vormen aannemen, zoals verkoop, verhuur en uitgifte in erfpacht; in alle gevallen sluit de overheid evenwel een overeenkomst met een marktpartij. Alleen als de specifieke vorm relevant is, zal daarop worden ingegaan; voor het overige wordt gemakshalve steeds over gronduitgifte gesproken.

In dit onderzoek wordt aldus als uitgangspunt genomen dat de overheid reeds gekozen heeft voor gronduitgifte als instrument om de ruimte te laten inrichten door middel van de uitvoering van werken. Dit betekent dat de keuze als zodanig voor

-
- 30 De WRR noemt drie vormen van borging van publieke belangen in de private sector, te weten *i)* concurrentie, *ii)* binding vooraf met wettelijke regels en contracten en *iii)* institutionele borging; zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 60-66. De SER somt de volgende instrumenten op waarmee een publiek belang kan worden geborgd: *i)* zelf doen, *ii)* inkopen, aanbesteden, *iii)* normeren, *iv)* toezicht, *v)* heffen, *vi)* subsidies en *vii)* beïnvloeden, informeren; zie Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010, p. 86. Hessel onderscheidt de beleidskeuzen voor de overheid om *i)* zelf als overheid op te treden, *ii)* als opdrachtgever op de markt op te treden, *iii)* gebruik te maken van afspraken tussen ondernemingen c.q. die afspraken te stimuleren, *iv)* financiële transacties aan te gaan met ondernemingen op de markt en *v)* ondernemingen een DAEB op te leggen; zie Hessel 2011a.
- 31 Waaronder ook een bestemmingsplan of welstandsnota. Zie over dit instrument verder Wolfson 1993, p. 11.
- 32 Zie over dit instrument verder VROM-raad, *Grond voor kwaliteit. Voorstellen voor verbetering van overheidsregie op (binnen)stedelijke herontwikkeling*, advies 070, februari 2009, p. 26 e.v.
- 33 Overigens zal voor dergelijke gronduitgifte doorgaans ook maar bij weinig marktpartijen interesse bestaan, zodat daarbij de hierna te bespreken problematiek van het bieden van gelijke kansen in veel mindere mate speelt.
- 34 Zie over (onder meer) gelijke behandeling en concurrentie bij bestemmingswijzigingen en faciliterend grondbeleid: Dieperink 2009.

wat het meest juiste instrument voor een bepaalde taak is, buiten de kaders van dit onderzoek valt. Voor die keuze en de daaraan ten grondslag liggende afwegingen wordt verwezen naar beleidswettenschappelijke literatuur en in het bijzonder de daarin geformuleerde kernvragen.³⁵ Dit neemt uiteraard niet weg dat het al dan niet moeten bieden van gelijke kansen een relevante factor kan zijn bij de afweging of gronduitgifte het meest aangewezen beleidsinstrument is.

Verschuiving naar uitvoering door de markt: PPS en gebiedsontwikkeling

Bovenstaande keuze voor gronduitgifte en daarmee voor uitvoering van de beoogde werken door de markt is niet ongebruikelijk en past goed binnen de bredere ontwikkeling waarin steeds meer publieke taken worden uitgevoerd door de markt in plaats van door de overheid zelf.³⁶ Deze algemene verschuiving lijkt primair te zijn ingegeven door de hoge kosten van de verzorgingsstaat. Kenmerken daarvan zijn immers een grote overheidsbemoeyenis en veel uitvoering door de overheid zelf. De kosten van de uitvoering werden via de belastingen afgewenteld op de markt.³⁷ In de loop van de tijd bleek dat deze kosten te hoog werden en dat de overheid minder zelf moest gaan uitvoeren.³⁸ Door deze verschuiving naar de markt zijn meer samenwerkingen ontstaan tussen publieke en private partijen. Het aangaan van dergelijke publiek-private samenwerking (PPS) werd expliciet

35 Hemerijck heeft vier kernvragen onderscheiden waarlangs goed beleid kan worden vastgesteld: ‘werkt het?’, ‘past het?’, ‘mag het?’ en ‘hoort het?’; zie Hemerijck 2003. Zie ook Addink 2010, p. 21. Een beperktere indeling is te vinden in rapport van de MDW-werkgroep concessies en aanbesteding waarin de vragen ‘kan het?’, ‘mag het?’ en ‘werkt het?’ centraal staan om te bepalen of concessieverlening in een bepaald geval een reële optie is die leidt tot een verbetering van de betreffende publieke dienst; MDW-werkgroep concessies en aanbestedingen, *Concessie en aanbesteding. Geen doel maar middel*, 2000, p. 23 e.v. Zie ook de effectanalyse die de SER voorstelt; Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010, p. 175 e.v. Zie over de spanningen tussen doelmatigheid, haalbaarheid, aanvaardbaarheid en rechtmatigheid ook Bovens, 't Hart & Van Twist 2007, p. 35-37.

36 Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 27 771, nr. 1 (*Kabinetsreactie WRR rapport*), p. 13. Zie ook Van Wijk 2008, p. 17; Sap & Zoethout 2003, p. 87-91, alsmede Besselink 2003, p. 96; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000, p. 24. Een goed voorbeeld is het ‘de markt, tenzij-principe’ dat Rijkswaterstaat hanteert; zie het ondernemingsplan van Rijkswaterstaat d.d. januari 2004. Zie ook het adagium “Privaat wat kan, publiek wat moet” in Commissie Fundamentele Verkenning Bouw, *Privaat wat kan, publiek wat moet. Vertrouwen en Verantwoordelijkheid in het Bouwproces*, 14 mei 2008, p. 9. Zie op Europees niveau: Europese Commissie, *Groenboek over diensten van algemeen belang*, COM(2003) 270 def., p. 8; conclusie van de AG van 2 juni 2009, zaak C-196/08 (*Acoset*), para. 42-45, waarin de A-G aangeeft dat “door de mate van interactie tussen overheid en burgers [het] thans niet meer mogelijk is een strikte scheiding aan te houden tussen de door elk van hen verrichte taken.”

37 Burkens e.a. 1997, p. 30.

38 Zie De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996, p. 13.

gestimuleerd in het regeerakkoord van het kabinet Lubbers II uit 1986.³⁹ Ruim tien jaar later was deze stimulans onverminderd terug te vinden in het regeerakkoord voor Paars II: “Gestreefd wordt naar een gecontroleerde verbreding van de PPS-praktijk in Nederland.”⁴⁰ Meer recent is daarnaast de opkomst van publiek-*publieke* samenwerking zichtbaar, maar dat lijkt niet ten koste te gaan van de populariteit van PPS.⁴¹ Zo wordt in het meest recente regeerakkoord (kabinet Rutte II) aangegeven dat er zogenoemde publiek-private doorbraakprojecten komen en dat het kabinet inzet op PPS bij de aanleg van infrastructuur.⁴²

PPS is zichtbaar bij de inrichting van de ruimte en wordt dan vaak aangeduid als ‘gebiedsontwikkeling’. Doorgaans gaat het dan om de ontwikkeling van verschillende ‘functies’ (zoals openbare wegen en woningbouw) binnen een bepaald geografisch gebied, waarbij de betrokken publieke en private partijen met elkaar (moeten) samenwerken.

De keuze van een overheid om grond uit te geven aan een marktpartij met als doel dat hij op de grond werken zal uitvoeren, past aldus binnen deze achtergrond van PPS en gebiedsontwikkeling. Voor het vervolg van dit onderzoek is evenwel van

39 Punt 7 van het regeerakkoord. Kok en Friese wijzen in hun toelichting daarop dat het idee van PPS enkele maanden voor het regeerakkoord werd gelanceerd door dr. A. van der Zwan, president-directeur van de Nationale investeringsbank; zie Vis, Kok & Friese 1986, p. 18 en 62.

40 Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 10, p. 54. Dit streven naar meer PPS wordt bevestigd in *Kamerstukken II* 1999-2000, 24 036, nr. 152 (*Kabinetsreactie Rob advies*), p. 1. Zie over de opkomst van PPS meer uitgebreid Bult-Spiering 2003, p. 8 e.v.

41 Zie bijvoorbeeld de visienota ‘bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden’ van het ministerie van BZK van 10 oktober 2011, bijlage bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33 047, nr. 1, p. 5: “De groei van het aantal samenwerkingsverbanden tussen de verschillende bestuursorganen (...) is een laatste ontwikkeling die vermelding behoeft. In 2010 waren er 698 publiekrechtelijke en 1.022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden tussen gemeenten, provincies en waterschappen in steeds weer wisselende territoriale indelingen. Ook de publiek-private samenwerking heeft een grote vlucht genomen. De terugtrek van de overheid op een aantal beleidsvelden leidde veelvuldig tot het ontstaan van publiek-private samenwerking waarbij de beleidsuitvoering aan private partijen of het maatschappelijke middenveld werd overgelaten.” Manunza signaleert dat veel overheden de laatste tijd evenwel negatiever zijn gaan denken over uitvoering van diensten door de markt. Ook heeft zij de indruk dat het thema publiek-publieke samenwerking het fenomeen publiek-private samenwerking aan het inhalen is. Zie respectievelijk Manunza 2012b en Manunza 2012a.

42 Regeerakkoord VVD-PvdA ‘Bruggen Slaan’, 29 oktober 2012, p. 10 en 37. Zie ook p. 8 waar te lezen is dat PPS voor excellent fundamenteel onderzoek wordt voortgezet.

belang om erop te wijzen dat PPS⁴³ en gebiedsontwikkeling⁴⁴ geen juridische begrippen zijn en bovendien uiteenlopende definities kennen; in het vervolg spelen deze begrippen als zodanig dan ook geen rol en gaat het enkel om de gronduitgifte.

1.2 GELIJKE KANSEN BIEDEN

Gronduitgifteovereenkomsten zijn van nature schaars. Bij een tweepartijenovereenkomst tussen de overheid en een marktpartij is duidelijk dat slechts één partij de uiteindelijke wederpartij van de overheid kan zijn. Andere partijen zullen dan achter het net vissen als zij ook geïnteresseerd zijn in de positie van wederpartij. Die positie stelt de wederpartij immers exclusief in staat om werken uit te voeren op de uitgegeven grond. Dezelfde schaarste doet zich voor als de overheid met meer dan een private partij zou contracteren, zolang dit aantal beperkt is en lager is dan het aantal geïnteresseerde wederpartijen.

De schaarste leidt tot een verdelingsprobleem:⁴⁵ wie mag de wederpartij van de overheid worden? Dit komt in essentie neer op de vraag of de overheid volledig vrij is in haar keuze voor haar wederpartij en zo nee, op welke manier haar keuzevrijheid dan is begrensd. Zoals gezegd, wordt in dit onderzoek als uitgangspunt genomen dat de overheid niet volledig vrij is, maar is gehouden om alle potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden. Voordat wordt ingegaan op de uitwerking daarvan, volgt eerst kort een toelichting ter rechtvaardiging van dat uitgangspunt – gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel zoals dat in het economisch publiekrecht wordt erkend.

-
- 43 Zie met name Van Garsse 2007, p. 18 en 30, alsook D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 16. Zie verder de Europese Commissie: “Op Gemeenschapsniveau is de term ‘publiek-private samenwerking’ niet gedefinieerd.” Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def., p. 3. Zo ook de A-G in zijn conclusie van 2 juni 2009, zaak C-196/08 (*Acoset*), para. 52: “Het gemeenschapsrecht is gericht op de harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen op het gebied van de overheidsopdrachten, maar het laat verstek gaan wanneer het wordt geconfronteerd met het ‘verschijnsel’ PPS.” Zie verder European Investment Bank, *Evaluation of PPP projects financed by the EIB*, 2005, p. 10; International Monetary Fund, *Manual on Fiscal Transparency*, 2007, p. 131; Essig & Batran 2005, p. 223; Knibbe 2002, p. 13-16.
- 44 Zie met name Adviescommissie gebiedsontwikkeling, *Ontwikkel kracht! Eindrapport van de adviescommissie gebiedsontwikkeling*, 2005, p. 3, alsook De Kort 2009, p. 12. Zie voor meer informatie over gebiedsontwikkeling: Ministeries van VROM, LNV, VenW en EZ, *Nota Ruimte: ruimte voor ontwikkeling*, Den Haag, 2006; Ministerie van VROM, *Nota Ruimte: Ruimte voor ontwikkeling. Katern over nieuw ruimtelijk beleid in 2006*, 2006; Van Rooy, Van Luin & Dil 2006, p. 6; D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 11; Van Garsse 2007, p. 34.
- 45 Vergelijk Van Ommeren 2004 en Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011a.

1.2.1 Gelijkheidsbeginsel noopt tot bieden van gelijke kansen

In het economische publiekrecht worden twee functies van het recht onderscheiden: de instrumentele functie en de waarborgfunctie.⁴⁶ De *instrumentele functie* houdt in dat het recht (slechts) een aantal middelen aanreikt die de overheid kan inzetten om bepaalde economische beleidsdoelstellingen te realiseren. Deze economische middelen of rechtsinstrumenten kunnen ordenend zijn (dat wil zeggen: betrekking hebben op de organisatie van het economisch proces, met name de voorwaarden waaronder de markt functioneert) of sturend (dat wil zeggen: verband houden met het corrigerend of aanvullend optreden van de overheid binnen het ordenende kader en gericht op het bereiken van bepaalde uitkomsten van het economisch proces).⁴⁷ Zo kan het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst worden gezien als een sturend rechtsinstrument dat de overheid kan gebruiken om haar beleidsdoelstelling te realiseren om bepaalde grond in te richten door daarop werken te laten uitvoeren. Voor dat doel is in beginsel niet relevant of de overheid al dan niet gelijke kansen biedt aan alle potentiële wederpartijen voor die gronduitgifteovereenkomst.

In de rechtsstaat van een (gemengde) markteconomie, zoals de Nederlandse, is deze instrumentele functie van het recht echter onvoldoende. Hellingman en Mortelmans beschrijven dat als volgt:⁴⁸

“In een rechtsstaat is het recht niet louter dienstbaar aan buiten het recht gelegen economische en politieke doeleinden. Het bindt de politieke machtsuitoefening aan een aantal waarden, die tot het wezen van een autonoom rechtssysteem behoren.”

De door hen bedoelde binding betreft de *waarborgfunctie* van het recht, die in hun visie met name wordt vervuld door de kwaliteit van rechtsregels, rechtsbescherming en rechtsbeginselen.⁴⁹ Van deze rechtsbeginselen wordt de meeste waarde gehecht aan de beginselen vrijheid, gelijkheid en solidariteit, die – in navolging van de Franse revolutie – in het economisch publiekrecht een grote rol spelen en daarin worden beschouwd als de grondslagen van het economisch publiekrecht.⁵⁰ Deze grondslagen zijn al geruime tijd voorwerp van studie door wat Ottow noemt de ‘Utrechtse School’.⁵¹ Zij verschaffen legitimiteit aan de economische orde en worden door Van Gerven gezien als ‘groeipolen’, wat Hellingman en Mortelmans uitleggen als “bakens waarop men kan koersen om het economisch stelsel te ont-

46 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 71 e.v. Op pagina 55 geven zij hun definitie van economisch publiekrecht.

47 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 79-80 en 199-201.

48 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 295.

49 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 82.

50 Van Gerven 1971.

51 Ottow 2009, p. 5. Als ‘leden’ van die school noemt zij VerLoren van Themaat, Mortelmans, Geelhoed en Hessel. Geen Utrechter, maar wel van groot belang voor dit onderwerp was verder Van Gerven.

wikkelen en het rechtvaardigheidsgehalte ervan te vergroten.”⁵² De drie grondslagen dienen daarmee enerzijds als fundament van specifieke regels en beslissingen en anderzijds als kritische toetssteen achteraf van eenmaal vastgestelde regels en genomen beslissingen.⁵³ Los van de vraag of deze grondslagen als zodanig dwingend zijn, kunnen zij in ieder geval worden gehanteerd als normatieve richtlijn voor het overheidshandelen.⁵⁴ Met andere woorden, aan de hand van deze grondslagen kan worden bepaald hoe het recht eruit zou moeten zien. Of dat ook daadwerkelijk het geval is, zal in de loop van dit onderzoek moeten blijken.

Publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel

Van de drie grondslagen is het gelijkheidsbeginsel veruit het meest relevant voor de (beperking van de) vrijheid van de overheid om bij gronduitgifte haar wederpartij te kiezen. De beginselen van vrijheid en solidariteit blijven hier dan ook verder buiten beschouwing.⁵⁵ Teneinde het gelijkheidsbeginsel nader te duiden, kan – ook voor het Nederlandse recht⁵⁶ – worden aangesloten bij Van Gerven, die het onderscheid maakt tussen het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel.⁵⁷ Het *publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel* betreft de gelijkheid in de (verticale) verhouding tussen de overheid en de burgers. Met andere woorden, de bescherming van iedere burger tegen een ongelijke behandeling door de overheid.⁵⁸ Deze publiekrechtelijke gelijkheid kan vervolgens nader worden onderscheiden in een formeel en een materieel publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel. Het *formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel* schrijft voor dat de overheid de wet (en andere regels) in gelijke gevallen gelijk toepast, oftewel zonder aanzien des persoons. Vertaald naar de hier besproken gronduitgifte zou die formele gelijkheid concreet meebrengen dat als de overheid een selectieprocedure houdt en daartoe regels opstelt voor wie uiteindelijk haar wederpartij mag worden, zij deze regels op alle deelnemers gelijk zou moeten toepassen.

In een klassiek-liberale rechtsstaat (‘nachtwakersstaat’), die wordt gekenmerkt door een ge- en verbiedende overheid, is het gelijkheidsbeginsel beperkt tot bovenstaande formele publiekrechtelijke gelijkheid. Met de eerder beschreven ontwikkeling naar de huidige sociale rechtsstaat (‘verzorgingsstaat’) is het takenpakket van de overheid echter uitgebreid en is de overheid gaan interveniëren in de

52 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 86.

53 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 325.

54 Zie bijvoorbeeld de kritiek van Donner en de nuancering daarvan in Hellingman & Mortelmans 1989, p. 323.

55 Overigens mag het beginsel van solidariteit recentelijk op nieuwe belangstelling rekenen, met name naar aanleiding van het Verdrag van Lissabon, waarbij in het VEU is opgenomen dat de Unie zich inzet voor een ‘sociale markteconomie’.

56 Hessel 1987, p. 151.

57 Van Gerven 1971.

58 Van Gerven beschrijft deze verticale dimensie als ‘garanties tegenover de overheid’; zie Van Gerven 1976.

maatschappij met beschermende, stimulerende en herverdelende maatregelen.⁵⁹ Daarmee wordt beoogd dat de overheid niet alleen de vrijheden en rechten van burgers in acht neemt en beschermt tegen inbreuken van derden, maar ook actief de omstandigheden schept die het de burger daadwerkelijk mogelijk maken aan zijn leven gestalte te geven.⁶⁰ Vanuit deze rechtsstaatgedachte biedt het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel onvoldoende waarborgen.⁶¹ Een formele gelijke behandeling door de overheid is namelijk nog geen garantie voor een daadwerkelijk gelijk eindresultaat, oftewel voor een materiële gelijke behandeling. Het formele gelijkheidsbeginsel verplicht weliswaar tot het gelijk behandelen van gelijke gevallen, maar niet tot differentiatie om recht te doen aan eventuele (feitelijke) verschillen en zo gelijkheid in het eindresultaat te bereiken.⁶²

In aanvulling op het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel kan dan ook het *materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel* worden onderscheiden, dat voorschrijft dat de overheid ongelijke gevallen ongelijk behandelt naar de mate van hun ongelijkheid.⁶³ In de woorden van Hellingman en Mortelmans ziet het materiële gelijkheidsbeginsel op de uitkomsten van het spel; het gaat om het compenseren en rechttrekken van feitelijke ongelijkheden.⁶⁴ Zij noemen als voorbeeld differentiatie van regelgeving omwille van materiële gelijkheid, zoals het versoepelen van regelgeving die voor het bedrijfsleven belastend is in gebieden die in economische ontwikkeling zijn achtergebleven.⁶⁵ In aanvulling daarop lijkt het materiële gelijkheidsbeginsel evenzeer toepasbaar in gevallen waarin de overheid geen regelgeving opstelt, maar feitelijk handelt (binnen de kaders van die regelgeving).

Een voorbeeld van dergelijk handelen is het sluiten van een hier bedoelde gronduitgifteovereenkomst. Marktpartijen die geïnteresseerd zouden zijn in een dergelijke gronduitgifte, maar daarvan niet op de hoogte zijn en om die reden ook niet

59 Burkens e.a. 1997, p. 24. Zie over die ontwikkeling ook paragraaf 1.1.1. Deze aanvullende rol is wat Hessel noemt de ‘presterende overheid’; zie Hessel 1987, p. 211.

60 Burkens e.a. 1997, p. 24.

61 Zie in dat verband ook de dynamische visie op de rechtsstaat die Hessel beschrijft – onder verwijzing naar de visie van Crinice le Roy op de rule of law – en die ruimte biedt aan de realisering van de welvaartsgedachte en andere materieelrechtelijke aspecten; Hessel 1987, p. 213 en 215-220.

62 Als voorbeeld kan gedacht worden aan het recht op (universitair) onderwijs: als het collegegeld voor de universiteit zo sterk wordt verhoogd dat een deel van de potentiële studenten dat in redelijkheid niet kan opbrengen, worden alle studenten weliswaar formeel gelijk behandeld (iedereen heeft toegang tot de universiteit in ruil voor hetzelfde collegegeld), maar verkeren de minderbedeelde studenten materieel in een ongelijke positie ten opzichte van de studenten die het collegegeld wel kunnen voldoen. Het eindresultaat voor beide groepen potentiële studenten is dan dus ongelijk.

63 Loenen 1998, p. 20-21. De materiële gelijkheid wordt ook wel gelijkheid van resultaten of *de facto* gelijkheid genoemd; zie Tobler 2005, p. 25.

64 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 307.

65 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 307-308.

kunnen deelnemen aan een eventuele selectieprocedure, zijn onvoldoende gebaat bij toepassing van bovenstaand formeel gelijkheidsbeginsel. Vanwege hun onbekendheid met de gronduitgifte vissen zij namelijk bij voorbaat achter het net en is hun positie – ondanks de formele gelijkheid – in feite ongelijk aan die van de een of meer marktpartijen die wél in aanmerking mogen komen voor de gronduitgifte-overeenkomst. Met andere woorden, de overheid maakt weliswaar formeel geen onderscheid tussen de verschillende potentiële wederpartijen, maar behandelt hen in feite toch ongelijk in het licht van hun kans om in aanmerking te komen voor de gronduitgifte. Als het materiële gelijkheidsbeginsel op een dergelijke situatie wordt toegepast, noopt dat beginsel de overheid om dit feitelijke verschil van (on) bekendheid recht te trekken; dit kan door ook alle overige potentiële wederpartijen in staat te stellen om kennis te nemen van de voorgenomen gronduitgifte. Alleen in dat geval behandelt de betreffende overheid alle potentiële wederpartijen ook in materieel opzicht gelijk. Hierbij wordt de materiële gelijke behandeling beperkt tot (materiële) gelijkheid van kansen; absolute materiële gelijkheid is immers onmogelijk, omdat vanwege de schaarste niet iedere potentiële wederpartij voor een bepaalde gronduitgifte ook uiteindelijk wederpartij van de overheid kan worden.⁶⁶

Privaatrechtelijk gelijkheidsbeginsel

De formele publiekrechtelijke gelijkheid uit de klassiek-liberale rechtsstaat wordt bovendien geacht onvoldoende garantie te bieden voor de daadwerkelijk faire competitie op de markt die de sociale rechtsstaat nastreeft.⁶⁷ Ter waarborging van deze dimensie van de gelijkheid dient het *privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel*, zoals Van Gerven dat onderscheidt naast bovenstaand (formeel en materieel) publiekrechtelijk gelijkheidsbeginsel.⁶⁸ Het betreft de materiële gelijkheid in de verhouding tussen burgers onderling en de invloed die de overheid daarop uitoefent.⁶⁹ Met andere woorden, niet de bescherming van burgers tegen ongelijke behandeling door de overheid, maar bescherming door de overheid van de gelijkheid tussen burgers ('*level playing field*'). Volgens Van Gerven is deze horizontale gelijkheid in ieder geval gewenst ter bescherming van ieders persoonlijkheidsrecht op economisch gebied, alsook omdat, zoals gezegd, een voldoende graad van mededinging in onze samenleving economisch en politiek wenselijk wordt

66 Vergelijk Tobler 2005, p. 31 e.v. Zij gaat in op de gelijkheid van kansen als een zekere middenweg tussen formele en materiële gelijkheid.

67 Burkens e.a. 1997, p. 22.

68 Van Gerven 1971.

69 Gelet op de hier gehanteerde indeling, zou in theorie ook een 'formeel privaatrechtelijk gelijkheidsbeginsel' moeten bestaan. Dit wordt hier echter niet als zodanig onderscheiden omdat in de klassiek-liberale rechtsstaat juist de vooronderstelling is dat "de onbelemmerde concurrentie leidt tot een fair eindresultaat, indien maar voldaan is aan de eisen van gelijkheid voor de wet en privilegverbod, van wetgeving louter in de vorm van algemeen geldende voorschriften, en van waarborging van de natuurlijke vrijheidsrechten"; zie Burkens e.a. 1997, p. 22. Met andere woorden, de gedachte is dat formele publiekrechtelijke gelijkheid ook leidt tot formele privaatrechtelijke gelijkheid.

geacht.⁷⁰ De privaatrechtelijke gelijkheid dwingt de overheid ertoe om te garanderen dat eenieder onder gelijke concurrentievoorwaarden aan de markt kan deelnemen.⁷¹ Met andere woorden, volgens dit beginsel dient de overheid zodanig op te treden dat zij een gelijkheid van concurrentiekansen op de markt waarborgt.⁷² Voorbeelden daarvan zijn het kartelverbod zoals dat in de nationale en Europese wetgeving is opgenomen, alsook het Europeesrechtelijke verbod op bepaalde vormen van staatssteun; deze kartels en steunmaatregelen zijn verboden omdat zij de mededinging vervalsen.

In lijn hiermee zou de overheid ook het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel in acht moeten nemen als zij zelf economisch actief wordt op de markt door grond uit te geven. Daarvan is echter geen sprake als de overheid een gronduitgifte-overeenkomst sluit zonder andere marktdeelnemers (dat wil zeggen: potentiële wederpartijen) gelegenheid te bieden om voor die overeenkomst in aanmerking te komen; in dat geval beperkt de overheid de mededinging tussen de potentiële wederpartijen door bij voorbaat voor een of meer van hen te kiezen. Gelet hierop leidt ook toepassing van het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel op gronduitgifte ertoe dat de overheid gelijke kansen zou moeten bieden.

Gelijke kansen bieden

Uit het voorgaande volgt dat – vanuit de ‘Utrechtse School’ bezien – de huidige Nederlandse rechtsstaat invulling zou moeten geven aan bovenstaande dimensies van het gelijkheidsbeginsel, zodra de overheid zelf de markt betreedt door grond uit te geven. Dit brengt mee dat de overheid bij de hier bedoelde gronduitgifte gelijke kansen zou moeten bieden. Op die manier kan de overheid een (materiele) gelijke behandeling van haar potentiële wederpartijen waarborgen, alsook de mededinging tussen die partijen onderling. Overigens zijn beide dimensies van het gelijkheidsbeginsel bij gronduitgifte door de overheid niet strikt gescheiden en zullen zij elkaar beïnvloeden; zo zal een materiële ongelijke behandeling van een marktpartij door de overheid doorgaans tevens leiden tot ongelijkheid in de concurrentiekansen tussen die marktpartij en diens concurrenten (en vice versa).

In dit onderzoek wordt aangesloten bij bovenstaand gelijkheidsbeginsel als normatieve richtlijn voor het overheidshandelen. Als gevolg daarvan is het uitgangs-

70 Zie over de wenselijkheid van mededinging ook Scheltema 2010: “ook binnen onze grenzen behoort een goede marktwerking het uitgangspunt te zijn”. Voor deze wenselijkheid en de (eventuele) afname daarvan de laatste jaren wordt verder verwezen naar Gerbrandy 2009, p. 9 en de daar aangehaalde literatuur.

71 Ottow 2009, p. 9; zo ook Hellingman & Mortelmans 1989, p. 306. In beide gevallen maken de auteurs niet het onderscheid tussen het publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, maar noemen zij deze gelijke concurrentievoorwaarden in het kader van ‘het gelijkheidsbeginsel’. Het opereren op de markt onder gelijke concurrentievoorwaarden betreft evenwel primair de relatie tussen ondernemingen onderling en dus de privaatrechtelijke gelijkheid zoals hier bedoeld.

72 Hessel 1987, p. 472.

punt voor het hiernavolgende dat de overheid bij gronduitgifte gelijke kansen zou moeten bieden.

1.2.2 Gelijke kansen in twee stappen

Wat houdt het bieden van gelijke kansen aan potentiële wederpartijen dan in? Dit gebeurt in twee opeenvolgende stappen:

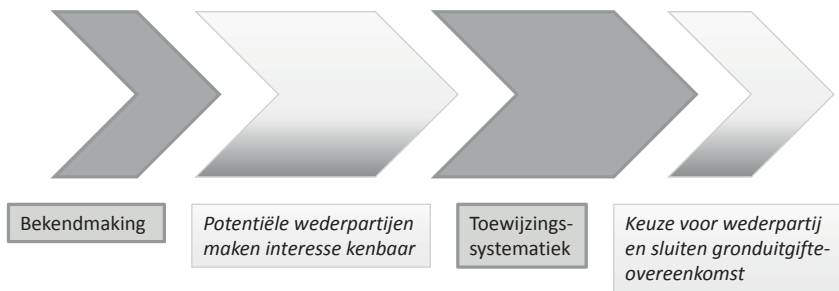
- 1) De eerste stap is de *bekendmaking* van de mogelijkheid om wederpartij van de overheid te worden. Deze bekendmaking moet toegankelijk zijn voor alle mogelijk geïnteresseerde wederpartijen die in aanmerking kunnen komen voor de overeenkomst (dat wil zeggen: alle potentiële wederpartijen). Om dat mogelijk te maken zal de overheid in beginsel moeten kiezen voor een voorafgaande openbare bekendmaking. Gebeurt dat niet, dan worden bepaalde partijen bij voorbaat buitengesloten en komen hun materiële gelijke behandeling door overheid alsmede hun onderlinge gelijke concurrentiekansen in het gedrang.
- 2) De tweede stap is de *toewijzingssystematiek*.⁷³ Als meer potentiële wederpartijen hun interesse kenbaar maken dan het aantal partijen waarmee de betreffende overheid kan contracteren, zal de overheid een keuze moeten maken tussen deze potentiële wederpartijen. Vanwege de schaarste kan immers niet iedereen wederpartij van de overheid worden en is dus gelijke behandeling in absolute zin onmogelijk. Om een goede keuze te kunnen maken moet de overheid een toewijzingssystematiek hanteren, in het licht waarvan alle potentiële wederpartijen (formeel) gelijk worden behandeld (dat wil zeggen: voor iedereen gelden dezelfde voorwaarden). De toewijzingssystematiek dient daartoe objectief, transparant en non-discriminatoir te zijn. Dit betekent dat de daarbij te hanteren voorwaarden, eisen en criteria objectief moeten kunnen worden bepaald, zij vooraf kenbaar moeten zijn voor de deelnemende potentiële wederpartijen en de overheid ieder van hen gelijk beoordeelt aan de hand van deze voorwaarden, eisen en criteria.

In dit onderzoek wordt onder het bieden van gelijke kansen dan ook verstaan dat de overheid het voornemen tot gronduitgifte openbaar bekendmaakt en vervolgens op basis van een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek kiest voor de uiteindelijke wederpartij. Daarbij ligt de nadruk op de bekendmaking, aangezien dat de eerste, essentiële stap is om te komen tot het bieden van gelijke kansen. Zonder die stap blijft een gronduitgifte namelijk buiten het zicht van (vele) potentiële wederpartijen, zodat ook controle op de gang van zaken bij die gronduitgifte moeilijk is. In de praktijk blijkt het ontbreken van een

73 De keuze voor de term ‘toewijzingssystematiek’ is ingegeven door de gedachte dat deze term een neutrale lading heeft. In feite is een toewijzingssystematiek niet anders dan een aanbesteding(sprocedure), selectieprocedure, of verdelingsprocedure. Ieder van deze termen heeft echter al een specifieke connotatie omdat het veelal wordt gebruikt bij respectievelijk opdrachtverstrekking die onder de Europese aanbestedingswetgeving valt, opdrachtverstrekking die buiten die wetgeving valt en de verlening van schaarse publieke rechten.

bekendmaking dan ook dikwijls de grootste horde voor marktpartijen om een gelijke kans te krijgen op een gronduitgifte door de overheid. Dit neemt evenwel niet weg dat in de praktijk voor (de materiële gelijkheid van) potentiële wederpartijen vervolgens ook relevant zal zijn hoe de overheid de toewijzingssystematiek invult, oftewel welke objectieve voorwaarden, eisen en criteria zij kiest dan wel mag kiezen.⁷⁴ Vanwege de focus op de eerste stap wordt deze invulling van de tweede stap hier niet nader onderzocht en uitgewerkt. Waar relevant, zullen de (beleids)doelstellingen die daarbij een rol mogen spelen en de verhouding tussen de gekozen voorwaarden, eisen en criteria enerzijds en die doelstellingen anderzijds, slechts kort worden aangestipt.⁷⁵

Schematisch ziet het bieden van gelijke kansen afgezet tegen de tijd er dan als volgt uit:



Figuur 1 Bieden van gelijke kansen

Niet altijd zullen deze beide stappen zijn vereist om gelijke kansen te bieden. Dat is bijvoorbeeld het geval als bij voorbaat duidelijk zou zijn dat slechts één partij in staat is om wederpartij te worden; de keuze voor de wederpartij staat dan al vast. Een dergelijke vaststelling door de overheid dat er slechts één mogelijke wederpartij is, zou evenwel vatbaar moeten zijn voor kritiek, aangezien het ook aangevend zou kunnen worden om een eerlijke verdeling te omzeilen. Om die reden zullen aan de motivering van die vaststelling strenge eisen moeten worden gesteld.

74 Zo zou het kiezen van een wederpartij op basis van het aantal werknemers met blauwe ogen op zichzelf een objectieve, transparante en non-discrimatoire toewijzingssystematiek kunnen vormen. Toch is evident dat dan geen sprake is van de hier wenselijk geachte gelijke kansen voor alle potentiële wederpartijen, aangezien het gekozen criterium (te weten: werknemers met blauwe ogen) niet in een redelijke verhouding staat met de gronduitgifte en de daarmee nagestreefde beleidsdoelstelling (te weten: inrichting van de ruimte). Voor de invulling van een dergelijke proportionaliteit bij aanbestedingen wordt verwezen naar de Gids Proportionaliteit, januari 2013, Strct. 2013, 3075.

75 Andere meer praktische aspecten blijven geheel buiten beschouwing, zoals de (wederzijdse) erkenning van certificaten of diploma's uit andere lidstaten.

Ook in andere, uitzonderlijke omstandigheden kan het noodzakelijk zijn om beide stappen, of alleen de eerste stap, achterwege te laten. Zo is denkbaar dat de transactiekosten van een hierboven bedoelde toewijzingssystematiek zozeer niet in verhouding staan tot de aard en omvang van de overeenkomst in kwestie, dat deze kosten verhinderen dat de overheid tot contracteren kan overgaan. Zonder bekendmaking zouden deze kosten reeds lager zijn; de overheid zou dan alleen gelijke kansen bieden aan potentiële wederpartijen die zij uitnodigt. Een terughoudende benadering is niettemin vereist. Wordt ook afstand genomen van het uitgangspunt van het bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen als dat niet strikt noodzakelijk is, dan dreigen willekeur en favoritisme. Ook hier zouden daarom strenge motiveringseisen moeten gelden.

Het gewenste uitgangspunt van gelijke kansen bij gronduitgifte leidt tot de formulering van de onderzoeksvraag.

1.3 ONDERZOEKSVRAAG

Het bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen kan uit eigen beweging van de overheid gebeuren.⁷⁶ De praktijk leert niettemin dat men daar niet altijd evenzeer toe genegen is, bijvoorbeeld omdat op individueel niveau ook andere belangen kunnen spelen dan het naleven van het eerder beschreven gelijkheidsbeginsel.⁷⁷

Wil in de praktijk daadwerkelijk sprake zijn van de beoogde gelijke kansen bij gronduitgifte door de overheid, dan zal het recht daar dus toe moeten verplichten. De stelling die in dit onderzoek wordt ingenomen is dan ook dat Nederlandse overheden verplicht zouden moeten zijn om bij het sluiten van een gronduitgifte-overeenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen.

De vraag is echter of een dergelijke verplichting bestaat en zo ja, op welke grondslag en onder welke omstandigheden. Aanleiding daarvoor is de nu in de praktijk

76 Zo hanteren veel gemeenten een eigen inkoopbeleid dat voorziet in het bieden van gelijke kansen bij opdrachtverstrekking. Zie in dat verband ook het VNG Model Inkoop- en aanbestedingsbeleid van juli 2012.

77 Zie Telgen 2011a: “overheden hebben de neiging om opdrachten onder een klein aantal (bekende en vertrouwde) bedrijven te verdelen”; Trepte 2004, p. 70 e.v.; Spier 1981, p. 48. Vergelijk ook de niet-naleving van de aanbestedingsregels in de praktijk zoals geanalyseerd in het eindrapport ‘Analyse achtergronden niet-naleving Europese aanbestedingsregels binnen Rijksoverheid’ d.d. 25 maart 2010, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 8. Zie meer recent de Rapportage Nalevingsmeting Europees Aanbesteden 2010 van 14 februari 2012, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 32 440, nr. 80. Uit die rapportage blijkt dat bij opdrachten voor werken met name door kleine en middelgrote gemeenten in heel veel gevallen ten onrechte niet Europees wordt aanbesteed (nalevingspercentages van slechts circa 20 respectievelijk 50 procent).

veel voorkomende gedachte dat de overheid volledig vrij is om te bepalen hoe zij haar wederpartij voor een gronduitgifteovereenkomst kiest; de enige uitzondering daarop zou dan zijn als het Europese aanbestedingsrecht van toepassing is. In dit onderzoek wordt bezien of deze gedachte juist is of dat toch een algemene verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat. Daartoe zal de volgende onderzoeksvraag worden beantwoord:

Voorziet het huidige recht in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen, en, voor zover dat niet het geval is, kan die verplichting alsnog in het huidige recht worden erkend of is daarvoor wetswijziging vereist?

Onder het ‘huidige recht’ wordt hier verstaan het positieve recht, bestaande uit wetgeving (inclusief verdragen) en jurisprudentie, alsook de daarin erkende rechtsbeginselen; de doctrine wordt hier derhalve niet als zelfstandige rechtsbron gezien. De ‘Nederlandse overheden’ zijn behalve de rijksoverheid ook de provincies, gemeenten en waterschappen. Zoals gezegd, gaat het hierbij enkel om gronduitgifte als instrument om te komen tot de inrichting van de ruimte doordat de wederpartij van de overheid op die grond werken uitvoert. Verder betekent bovenstaande onderzoeksvraag een beperking van het onderzoek tot het al dan niet bestaan van een verplichting in rechte. Als gevolg hiervan blijft buiten beschouwing de vraag wanneer het doelmatig of anderszins wenselijk kan zijn voor de overheid om gelijke kansen te bieden.⁷⁸ Ook is het onderzoek beperkt tot de juridische aspecten van gronduitgifte voor zover die van invloed zijn op het bieden van gelijke kansen. Andere juridische aspecten waar een overheid mee te maken heeft bij gronduitgifte, zoals (het vermijden van) staatssteun en het mededingingsrecht, komen hier dus niet aan de orde.⁷⁹

Aangezien dit onderzoek, zoals zal blijken, betrekking heeft op Europees en Nederlands recht, wordt met ‘alle’ potentiële wederpartijen bedoeld al deze partijen in de lidstaten van de Unie. Voor potentiële wederpartijen uit derde landen geldt namelijk grotendeels een ander regime, dat hier verder buiten beschouwing blijft. Verder wordt nog benadrukt dat de focus bij de beantwoording van de onderzoeksvraag zal liggen op de eerste stap van het bieden van gelijke kansen, oftewel op

78 De doelmatigheid speelt evenwel een beperkte rol bij de uitzonderingen op het bieden van gelijke kansen, voor zover het de (wan)verhouding tussen de transactiekosten en de aard en omvang van de overeenkomst betreft, alsook als aanvullend argument om gelijke kansen te bieden (zie paragraaf 12.6). Zie over de openbare aanbesteding als doelmatig gebruik van overheidsmiddelen: Manunza 2010. Zie over de noodzaak van openbare aanbesteding vanuit economisch perspectief Trepte 2004, hoofdstuk 2. Negatiever over de doelmatigheid van aanbesteden zijn Kamminga & Smits 2012.

79 Staatssteun komt nog wel kort ter sprake als aanvullend argument om gelijke kansen te bieden (zie paragraaf 12.6). Zie over dergelijke aspecten Hessel 2011b (in het bijzonder op p. 263).

de bekendmaking van de mogelijkheid om wederpartij van de overheid te worden. Zoals hierna zal blijken, is het bovendien juridisch vaak nog onduidelijk in welke omstandigheden deze eerste stap verplicht is.

Bovenstaande onderzoeksvraag valt eenvoudig op te delen in de volgende twee subvragen, die ieder in een afzonderlijk deel van dit onderzoek zullen worden beantwoord (respectievelijk deel A en B):

1. *Voorziet het huidige recht in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen?*
2. *Voor zover het huidige recht niet voorziet in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen, kan die verplichting dan alsnog in het huidige recht worden erkend of is daarvoor wetswijziging vereist?*

Voordat tot beantwoording wordt overgegaan, volgt eerst nog een toelichting op beide subvragen.

1.3.1 Subvraag 1: Bieden van gelijke kansen in het huidige recht

Voor de beantwoording van de eerste subvraag is allereerst relevant of het huidige recht een expliciete verplichting bevat voor overheden om gelijke kansen te bieden bij alle vormen van gronduitgifte. Met ‘expliciete verplichting’ wordt bedoeld dat in de wetgeving of in de jurisprudentie expliciet is bepaald dat overheden verplicht zijn gelijke kansen te bieden bij gronduitgifte. Voor zover deze expliciete verplichting kan worden vastgesteld, is duidelijk dat de overheid de hier gewenste gelijke kansen moet bieden, zodat niet verder behoeft te worden gezocht naar een impliciete verplichting (zie de volgende paragraaf).

Aan de onderzoeksvraag ligt de veronderstelling ten grondslag dat van een dergelijke expliciete verplichting vooralsnog geen sprake is; dit zal zekerheidshalve worden getoetst in Onderdeel A1 – Gronduitgifte. Zou die veronderstelling immers onjuist zijn, dan geldt voor iedere gronduitgifte door de overheid een verplichting om gelijke kansen te bieden en is de onderzoeksvraag daarmee reeds beantwoord.

Ervan uitgaande dat voor gronduitgifte als zodanig inderdaad geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat, is vervolgens relevant in welke gevallen gronduitgifte inhoudt dat de overheid een opdracht voor werken verstrekt aan haar wederpartij. Voor opdrachtverstrekking bevat het aanbestedingsrecht namelijk verplichtingen die vermoedelijk leiden tot het bieden van gelijke

kansen.⁸⁰ Of dat het geval is en zo ja, in welke omstandigheden, zal worden onderzocht in Onderdeel A2 – Opdrachtverstrekking bij gronduitgifte. Aangezien het aanbestedingsrecht zowel nationaal als Europees betrekkelijk ver is ontwikkeld en daardoor gedetailleerde regels met bijbehorende wetgeschiedenis, jurisprudentie en doctrine kent, zal dit deel van het onderzoek in omvang de andere onderdelen ruimschoots overtreffen.

Opdrachtverstrekking bij gronduitgifte kan relevant zijn voor de interne markt en derhalve een Europese dimensie hebben ('Europese opdrachtverstrekking'),⁸¹ hetgeen meebrengt dat het Europese aanbestedingsrecht van toepassing is. Of en zo ja, in welke gevallen een gronduitgifteovereenkomst onder de reikwijdte van dat Europese aanbestedingsrecht valt, is al lange tijd voorwerp van discussie in de wetenschap en de praktijk.⁸² De voorlopig grootste aanjager van die discussie was het *Auroux/Roanne*-arrest van het Europese Hof van Justitie ('Hof') uit 2007.⁸³ Dit heeft nog tot op heden tot gevolg dat onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de opdrachtverstrekking zoals die in de aanbestedingswetgeving⁸⁴ is gedefinieerd. De relevantie van die reikwijdte is alleen maar toegenomen door de jurisprudentie van het Hof van de afgelopen jaren waarin het ook aanbestedingsverplichtingen aannam voor dergelijke opdrachten die wegens hun waarde of voorwerp buiten de Europese aanbestedingswetgeving vallen.⁸⁵ Meest recentelijk is daar nog bijgekomen de modernisering van de Europese aanbestedingswetgeving, hetgeen moet leiden tot twee nieuwe Europese richtlijnen.⁸⁶ In die voorgestelde richtlijnen wordt beoogd om codificatie van de jurisprudentie van het Hof te combineren met enkele nieuwe elementen. Verder heeft de Commissie de afgelopen jaren een aantal inbreukprocedures gestart omdat zij van mening was dat ten onrechte bij

80 Vanwege de beperking tot overheden gaat het daarbij enkel om het aanbestedingsrecht dat geldt voor de klassieke sectoren en blijft het aanbestedingsrecht voor de nutssectoren – met name Richtlijn 2004/17/EG – hier in beginsel buiten beschouwing.

81 De Europese dimensie wordt nader besproken in paragraaf 4.3.

82 Zie bijvoorbeeld Wedekind 1993; Kenniscentrum PPS, *Handleiding PPS en aanbestedingen*, 2001; Gerretsen, Hamming & Van de Meent 2001; Andriess 2002. Meer recent kan worden gewezen op onder meer Essers 2007; Van 't Hoff 2008; Ritsema van Eck 2009b; 't Hart & Albers 2010; Reijswijzer Gebiedsontwikkeling 2011.

83 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*).

84 In dit onderzoek is gekozen voor de term 'aanbestedingswetgeving' teneinde duidelijk onderscheid aan te brengen met zowel *soft law* van de Europese Commissie en publicaties van de Nederlandse overheid, als jurisprudentie en literatuur. Strikt genomen zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen en (bijvoorbeeld) het Bao evenwel geen wetten zoals bedoeld in de Grondwet (art. 81 e.v.).

85 Te weten: concessieovereenkomsten voor diensten, overheidsopdrachten voor B-diensten en onderdrempelige overheidsopdrachten. Zie hierover verder hoofdstuk 4.

86 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), COM(2011) 896 def. en Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten (Commissievoorstel Concessierichtlijn), COM(2011) 897 def.

gronduitgifte niet Europees was aanbesteed; meerdere van deze procedures waren tegen Nederland gericht, waarvan er één op dit moment voorligt bij het Hof.⁸⁷ Tegen deze achtergrond bestaat momenteel behoefte aan een grondige analyse van de reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht ten aanzien van gronduitgifte, aan de hand waarvan duidelijkheid kan worden gegeven over de daaruit voortvloeiende verplichtingen om bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden.

Ontbreekt de Europese dimensie en is daardoor sprake van nationale opdrachtverstrekking, dan geldt het Europese recht niet, maar zou op grond van het zuiver nationale⁸⁸ aanbestedingsrecht een verplichting kunnen bestaan om gelijke kansen te bieden. In het kader van de recentelijk aangenomen Aanbestedingswet 2012 is de discussie opgelaaid over de wenselijkheid en invulling van zuiver nationale aanbestedingswetgeving.⁸⁹ In navolging van de Europese opdrachtverstrekking moet dan ook worden onderzocht of het (aanstaande) Nederlandse recht een expliciete verplichting bevat voor het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt.

1.3.2 Subvraag 2: Gelijke kansen voor alle gronduitgifte

De beantwoording van de eerste subvraag zal waarschijnlijk meebrengen dat niet voor alle typen gronduitgifteovereenkomsten een *expliciete* verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat. Dit geldt dan in het bijzonder voor gronduitgifte die weliswaar opdrachtverstrekking inhoudt, maar waarvoor niettemin geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat, alsmede voor alle gronduitgifte die geen opdrachtverstrekking inhoudt, oftewel ‘zuivere gronduitgifte’.

Voor die gevallen kan niettemin *impliciet* een verplichting tot het bieden van gelijke kansen in het huidige recht besloten liggen. Daarmee wordt bedoeld dat het huidige recht voldoende basis vormt voor de Nederlandse of Europese rechter om een dergelijke verplichting te erkennen, alsook voor de wetgever om die verplichting te codificeren. Een impliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen kan op twee niveaus worden gevonden, te weten naar Europees en naar nationaal recht. De erkenning van een dergelijke verplichting naar Europees recht zou evenwel geen invloed hebben op gronduitgifte zonder Europese dimensie. Omgekeerd geldt deze beperking niet: een nationaalrechtelijke verplichting geldt onafhankelijk van de al dan niet Europese dimensie van de gronduitgifte. Het bestaan van deze verplichting op beide niveaus wordt onderzocht in Deel B. Daarbij wordt ook ingegaan op de mogelijke uitzonderingen op die verplichting.

87 Het betreft de inbreukprocedure ‘Doornakkers’ over een gebiedsontwikkeling in Eindhoven.

88 Dat wil zeggen: het Nederlandse recht voor zover dat niet strekt tot implementatie van het Europese recht.

89 Zie met name Hebly, Manunza & Scheltema 2010.

In het Europese recht kan mogelijk een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij deze overige vormen van gronduitgifte worden gevonden in het verlengde van de erkenning door het Hof van een dergelijke verplichting bij een steeds grotere groep van schaarse publieke rechten en overeenkomsten. Oorspronkelijk was het bieden van gelijke kansen enkel expliciet verplicht bij opdrachtverstrekking die onder de Europese aanbestedingswetgeving valt.⁹⁰ Zoals gezegd, breidde het Hof dit vervolgens uit tot opdrachtverstrekking buiten die wetgeving.⁹¹ Recentelijk heeft het Hof deze uitbreiding voortgezet door het bieden van gelijke kansen ook te verplichten bij de verlening van bepaalde schaarse vergunningen.⁹² Of deze verplichtingen ook zuivere gronduitgifte kunnen omvatten is vooralsnog onzeker, al bestaan daar wel aanwijzingen voor. De grondslag voor de door het Hof ingezette uitbreiding is namelijk het waarborgen van de vrij-verkeerbepalingen in (thans) het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VwEU'), die vereisen dat de overheid ondernemingen uit andere lidstaten gelijk behandelt ten opzichte van nationale ondernemingen. De gedachte daarbij is dat zonder gelijke kansen te bieden, van een dergelijke gelijke behandeling geen sprake is. Hetzelfde gevaar doet zich voor bij zuivere gronduitgifte met een Europese dimensie, zodat onderzocht moet worden of – in lijn met het voorgaande – het VwEU daarbij verplicht tot het bieden van gelijke kansen.

Het Nederlandse recht biedt eveneens een mogelijke grondslag voor gelijke kansen bij alle overige vormen van gronduitgifte. Naar nationaal recht moeten overheden bij gronduitgifte namelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Dit kan gevolgen hebben voor de wijze waarop de overheid haar wederpartij mag kiezen. Zo zou daardoor bovenstaande redenering van het Hof naar analogie kunnen worden toegepast: zonder gelijke kansen te bieden is ongelijke behandeling niet uit te sluiten (al zou het dan niet slechts gaan om gelijke behandeling naar nationaliteit). Daarnaast is wellicht ruimte voor een analoge toepassing van de nationale jurisprudentie die gaat over schaarse vergunningen en ontheffingen. Daarbij lijkt de rechter – op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – een verplichting tot het bieden van gelijke kansen aan te nemen. In aanvulling hierop zijn in de literatuur ook pleidooien te vinden voor een dergelijke verplichting. Eerder (uitgebreid) onderzoek naar het bestaan van een nationaalrechtelijke verplichting om gelijke kansen te bieden bij gronduitgifte, ontbreekt echter. Dit alles noopt tot nader onderzoek naar een dergelijke verplichting bij nationale gronduitgifte.

Uit het resultaat van het bovenstaande zal blijken in hoeverre erkenning van een impliciete verplichting om gelijke kansen te bieden bij gronduitgifte in het huidige recht mogelijk is. Naar aanleiding van de beantwoording van beide subvragen kan

90 Zie hoofdstuk 3.

91 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 mei 2002, zaak C-358/00 (*Duitse Bibliotheek*); zie verder hoofdstuk 4.

92 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*).

vervolgens in de eindconclusie de centrale onderzoeksvraag worden beantwoord. Daarbij kunnen dan ook aanbevelingen worden gedaan, zowel ter verduidelijking van het huidige recht als ter versterking van de verplichting tot bieden van gelijke kansen, voor zover daar gezien het voorgaande onderzoek behoefte aan bestaat.

1.3.3 Onderzoeksmethode

Voor de beantwoording van bovenstaande vragen is onderzoek gedaan naar wetgeving, jurisprudentie, publicaties van de overheid en literatuur. Dit onderzoek betreft hoofdzakelijk het beschrijven, nader duiden ('definiëren') en evalueren van het huidige recht in het licht van de hier wenselijk geachte gelijke kansen. In deel B wordt daaraan toegevoegd het ontwerpen van de erkenning van een impliciete verplichting om gelijke kansen te bieden.

Het onderzoek omvat twee niveaus: het Europese en het Nederlandse recht. De keuze voor het Nederlandse recht vloeit rechtstreeks voort uit de keuze voor Nederlandse overheden in de onderzoeksvraag. Voor het Europese recht geldt dat het op het onderhavige terrein een voortrekkersrol heeft, althans in het huidige recht. De belangrijkste oorzaak hiervan is ongetwijfeld dat de Europese rechtsorde voorrang heeft boven de Nederlandse. Maar daarnaast zal ook blijken dat de huidige Nederlandse aanbestedingswetgeving in hoofdzaak (slechts) een kopie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is en dat het Europese Hof verantwoordelijk was voor een groot aantal relevante rechtsontwikkelingen.

In aanvulling op het onderzoek naar het Europese en Nederlandse recht zal een enkele keer worden verwezen naar het recht in andere, nabijgelegen lidstaten of naar interpretaties van het Europese recht vanuit die lidstaten. Met deze verwijzingen wordt nadrukkelijk geen volledige rechtsvergelijking beoogd; zij zijn slechts opgenomen ter verduidelijking of ondersteuning van bepaalde argumenten.

Voor het onderzoek naar de Europese wetgeving en inbreukprocedures is gebruik gemaakt van de transparantie die de Europese instellingen betrachten ten aanzien van hun eigen documenten; vele relevante stukken werden langs die weg verkregen.

DEEL A – EXPLICIETE VERPLICHTING TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN

In dit eerste deel wordt onderzocht in hoeverre het huidige recht voorziet in een expliciete verplichting voor de overheid om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst met het oog op de uitvoering van werken door de private wederpartij. Daartoe zal allereerst worden getoetst of het huidige recht inderdaad geen algemene expliciete verplichting bevat om gelijke kansen te bieden zodra de overheid een gronduitgifteovereenkomst met een marktpartij sluit, ongeacht de wijze waarop die gronduitgifte wordt vormgegeven (Onderdeel A1). Vervolgens wordt onderzocht of de overheid gelijke kansen moet bieden als het sluiten van de gronduitgifteovereenkomst inhoudt dat zij een opdracht voor het uitvoeren van werken verstrekt aan haar wederpartij (Onderdeel A2). Dit deel wordt afgesloten met een conclusie (hoofdstuk 10).

ONDERDEEL A1 – GRONDUITGIFTE

Als een overheid een overeenkomst sluit met een marktpartij om aan die laatste een stuk grond te verkopen, in erfpacht uit te geven, te verhuren, of op wat voor manier dan ook uit te geven, wordt algemeen aangenomen dat deze gronduitgifte als zodanig naar het huidige recht nog onvoldoende is om een verplichting voor die overheid in het leven te roepen om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen voor die overeenkomst. In dit onderdeel worden getoetst of een expliciete verplichting daartoe inderdaad ontbreekt.

Hoofdstuk 2

Geen expliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen

Achtereenvolgens wordt in het navolgende onderzocht of het Europese recht (paragraaf 2.1) respectievelijk het Nederlandse recht (paragraaf 2.2) expliciet voorziet in een verplichting voor de overheid om bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Met andere woorden, of in de Europese en Nederlandse wetgeving en jurisprudentie een verplichting is opgenomen voor de overheid om bij gronduitgifte zorg te dragen voor een voorafgaande openbare bekendmaking, gevolgd door een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek.

2.1 EUROPEES RECHT

In 1957 hebben België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) vastgesteld. Dit verdrag vormde de basis voor het aanbestedingsrecht, zoals dat hierna in Onderdeel A2 zal worden besproken. Voor dit hoofdstuk is van belang dat het EEG-Verdrag voorzag in een geleidelijke verwezenlijking van de vrijheid van vestiging.¹ De Raad en de Commissie dienden daartoe een algemeen programma op te stellen voor de opheffing van de bestaande beperkingen op die vrijheid. Bovendien konden zij ter verwezenlijking van de vrijheid van vestiging richtlijnen vaststellen. Op grond van het EEG-Verdrag dienden zij in het kader van deze bevoegdheden taken uit te voeren, onder meer:²

“door de verwerving en de exploitatie mogelijk te maken van op het grondgebied van een Lid-Staat gelegen grondbezit door een onderdaan van een andere Lid-Staat, voor zover de beginselen van artikel 39, lid 2, niet worden aangetast (...)”.

Deze bepaling is gehandhaafd in de opvolgers van het Verdrag en is terug te vinden als artikel 50 lid 2 sub e van het huidige VwEU. De beginselen van artikel 39 lid 2 waarnaar de bepaling verwijst, hebben betrekking op het gemeenschappelijk landbouwbeleid en de bijzondere aard van het landbouwbedrijf en de landbouwsector.

1 Art. 52 e.v. EEG-Verdrag.

2 Art. 54 lid 3 sub e EEG-Verdrag.

Op basis van deze taakomschrijving is denkbaar dat de Raad en de Commissie in Europese wetgeving zouden verankeren dat potentiële wederpartijen uit andere lidstaten de (gelijke) kans moet worden geboden om in aanmerking te komen voor een gronduitgifteovereenkomst. Op die manier zouden die potentiële wederpartijen namelijk grond kunnen verwerven en exploiteren, zoals bedoeld in het EEG-Verdrag. Zo ver is het evenwel (nog) niet gekomen. Wel is het verwerven en exploiteren van grond teruggekomen in de algemene programma's voor de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten die de Raad op 18 december 1961 vaststelde.³ Daarin was opgenomen dat een einde moest komen aan discriminatie naar nationaliteit, onder meer voor zover dat het gevolg was van bepalingen en handelwijzen die de bevoegdheden van vreemdelingen om de rechten uit te oefenen die gewoonlijk aan het verrichten van een werkzaamheid zijn verbonden, uitsluiten, beperken, of aan voorwaarden onderwerpen. Als voorbeeld van een dergelijke bevoegdheid die niet voor vreemdelingen mag worden beperkt, noemt het algemene programma de bevoegdheid om "roerende en onroerende goederen en rechten te verwerven, te gebruiken of te vervreemden".

De vrijheid om grond te verwerven in een andere lidstaat is vervolgens echter niet uitgewerkt in richtlijnen. Als gevolg daarvan is de verplichting om beperkingen daaraan voor partijen uit andere lidstaten op te heffen, nooit verder in wetgeving geconcretiseerd dan de ruime bewoordingen uit bovengenoemde algemene programma's. Er bestaat dan ook geen Europese wetgeving die de overheid expliciet verplicht bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.⁴

Het bieden van gelijke kansen bij de verkoop van grond door de overheid speelde nog wel een rol in een mededeling van de Commissie uit 1997 waarin zij een richtsnoer geeft om bij dergelijke verkoop staatssteun te vermijden.⁵ Volgens de Commissie is namelijk geen sprake van staatssteun als de verkoop verloopt via een "open en onvoorwaardelijke biedprocedure die voldoende openbaar is gemaakt", aangezien dat vergelijkbaar is met een veiling, waarbij het beste of enige bod per definitie met de marktwaarde overeenstemt. De biedprocedure is voldoende openbaar gemaakt als daaraan gedurende een lange periode herhaaldelijk bekendheid is gegeven in media die zijn afgestemd op de groep potentiële kopers. Met

3 Algemeen Programma Vestiging, *PbEG* 15 januari 1962, p. 36 en het Algemeen Programma Diensten, *PbEG* 15 januari 1962, p. 33.

4 Wellicht heeft daarbij een rol gespeeld dat sinds het EEG-Verdrag uit 1957 is bepaald dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat (zie thans art. 345 VwEU). Zoals in paragraaf 11.5 zal blijken, staat deze bepaling echter niet in de weg aan de ontwikkeling van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten en zou deze bepaling dus ook geen beperking hebben mogen vormen om de vrijheid om grond te verwerven in een andere lidstaat uit te werken in Europese wetgeving.

5 Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties*, *PbEG* 1997, C-209/3.

‘onvoorwaardelijk’ bedoelt de Commissie dat iedereieder in principe in aanmerking moet komen om de grond te kunnen kopen, ongeacht of deze een bedrijf heeft en ongeacht de aard van dat bedrijf. Door een dergelijke biedprocedure te volgen, biedt de overheid gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen voor de gronduitgifteovereenkomst. Hoewel dit weliswaar ertoe zal leiden dat geen sprake is van staatssteun, is het niet de enige weg om staatssteun te vermijden⁶ en is het bieden van gelijke kansen dus ook niet vanuit het oogpunt van staatssteun verplicht.

In de jurisprudentie van het Hof is de verwezenlijking van het vrij verkeer een aantal keer aan de orde gekomen in het kader van (discriminerende) voorwaarden met betrekking tot het bezit of de verwerving van grond.⁷ Daarbij heeft het Hof verwezen naar bovenstaande bepalingen uit het EEG-Verdrag en de algemene programma’s. De gevolgen die deze jurisprudentie voor gronduitgifte kan hebben, komen in deel B uitgebreid aan de orde.⁸ Voor nu is echter enkel van belang vast te stellen dat het Hof in geen van deze arresten aan de overheid de expliciete verplichting heeft opgelegd om gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken en vervolgens een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzings-sytematiek te doorlopen.⁹

Uit het voorgaande blijkt dat hoewel de basis daarvoor aanwezig is, het (huidige) Europese recht geen expliciete verplichting bevat voor overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden.

2.2 NEDERLANDS RECHT

Lange tijd bevatte de Nederlandse wet het uitgangspunt dat als een bepaalde overheid grond wilde verkopen of in gebruik wilde geven, zij daarbij in zekere zin gelijke kansen moest bieden aan haar potentiële wederpartijen. Dit gold voor respectievelijk de rijksoverheid en gemeenten en zal hieronder worden toegelicht.

2.2.1 Rijksoverheid

In 1848 werd de eerste Nederlandse Domeinenwet vastgesteld en gepubliceerd in het Staatsblad.¹⁰ Op grond van deze wet werden alle wetten en wettelijke ver-

6 Zo geeft de mededeling zelf al aan dat ook door middel van voorafgaande taxatie staatssteun kan worden uitgesloten.

7 Zie met name HvJ EG 6 november 1984, zaak 182/83 (*Fearon*), HvJ EG 30 mei 1989, zaak 305/87 (*Commissie/Griekenland*), HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*), HvJ EG 5 maart 2002, gevoegde zaken C-515/99, C-519/99 t/m C-524/99 en C-526/99 t/m C-540/99 (*Reisch*) en HvJ EG 23 september 2003, zaak C-452/01 (*Ospelt*).

8 Zie hoofdstuk 11.

9 Zoals het Hof dat wel deed bij opdrachtverstrekking buiten de aanbestedingswetgeving en bij bepaalde schaarse vergunningen; zie paragraaf 1.3.2.

10 Zie *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 5.

ordeningen van het Franse bewind over “den openbaren verkoop van ’s Lands Domeinen” ingetrokken, al was het voor de regering destijds onduidelijk welke wetten en verordeningen dat precies waren.¹¹

De Domeinenwet bevatte het volgende uitgangspunt:

“Alle de vervreembare Domeinen van den Staat worden voortdurend in het openbaar verkocht.”

De voorwaarden voor die openbare verkoop waren slechts summier in de wet opgenomen.¹² Zo moesten percelen dadelijk worden toegewezen indien de geboden som met de berekende verkoopwaarde overeenkwam of die te boven ging. Verder moest de koopprijs uiterlijk binnen zes jaar worden betaald (met rente), werden de percelen verkocht vrij van lasten en diende de koper een soort ‘kosten koper’ te betalen van 5% van de koopsom. De wet zelf vermeldt niets over de voorafgaande aankondiging van de verkoop. De Kamercommissie die het wetsvoorstel onderzocht, stelde daarover niettemin het volgende:¹³

“Men verlangt, dat niet alleen ter plaatse waar de verkoop zal geschieden, maar dat ook in die, in welker nabijheid de te veilen goederen zijn gelegen, de voorwaarden van den verkoop *tijdig* ter kennis van het algemeen zullen gebragt worden.”

Aangezien deze opmerking niet tot verdere discussie heeft geleid in de totstandkomingsgeschiedenis, moet worden aangenomen dat de openbare verkoop tijdig van tevoren moest worden bekendgemaakt in de omgeving van het verkochte. Gezien de benaming ‘openbare’ verkoop en de opmerking dat de voorwaarden ter kennis ‘van het algemeen’ moeten worden gebracht, is bovendien te verwachten dat iedereen die dat maar wilde een poging kon doen de betreffende grond te kopen. Gelet hierop, kan worden geconcludeerd dat de Domeinenwet de rijksoverheid verplichtte bij grondverkoop gelijke kansen te bieden aan haar potentiële wederpartijen, met dien verstande dat het minimale bereik van de voorafgaande bekendmaking relatief beperkt was.

Op het uitgangspunt van openbare verkoop noemt de wet evenwel twee typen uitzonderingen, in welke gevallen onderhands mocht worden vervreemd, krachtens machtiging van de Kroon. Ten eerste was uitzondering mogelijk als de waarde van het verkochte slechts zeer gering was.¹⁴ Ten tweede behoefde geen openbare

11 Wet van den 29sten Augustus 1848, omtrent den verderen verkoop van Domeinen, Stb. 1848, 39 (Domeinenwet 1848).

12 Art. 1 lid 2 Domeinenwet 1848, Stb. 1848, 39.

13 *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 4. Cursivering is reeds aanwezig in het origineel.

14 Letterlijk: “goederen waarvan de huur, pacht of opbrengst, over de tien laatste jaren gemiddeld zuiver, minder dan f 20 ’s jaars, en de geschatte koopwaarde, minder dan f 500 bedraagt;” Naar huidige prijspeil gaat het dan om minder dan circa € 197,- respectievelijk € 4.900,-; bron: <www.iisg.nl/hpw> (laatst bezocht op 26 oktober 2012).

verkoop te worden gevolgd als het verkochte bestond uit meren, moerassen en dergelijke, mits de verkoop strekte tot bevordering van droogmakerijen, inpolderingen, indijkingen of landaanwinningen.

Deze mogelijkheden tot onderhandse verkoop leidden bij de totstandkoming van de wet tot de nodige discussie. Enkele leden van de Tweede Kamer zagen er namelijk “meer waarborg in, dat alles, zonder onderscheid, in het openbaar worde verkocht; dan alleen is men zeker dat de hoogst mogelijk prijs wordt bedongen en dat alle gunst wordt uitgesloten”.¹⁵ Zo bestond de vrees dat men door splitsing of verhuring in kleine percelen veel onder de uitzonderingscategorie zou kunnen brengen. De regering antwoordde dat ook zij het hoogst wenselijk zou achten de openbaarheid van de verkoop van domeinen tot onveranderlijke regel (dat wil zeggen: zonder uitzonderingen) te stellen.¹⁶ Niettemin meende zij dat zulks niet in het belang van de schatkist zou zijn, aangezien in dat geval dikwijls de opbrengst van de verkoop de kosten van de veiling niet goed zou maken. Zij stelde zich overigens voor slechts spaarzaam gebruik te maken van deze uitzonderingsmogelijkheid.¹⁷ Verder deelde de regering de vrees voor splitsing niet, aangezien een dergelijke splitsing niet geheim zou kunnen blijven maar tot uiting zou komen in de financiële verantwoording van de opbrengst van de verkochte domeinen, die een opgave van de gedane verkopen bevat. Hoewel de wet uiteindelijk ongewijzigd en dus inclusief de uitzonderingsmogelijkheden is aangenomen, waren daarmee niet de twijfels van alle commissieleden weggenomen.¹⁸

Domeinenwet 1952

In 1952 is de Domeinenwet 1848 – die sindsdien enkele malen was gewijzigd – vervangen door de Domeinenwet 1952.¹⁹ Het grote verschil was dat de nieuwe Domeinenwet meer ruimte bevatte voor uitzonderingen op het uitgangspunt van openbare verkoop. Volgens de minister was openbare verkoop namelijk dikwijls ongewenst en was een ruimere uitzonderingsmogelijkheid daarom wenselijk. Hij lichtte dit als volgt toe:²⁰

“Veelal is het met het oog op het algemene belang, of om landbouweconomische redenen, dan wel uit overwegingen van billijkheid of ten einde onnodige hardheid te voorkomen, gewenst aan een bepaalde gegadigde te verkopen. Zo kan worden gewezen b.v. op verkopen aan publiekrechtelijke lichamen, op vervreemding van wegoverhoeken en andere verspreid liggende stukken grond aan

15 *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 4.

16 *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 5.

17 *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 3.

18 *Kamerstukken II* 1847/48, LX, nr. 6: “Men blijft nog vreezen, dat dit artikel aanleiding tot te groote uitbreiding van vervreemdingen onder ’s hands zou kunnen geven, bijv. van goederen die jaren te laag verhuurd zijn.”

19 Wet van 24 januari 1952, houdende enige bepalingen omtrent de domeinen, Stb. 1952, 37 (Domeinenwet 1952).

20 *Kamerstukken II* 1951/52, 2349, nr. 3.

de gebruikers, op verkoop van panden aan hen, die in die panden hun bedrijf, handel of nering hebben.”

In lijn daarmee werd het nieuwe uitgangspunt van de Domeinenwet: “Behoudens ingeval van openbare verkoop is Onze goedkeuring vereist, indien zaken worden vervreemd, waarvan de verkoopwaarde meer dan f 40.000,- bedraagt.”²¹ Met andere woorden: openbare verkoop is vereist, tenzij de waarde minder bedraagt dan f 40.000,- (naar huidig prijspeil circa € 135.000,-),²² of tenzij goedkeuring van de Kroon is verkregen. Uit bovenstaande toelichting volgt dat deze goedkeuring zou worden verleend als zich bijzondere omstandigheden voordoen die afwijking van het uitgangspunt van openbare verkoop rechtvaardigen.

De hoogte van de drempelwaarde stuitte op weerstand in de Tweede Kamer.²³ Vele Kamerleden hadden ernstig bezwaar daartegen en gaven er de voorkeur aan om aan te sluiten bij de grens van f 10.000,- zoals die voorkwam in de Domeinenwet 1848, na wijziging bij wet van 8 april 1937. De minister was evenwel van mening dat in dat geval “in een te groot aantal gevallen voor weinig belangrijke vervreemdingen een beroep op de medewerking van het Staatshoofd zou moeten worden gedaan”.²⁴ De grens van f 40.000,- is uiteindelijk in de wet gehandhaafd.

Einde van de Domeinenwet

De Domeinenwet 1952 is ingetrokken bij de Comptabiliteitswet 1976.²⁵ De bepalingen met betrekking tot de vervreemding van onroerend goed zijn toen vervangen door bepalingen in die Comptabiliteitswet, waarbij het uitgangspunt van de openbare verkoop is verdwenen.²⁶ De memorie van toelichting zwijgt over het schrappen van de openbare verkoop.²⁷ De staatssecretaris gaf daarin enkel aan dat “de eis van koninklijke machtiging voor de genoemde rechtshandelingen vanaf een bepaald bedrag niet is behouden”. De betrokken minister (de minister van Financiën) zou de gewenste waarborgen kunnen verzekeren, aldus de toelichting.

21 Art. 1 lid 2 Domeinenwet 1952, Stb. 1952, 37.

22 Bron: Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis, <<http://www.iisg.nl/hpw>> (laatst bezocht op 9 augustus 2012).

23 *Kamerstukken II* 1951/52, 2349, nr. 4.

24 *Kamerstukken II* 1951/52, 2349, nr. 5.

25 Wet van 8 december 1976, houdende regeling van het beheer van 's-Rijks financiën (Comptabiliteitswet 1976), Stb. 1976, 671, art. 94. De Comptabiliteitswet 1927 bevatte enkel een indirecte verwijzing naar de Domeinenwet 1848. In art. 29 lid 1 is bepaald: “Ten aanzien van de verkoop van onroerende zaken worden bij de wet regelen gesteld.” Uit de MvT blijkt dat daarmee de Domeinenwet 1848 is bedoeld.

26 Wat resteerde was het volgende art. 38 lid 1 Comptabiliteitswet 1976: “Tenzij bij of krachtens de wet anders is bepaald, worden overeenkomsten tot vervreemding van onroerende zaken en ter beëindiging van geschillen omtrent rechten op onroerende zaken gesloten door of namens Onze Minister van Financiën.”

27 *Kamerstukken II* 1973/74, 13 037, nr. 3. Ook elders in de betreffende kamerstukken ben ik geen enkele opmerking daarover tegengekomen.

Daarmee kwam een einde aan het wettelijke uitgangspunt van openbare grondverkoop door de rijksoverheid, zoals dat sinds 1848 gold.

Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen

Volledigheidshalve wordt nog gewezen op de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen.²⁸ Deze wet verplicht de rijksoverheid tot openbare veiling van locaties voor tankstations langs de wegen die in het beheer van het Rijk en in eigendom van de rijksoverheid zijn.²⁹ Met de winnaar van de veiling sluit de rijksoverheid dan een huurovereenkomst voor de betreffende grond. Op verzoek van de winnaar kan de grond ook aan hem in erfpacht worden uitgegeven. Doorgaans zal op de grond evenwel reeds een tankstation aanwezig zijn, zodat de gronduitgifte niet primair gericht is op de inrichting van de ruimte.³⁰

2.2.2 Provincies en gemeenten

Een verplichting tot openbare verkoop zoals die voor de rijksoverheid gold op grond van de Domeinenwet 1848 vond geen navolging in de daaropvolgende Provinciewet en Gemeentewet. In 1850 werd de Provinciewet vastgesteld.³¹ Daarin was ten aanzien van het kopen, ruilen of vervreemden van provinciale eigendommen enkel vermeld dat daarvoor goedkeuring van de Kroon was vereist. Dit goedkeuringsvereiste was opgenomen uit “voorzorg tegen het nemen van onbedachte besluiten, die de provincie zeer zouden kunnen benadelen, en voor de toekomst aan drukkende verplichtingen onderwerpen”.³² Tijdens de totstandkoming van de Provinciewet werd in de Tweede Kamer nog tevergeefs gepleit voor invoering van een drempelwaarde, waaronder goedkeuring niet nodig was.³³ Voor verhuur van provinciale eigendommen was goedkeuring in het geheel niet vereist.³⁴ De Provinciewet en de toelichtingen daarop vermelden echter niets over de wijze waarop de vervreemding of verhuur van provinciale eigendommen moest plaatsvinden.³⁵

Een jaar later, in 1851 volgde de vaststelling van de Gemeentewet.³⁶ Daarin is opgenomen dat het vervreemden van gemeente-eigendommen behoort tot de be-

28 Stb. 2005, 324.

29 Art. 5 jo. 2 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen.

30 Zie art. 4 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen, op grond waarvan de Staat na afloop van de huurovereenkomst aan de huurder de waarde van de gebouwen, werken en beplantingen, die de huurder op de locatie heeft achtergelaten, moet vergoeden.

31 Wet van 6 juli 1850 ‘regelende de zamenstelling en magt van de provinciale staten’, Stb. 1850, 39 (Provinciewet 1850).

32 *Kamerstukken II* 1849/50, XXVIII, nr. 3, p. 275.

33 *Kamerstukken II* 1849/50, XXVIII, nr. 4.

34 Art. 154 Provinciewet 1850.

35 *Kamerstukken II* 1849/50, XXVIII, nr. 3.

36 Wet van 29 juni 1851 ‘regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen’, Stb. 1851, 85 (Gemeentewet 1851).

voegdheid van de gemeenteraad.³⁷ Voor het vervreemden was evenwel voorafgaande goedkeuring van gedeputeerde staten vereist.³⁸ Dit goedkeuringsvereiste werd als volgt toegelicht:³⁹

“De Grondwet wil, dat het vermogen der gemeente tegen onbedachtzaamheid, verzuim of misbruik van het besturend personeel worde beschermd. Van daar een hooger toezigt, gelijk op den voogd van de minderjarige, op zoodanige handelingen van den Raad, waardoor de gemeente soms voor eene lange toekomst wordt verbonden, of haar belang, ten gevolge eener ogenblikkelijke willekeur of onberadenheid van een niet altijd even gelukkig zamengesteld college, kon worden benadeeld.”

Kennelijk werd het niet nodig geacht om op te nemen dat bij de vervreemding door de gemeenteraad de openbare verkoop het uitgangspunt was, maar was goedkeuring in alle gevallen vereist (dus ook bij openbare verkoop). Dit was anders als de gemeenteraad gebruik wilde maken van zijn bevoegdheid tot het verhuren, verpachten of op andere wijze in gebruik geven van gemeente-eigendommen.⁴⁰ De gemeenteraad was bevoegd deze handelingen in het openbaar te verrichten zonder daarvoor enige goedkeuring van hoger gezag te behoeven. Maar, zo stelt de memorie van toelichting, verlangt de raad die met bepaalde personen onderhands te sluiten, “dan komt de waarborg van zoodanige goedkeuring in de plaats van dien eener algemeene mededinging”.⁴¹ Hieruit blijkt dat het uitgangspunt was dat mededinging zou plaatsvinden om in aanmerking te komen voor het gebruik van gemeente-eigendom, zoals grond. Hoewel dat niet noodzakelijkerwijs hetzelfde is als het bieden van gelijke kansen, komt dit uitgangspunt daar wel dicht bij in de buurt. Koos de gemeenteraad daarentegen ervoor om grond onderhands in gebruik te geven, dan had hij daarvoor goedkeuring nodig van gedeputeerde staten.⁴²

Bij de herziening van de Gemeentewet in 1931 is bovenstaande regeling ongewijzigd gebleven.⁴³ De in 1931 herziene Gemeentewet is vervolgens in 1992 ingetrokken bij de nieuwe Gemeentewet.⁴⁴ Deze nieuwe wet bevatte echter geen bepalingen meer met betrekking tot de vervreemding of het in gebruik geven van gemeente-eigendommen. Het verdwijnen van de bepalingen met betrekking tot

37 Wet van 29 juni 1851 ‘regelende de samenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen’, Stb. 1851, 85 (Gemeentewet 1851), art. 137.

38 Art. 194 sub c Gemeentewet 1851.

39 *Kamerstukken II* 1850/51, LXXV, nr. 3.

40 Art. 138 Gemeentewet 1851.

41 *Kamerstukken II* 1850/51, LXXV, nr. 3, p. 395.

42 Zie ook art. 194 sub e Gemeentewet 1851.

43 De geconsolideerde tekst van de herziene Gemeentewet is gepubliceerd in Stb. 1931, 41. De betreffende bevoegdheden van de gemeenteraad zijn daarin opgenomen in art. 171 en 172; de vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten is terug te vinden in art. 228 sub c en e.

44 Art. 286 Wet van 14 februari 1992, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenten (Gemeentewet), Stb. 1992, 96.

de bevoegdheid van de gemeenteraad ten aanzien van gemeente-eigendommen is het gevolg van de keuze om in de nieuwe wet af te zien van een opsomming van bevoegdheden die tot het algemeen en tot het dagelijks bestuur behoren. Volgens de toelichting is daarentegen volstaan met het toekennen van het algemeen bestuur aan de raad en van het dagelijks bestuur aan burgemeester en wethouders.⁴⁵ Het verdwijnen van de vereiste goedkeuring van gedeputeerde staten bij het onderhands in gebruik geven van gemeente-eigendommen is het resultaat van de keuze om het preventieve toezicht door gedeputeerde staten sterk te beperken.⁴⁶ Beide wijzigingen tezamen hebben ertoe geleid dat het uitgangspunt dat mededinging dient plaats te vinden bij het in gebruik geven van grond, sinds 1992 uit de Gemeentewet is verdwenen.

2.2.3 Recent kabinetsbeleid

Aan het begin van deze eeuw lijkt het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte zijn terugkeer te maken. Het kabinet (Paars II) heeft in 2001 namelijk een Nota Grondbeleid vastgesteld, waarin het volgende is opgenomen:⁴⁷

“Wanneer gemeenten zelf grondposities hebben, is het relatief eenvoudig de concurrentie tussen aanbieders te bevorderen door meer gebruik te maken van concessiemodellen, tendersystemen en prijsvragen. In dergelijke systemen krijgen de marktpartijen die het best voldoen aan – een bij voorkeur in overleg met (toekomstige) bewoners – geformuleerd programma van eisen, de opdracht. Het voordeel van openbare aanbesteding is dat prijs en kwaliteit in combinatie goedgekeurd worden. In de praktijk blijkt dit echter niet vaak te gebeuren. Het kabinet wil dat gemeenten meer doen om concurrentie en marktwerking op de ontwikkelingsmarkt te bevorderen. Daarom zal het Rijk, onder meer in het kader van het ISV en de Verstedelijkingsafspraken tot 2010 (herijking Vinac), afspraken maken met gemeenten over de toepassing van tender-achtige systemen bij actief grondbeleid.”

45 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 38.

46 De MvT zegt hierover: “In het algemeen dient preventief toezicht zoveel mogelijk te worden vermeden. (...) Er kunnen zich echter bijzondere gevallen voordoen waarbij het te grote risico’s zou meebrengen indien volstaan zou worden met het algemene repressieve toezicht van de Kroon. Het kwaad kan al geschied zijn en moeilijk of niet terug te draaien door gebruikmaking van het vernietigingsrecht van de Kroon. In deze bijzondere gevallen kan preventief toezicht geboden zijn.”; zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 19. In lijn hiermee is het preventieve toezicht ten aanzien van de gemeente-eigendommen komen te vervallen. Zie hierover de MvT, p. 22: “Voorts is het preventieve toezicht op privaatrechtelijke besluiten (art. 228 van de huidige gemeentewet) geschrapt (...).” In eerste instantie had de regering nog voorzien in een verplichting om besluiten met betrekking tot grondtransacties binnen twee weken aan gedeputeerde staten te zenden, maar daar zag zij later toch vanaf; zie *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 66.

47 Nota Grondbeleid, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 581, nr. 2, p. 55.

Uit deze passage blijkt duidelijk de ambitie om bij gronduitgifte door gemeenten meer concurrentie te bewerkstelligen en dus gelijke kansen te bieden omwille van het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Dit beleid sluit daarmee goed aan bij de in paragraaf 1.2 geformuleerde uitgangspunten van dit onderzoek. Bovenstaande lijn wordt begin 2004 als volgt bevestigd door het Kenniscentrum PPS (onderdeel van het ministerie van Financiën):⁴⁸

“(...) ook als de Europese en nationale aanbestedingsregelgeving niet van toepassing zijn (...) doen overheden er verstandig aan om de selectie in concurrentie te verrichten. Concurrentie en het kunnen vergelijken tussen partijen is het middel bij uitstek om de beste private samenwerkingspartner te kunnen selecteren. Daarnaast stellen burgers en bedrijven steeds hogere eisen aan de overheid, zowel qua zorgvuldigheid als de doelmatige aanwending van belastinggeld. De noodzaak van het organiseren van voldoende transparantie en concurrentie is na de parlementaire enquête over de bouwfraude alleen maar groter geworden. Het is duidelijk dat de vroeger veel voorkomende praktijk om zonder transparant en competitief selectieproces een private partij te verkiezen tot contractpartner, veel risico’s in zich draagt en in de regel niet leidt tot het beste resultaat en daarom niet meer acceptabel is. Anderzijds moet de roep om transparantie en concurrentie er niet toe leiden dat goede initiatieven en plannen van private partijen in de bureaula blijven liggen, omdat er geen kansen meer zouden bestaan om ten behoeve van de realisatie van de plannen te gaan samenwerken met de overheid.”

Later dat jaar komt het kabinet (Balkenende II) hier echter enigszins op terug. Het kabinet had door verschillende partijen laten onderzoeken of er een verplichting moet gelden tot marktselectie in concurrentie voor alle gemeentelijke grond waarop bouwontwikkeling zal plaatsvinden.⁴⁹ Het merendeel van de onderzoeken was daarover positief, zoals blijkt uit onderstaande passage:

“De vervolgonderzoeken van DHV, Metrum B&K en ARCADIS stellen dat het invoeren van een verplichting wenselijk is. Hun argumenten berusten op de stelling dat verplichte marktselectie in concurrentie een duidelijk middel is om de concurrentie op ontwikkelingslocaties te bevorderen. Aangegeven wordt dat van de thans veel gebruikte samenwerkingsmodellen niet alleen marktpartijen maar ook gemeenten profiteren (omdat in de samenwerkingsmodellen veelal ook afspraken gemaakt worden ten aanzien van winstdeling). Er is volgens deze onderzoekers een stok achter de deur nodig om daadwerkelijk tot marktselectie over te gaan. Het algeheel, wettelijk, verplicht stellen van marktselectie in concurrentie is, gezien het voorgaande, volgens Arcadis en DHV noodzakelijk om de concurrentie op ontwikkelingslocaties te bevorderen. Metrum B&K doet een voorstel om te komen tot een vroegtijdige aanwijzing van locaties waar marktselectie in concurrentie zal plaatsvinden.”

48 Kenniscentrum PPS, *Selectie van private partijen bij pps bij gebiedsontwikkeling*, 2004.

49 *Kamerstukken II 2004/05*, 27 581, nr. 19, p. 6 e.v.

Niet alle onderzoekers waren echter zulke duidelijke voorstanders van een verplichting tot marktselectie in concurrentie bij gemeentelijke gronduitgifte. Het Instituut voor Bouwrecht (IBR) en de STEC groep kwamen namelijk tot de conclusie dat invoering van een verplichting onwenselijk is, omdat het een te grote ingreep voor de ontwikkelingspraktijk zou zijn. Mede op basis van deze twee negatieve adviezen koos het kabinet niet voor een verplichting tot marktselectie in concurrentie. Het kabinet erkende daarmee te kiezen voor een andere lijn dan is aangegeven in de Nota Grondbeleid uit 2001. Als argumenten daarvoor voerde zij – samengevat – het volgende aan:

- Het is nog onduidelijk wat in concrete situaties de meest geschikte selectiemethoden en zinvolle toepassingscriteria kunnen zijn.
- Een verplichting tot marktselectie in concurrentie kan leiden tot vertraging bij de realisatie van ontwikkelingslocaties.
- Het kabinet wil geen bestaande overeenkomsten openbreken.
- Het kabinet is uiterst terughoudend met het invoeren van nieuwe, aanvullende regelgeving.
- De betreffende verplichting kan het particulier initiatief en de investeringsbereidheid negatief beïnvloeden.
- Concurrentie behoeft niet automatisch te leiden tot een betere belangenbehartiging van de woonconsument.

In een brief aan de Tweede Kamer uit 2009 verklaarde het kabinet (Balkenende IV) weliswaar dat het concurrentie op ontwikkelingslocaties van belang vindt, maar het rept met geen woord over een eventuele verplichting tot marktselectie in concurrentie.⁵⁰ Hieruit kan worden opgemaakt dat het kabinet destijds nog steeds tegen de invoering van een dergelijke verplichting was. De daaropvolgende kabinetten hebben op dit punt (nog) geen verandering aangekondigd, zodat het vooralsnog kennelijk ontbreekt aan de politieke wil daartoe.⁵¹ Gelet hierop lijkt geen verandering te komen in het huidige gebrek aan expliciete waarborgen dat de overheid bij gronduitgifte gelijke kansen biedt.

2.3 CONCLUSIE

Hoewel de basis voor het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte wel aanwezig is in het Verdrag en ook het verwerven en exploiteren van grond rond 1960 aan de orde is gekomen in het kader van de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten binnen de interne markt, bevat het Europese recht vooralsnog geen expliciete verplichting voor de overheid om bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden. Het Nederlandse recht kende sinds 1848 gedurende lange tijd wel een dergelijke verplichting voor de rijksoverheid, althans voor zover het de verkoop van grond betrof. Voor gemeenten gold sinds 1850 het uitgangspunt dat bij het in gebruik geven van grond (zoals verhuur) mededin-

50 *Kamerstukken II* 2008/09, 27 581, nr. 36, p. 3 en 9.

51 Het regeerakkoord Rutte II van 29 oktober 2012 vermeldt ook niets op dit punt.

ging diende plaats te vinden. Betrekkelijk recent zijn deze nationaal-wettelijke aanknopingspunten voor het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte evenwel verdwenen, zonder dat deze leemte is opgevuld in de jurisprudentie. Uit het kabinetsbeleid van de afgelopen jaren moet worden opgemaakt dat de politieke wil om dat te veranderen vooralsnog ontbreekt.

De conclusie is dan ook dat het huidige Europese en nationale recht niet (meer) voorzien in een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte. De in dit onderzoek wenselijk geachte gelijke kansen worden derhalve niet zonder meer gewaarborgd door de huidige wetgeving en jurisprudentie.

ONDERDEEL A2 – OPDRACHTVERSTREKKING BIJ GRONDUITGIFTE

Uit het vorige onderdeel bleek dat het huidige recht niet expliciet verplicht om gelijke kansen te bieden zodra sprake is van gronduitgifte, ongeacht de wijze waarop die gronduitgifte is vormgegeven. Dit is echter anders indien de gronduitgifte inhoudt dat de overheid een opdracht voor werken verleent aan haar wederpartij. Voor dergelijke opdrachtverstrekking bevat het aanbestedingsrecht namelijk verplichtingen, die hun oorsprong vinden in het beginsel van gelijke behandeling. Als gevolg hiervan is het onderscheid relevant tussen gronduitgifte die opdrachtverstrekking inhoudt (als gevolg waarvan deze onder het aanbestedingsrecht valt) en zuivere gronduitgifte (waarvoor eerder bleek geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen te bestaan). Het ontstaan en de werking van de verplichtingen op grond van het aanbestedingsrecht zullen in dit onderdeel worden uiteengezet. Daarbij wordt ten eerste ingegaan op het bieden van gelijke kansen op grond van de Europese aanbestedingswetgeving (hoofdstuk 3), gevolgd door het bieden van gelijke kansen op grond van het VwEU, voor sommige opdrachten die buiten de Europese aanbestedingswetgeving vallen (hoofdstuk 4); in al deze gevallen is sprake van Europese opdrachtverstrekking. Benadrukt wordt dat hier enkel opdrachten voor werken aan de orde komen; opdrachten voor leveringen en diensten blijven derhalve onbesproken.¹

Niet iedere gronduitgifteovereenkomst houdt opdrachtverstrekking in. Het uitgangspunt is zelfs dat de verkoop,² uitgifte in erfpacht³ en verhuur⁴ van grond als zodanig geen opdracht vormen. Niettemin kan een gronduitgifteovereenkomst meer afspraken bevatten dan bijvoorbeeld de enkele koop- en verkoop van grond. Met name bij de gronduitgifteovereenkomsten zoals die hier centraal staan en waarmee de overheid de uitvoering van werken wil bewerkstelligen, liggen dergelijke aanvullende afspraken voor de hand. Voorbeelden zijn het opleggen van een bouwplicht, het stellen van eisen aan hetgeen gebouwd moet worden en het meedelen in de winst bij verkoop van het gebouwde (het zogenoemde ‘afromen’). In de komende hoofdstukken zal daarom onderzocht worden waar de grens ligt tussen enerzijds zuivere gronduitgifte en anderzijds gronduitgifte die opdrachtverstrekking inhoudt. Daartoe is het nodig dieper in te gaan op de begrippen

1 Zie alinea 1.1.1.

2 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 41. Zie ook Vzr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, *LJN* BW6294 (*Quarosand/Aalten*), r.o. 4.2

3 Vzr. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451 (*P1/Ede II*), r.o. 4.15, bevestigd in Hof Arnhem 26 april 2011, *LJN* BQ3090 (*P1/Ede*), r.o. 4.6.

4 Vergelijk Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BT8434 (*Gezondheidscentrum Elst*), r.o. 4.3. Het hof oordeelde daar dat de verhuur van een gebouw geen overheidsopdracht of concessieovereenkomst vormt.

‘overheidsopdracht voor werken’ (hoofdstuk 5) en ‘concessieovereenkomst voor werken’ (hoofdstuk 6). Aan de hand daarvan kunnen concrete, praktische voorbeelden worden besproken waarin gronduitgifte wel of niet dergelijke opdrachtverstrekking inhoudt (hoofdstuk 7). Dit leidt tot de conclusie ten aanzien van het bieden van gelijke kansen bij Europese opdrachtverstrekking (hoofdstuk 8).

Voor opdrachtverstrekking zonder Europese dimensie (oftewel: nationale opdrachtverstrekking) gelden de Europeesrechtelijke verplichtingen tot het bieden van gelijke kansen niet. In hoofdstuk 9 wordt daarom onderzocht of het huidige Nederlandse recht voorziet in een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij nationale opdrachtverstrekking.

Hoofdstuk 3

Gelijke kansen bieden op grond van Europese aanbestedingswetgeving

Het algemene beginsel van gelijke behandeling is voor Europese opdrachtverstrekking uitgewerkt tot gedetailleerde aanbestedingsregels op grond waarvan de overheid opdrachten moet aanbesteden, hetgeen zal worden weergegeven in paragraaf 3.1. Deze Europese aanbestedingswetgeving is telkens vormgegeven als richtlijnen, zodat de lidstaten de daarin vervatte regels telkens moeten implementeren in hun eigen wetgeving. In paragraaf 3.2 wordt uiteengezet hoe Nederland dat heeft gedaan. Vervolgens wordt dieper ingegaan op de voorwaarden waaronder de (geïmplementeerde) Europese aanbestedingswetgeving een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bevat (paragraaf 3.3), alsook de uitzonderingen daarop (paragraaf 3.4).

3.1 ONTWIKKELING EUROPESE AANBESTEDINGSWETGEVING

Europese opdrachtverstrekking door overheden wordt momenteel gereguleerd door Richtlijn 2004/18/EG ('de Aanbestedingsrichtlijn'). Deze richtlijn is uiteindelijk een uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling zoals dat ten grondslag ligt aan de vrij-verkeerbepalingen uit het EEG-Verdrag uit 1957. In eerste instantie werden deze Verdragsbepalingen uitgewerkt in negatieve verplichtingen om naar nationaliteit discriminerende beperkingen van het vrije verkeer op te heffen. Vervolgens vond ook uitwerking plaats in positieve verplichtingen voor overheden, namelijk in de verplichting om potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden. Deze ontwikkeling van de regels voor Europese opdrachtverstrekking wordt in het navolgende chronologisch in kaart gebracht.¹

3.1.1 EEG-Verdrag (1957)

Het EEG-Verdrag uit 1957 bevat zelf geen expliciete bepalingen over opdrachtverstrekking, maar vormt wel de basis voor de latere aanbestedingswetgeving.² De tweede overweging van het EEG-Verdrag luidt:

-
- 1 Een eerdere versie van de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht en in het bijzonder van de definitie van een overheidsopdracht voor werken, is gepubliceerd als Hebly & Heijnsbroek 2010.
 - 2 Trepte noemt een aantal mogelijke redenen voor het ontbreken van 'aangebestedingsbepalingen' in het EEG-Verdrag, te weten het karakter van het Verdrag (een 'raamwerkverdrag') en de politieke gevoeligheid van dit onderwerp; zie Trepte 2004, p. 343.

“Besloten hebbende, door gemeenschappelijk optreden de economische en sociale vooruitgang van hun landen te verzekeren en daartoe de barrières die Europa verdelen te verwijderen,”

Om deze barrières te verwijderen, voorziet het EEG-Verdrag in de instelling van een gemeenschappelijke markt (later ook wel interne markt genoemd).³ Deze wordt tot stand gebracht gedurende een overgangperiode van twaalf jaar, bestaande uit drie etappes van vier jaar.⁴ Ook bevat het Verdrag een verbod op elke discriminatie op grond van nationaliteit binnen de werkingssfeer van het Verdrag.⁵

Een van de activiteiten van de Gemeenschap is het invoeren van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst.⁶ Verder voorziet het Verdrag in het verwijderen van hinderpalen tussen de lidstaten voor het vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal.⁷ In dat kader is onder meer in het Verdrag opgenomen dat tijdens de overgangperiode de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat geleidelijk worden opgeheven (artikel 52 EEG). In artikel 59 EEG is bepaald dat tijdens de overgangperiode de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Gemeenschap geleidelijk worden opgeheven ten aanzien van onderdanen van de lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd dan degene ten behoeve van wie de dienst wordt verricht.⁸ Na de overgangperiode kregen beide bepalingen rechtstreekse werking.⁹

Volgens het Hof is het algemene verbod op discriminatie naar nationaliteit uit het EEG-Verdrag “slechts een bijzondere uitdrukking” van het beginsel van gelijke behandeling.¹⁰ Hetzelfde geldt voor beide bepalingen inzake het opheffen van beperkingen op de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten; ook zij vormen een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling.¹¹ Dit beginsel is volgens het Hof dan ook “een der grondprincipes van het gemeenschapsrecht”.¹² De verhouding tussen de Verdragsbepalingen, die zien op gelijke behandeling naar nationaliteit, en het (veel) ruimere algemene beginsel van

3 Art. 2 EEG-Verdrag.

4 Art. 8 EEG-Verdrag.

5 Art. 7 EEG-Verdrag.

6 Art. 3 sub f EEG-Verdrag.

7 Art. 3 sub c EEG-Verdrag.

8 Deze fundamentele vrijheden zijn van belang voor de hier besproken overeenkomsten voor de uitvoering van werken; de overige fundamentele vrijheden worden daarom buiten beschouwing gelaten.

9 Zie Van Romburgh 2005, p. 13.

10 HvJ EG 8 oktober 1980, zaak 810/79 (*Überschär*), r.o. 16.

11 HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88 (*Data processing*), r.o. 8.

12 HvJ EG 19 oktober 1977, gevoegde zaken 117/76 en 16/77 (*Ruckdeschel/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*), r.o. 7.

gelijke behandeling zal hieronder nader worden besproken naar aanleiding van het Verdrag van Amsterdam.¹³

3.1.2 Algemene programma's (1961)

In het EEG-Verdrag was opgenomen dat de Raad voor het einde van de eerste etappe van de overgangperiode twee algemene programma's moest opstellen, namelijk voor de opheffing van de binnen de Gemeenschap bestaande beperkingen van de vrijheid van vestiging¹⁴ en op het vrij verrichten van diensten.¹⁵ Op 18 december 1961 heeft de Raad daartoe het Algemeen Programma Diensten¹⁶ en het Algemeen Programma Vestiging¹⁷ vastgesteld. In die algemene programma's worden het non-discriminatiebeginsel en de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uitgewerkt tot op het niveau van concrete opdrachtverstrekking.

Op grond van deze programma's moesten bepaalde beperkingen op het vrij verrichten van diensten en van de vrijheid van vestiging binnen een vastgesteld tijdschema worden opgeheven.^{18,19} De programma's noemen als een dergelijke beper-

13 Zie paragraaf 3.1.6.

14 Art. 54 EEG-Verdrag.

15 Art. 63 EEG-Verdrag.

16 Algemeen Programma Diensten, *PbEG* 15 januari 1962, p. 32.

17 Algemeen Programma Vestiging, *PbEG* 15 januari 1962, p. 36.

18 Overigens vallen werkzaamheden in loondienst niet onder de Algemene Programma's, zo blijkt uit Titel III van beide Programma's. De Algemene Programma's noemen verder een aantal uitzonderingsgevallen op grond van het EEG-Verdrag, waarin de betreffende beperkingen niet behoeven te worden opgeheven. Het betreft onder meer werkzaamheden die worden uitgevoerd ter uitoefening van het openbaar gezag in een lidstaat.

19 Het Algemeen Programma Vestiging kent de volgende systematiek. Op grond van het tijdschema (Titel V) dienen de beperkingen ten aanzien van de in Bijlage I vermelde werkzaamheden in beginsel te worden opgeheven vóór het einde van het tweede jaar van de tweede etappe van de overgangperiode. Hierop is *ten eerste* een uitzondering gemaakt voor de toewijzing van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door de Staat, zijn territoriale lichamen en andere nader te bepalen publiekrechtelijke lichamen. Indien deze een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken toewijzen aan een onderdaan of vennootschap uit een andere lidstaat door tussenkomst van hun agentschap of filiaal dat is gevestigd in de lidstaat van de overheid die de opdracht toewijst, kan deze overheid de toewijzing opschorten conform het quotasysteem uit het Algemeen Programma voor het vrij verrichten van diensten. Deze uitzondering kwam (nog) niet voor in het Commissievoorstel voor het Algemeen Programma, zie Commissievoorstel d.d. 22 maart 1960, "Programma General pour la suppression des restrictions a la liberté d'établissement", document III/C/754/60 – F. Evenals bij het Algemeen Programma voor het vrij verrichten van diensten, vindt deze uitzondering haar rechtvaardiging in het bijzondere karakter en de speciale eisen van deze sector, alsmede in het doel om een geleidelijke en evenwichtige opheffing van de beperkingen te waarborgen, vergezeld van de gewenste maatregelen inzake coördinatie van de procedures. De *tweede* uitzondering betreft de toewijzing van overheidsopdrachten voor

king onder meer ieder verbod of belemmering van werkzaamheden anders dan in loondienst, bestaande uit discriminatie naar nationaliteit. Dit is het geval bij bepalingen en handelwijzen die alleen voor ‘vreemdelingen’ de bevoegdheid om de rechten die gewoonlijk aan het verrichten van diensten of van een werkzaamheid zijn verbonden, uitsluiten, beperken, of aan voorwaarden onderwerpen.

Meer in het bijzonder moet op grond van de algemene programma’s een einde komen aan discriminatie naar nationaliteit voor zover het de bevoegdheid betreft om:

- aannemings- en huurovereenkomsten te sluiten, alsook om alle rechten van die overeenkomsten te genieten;
- in te schrijven voor opdrachten van de Staat of andere publiekrechtelijke lichamen of als (onder)contractant deel te nemen aan de uitvoering daarvan;
- concessies of vergunningen verleend door de Staat of andere publiekrechtelijke lichamen te verkrijgen.

Met andere woorden, naar nationaliteit discriminerende maatregelen bij opdrachtverstrekking moesten worden opgeheven.

3.1.3 Liberalisatierichtlijn Werken (71/304/EEG)

Ter uitvoering van de algemene programma’s voorzag het EEG-Verdrag in de vaststelling van richtlijnen.²⁰ Dit resulteerde in een aantal liberalisatierichtlijnen in de jaren zestig van de vorige eeuw,²¹ met als slotstuk de Liberalisatierichtlijn Werken

de uitvoering van werken aan de betreffende agentschappen of filialen door een ander publiekrechtelijk lichaam dan die op 31 december 1963 zijn begrepen onder de hierboven genoemde “nader te bepalen publiekrechtelijke lichamen”. In die gevallen moeten de beperkingen eerst vóór het einde van de overgangperiode worden opgeheven.

20 Art. 54 lid 2 en art. 63 lid 2 EEG-Verdrag.

21 Op 7 juli 1964 stelde de Raad de drie eerste zogenoemde liberalisatierichtlijnen vast, te weten Richtlijnen 64/427/EEG, 64/428/EEG en 64/429/EEG, *PbEG* 1964, resp. p. 1863, 1871 en 1880. Twee van deze richtlijnen (64/427/EEG en 64/429/EEG) betreffen werkzaamheden van de be- en verwerkende nijverheid (klassen 23 t/m 40 van de ISIC). Zij bevatten echter geen relevante bepalingen ten aanzien van de definitie van overheidsopdrachten voor werken of het toepassingsgebied ten aanzien van de genoemde werkzaamheden. Richtlijn 64/429/EEG geeft uitvoering aan de opheffing van de beperkingen zoals genoemd in de Algemene Programma’s. De lidstaten dienen ten behoeve van de in Titel I van de Algemene Programma’s genoemde begunstigen (natuurlijke personen en vennootschappen) alle beperkingen zoals genoemd in Titel III van de Algemene Programma’s, op te heffen voor zover het beperkingen betreft van de toegang van de in de Richtlijn bedoelde werkzaamheden uit de klassen 23 tot en met 40 van de NICE. Deze werkzaamheden zijn opgenomen in klassen 23 t/m 40 van bijlage I van het Algemeen Programma voor de vrijheid van vestiging. Zij komen overeen met de werkzaamheden genoemd in klassen 23 t/m 40 van de NICE. Uit het voorstel blijkt dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen industriële en ambachtelijke bedrijven. In de Richtlijn worden bepaalde werkzaamheden uitgezonderd van het toepassingsgebied (vervaardiging van geneesmiddelen, farmaceutische producten en bepaalde transportmiddelen, alsmede onderzoek van het gezichtsvermogen door

(Richtlijn 71/304/EEG).²² In die laatste richtlijn is opgenomen dat de lidstaten de in de Algemene Programma's genoemde beperkingen dienen op te heffen "ten aanzien van de toegang tot, de gunning van de uitvoering van of de deelneming aan de uitvoering van opdrachten voor de uitvoering van werken voor rekening van de Staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen". Daaraan is toegevoegd dat de richtlijn van toepassing is op anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden die zijn vermeld in bijlage I van het Algemeen Programma Vestiging, klasse 40 ISIC (te weten: bouwnijverheid en openbare werken). De Liberalisatierichtlijn Werken vormt daarmee een verdere concretisering van het verbod op discriminatie naar nationaliteit en de fundamentele vrijheden voor vestiging en diensten in het kader van opdrachtverstrekking.

Deze richtlijn bevatte geen expliciete bepaling (meer)²³ met betrekking tot zogenoemde concessieovereenkomsten, die in de volgende paragraaf zullen worden

-
- opticiens), zie art. 3. De derde richtlijn (64/428/EEG) betreft werkzaamheden op het gebied van de winning van delfstoffen.
- 22 Op 17 december 1969 heeft de Raad een liberalisatierichtlijn aangenomen voor overheidsopdrachten voor leveringen (Richtlijn 70/32/EEG, *PbEG* 1970, L-13/1). Als leveringen in de zin van deze richtlijn worden ook beschouwd leveringen die zijn bestemd voor de uitvoering of voltooiing van werken, ongeacht of zij al dan niet een integrerend deel uitmaken van een openbare aanbesteding van werken. Op grond van deze richtlijn dienen beperkingen te worden opgeheven die zijn vastgelegd in wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of voortvloeien uit administratieve handelswijzen en die betrekking hebben op leveringen. Het betreft bepalingen die discriminerend zijn jegens leveringen uit andere lidstaten. In art. 4 van deze richtlijn wordt – kort gezegd – bepaald dat lidstaten de nodige maatregelen dienen te treffen "opdat de maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen, voortvloeiende uit de bepalingen zoals genoemd in artikel 3 zijn opgeheven".
- 23 In het oorspronkelijke Commissievoorstel voor (uiteindelijk) de Liberalisatierichtlijn Werken was in de overwegingen opgenomen dat openbare werken niet alleen in eigen beheer en door middel van overheidsopdrachten, maar ook door middel van concessies kunnen worden uitgevoerd; zie eerste overweging Commissievoorstel, COM(1964) 57 def. en Van Garsse 2007, p. 618 e.v. De richtlijn moest derhalve ook betrekking hebben op de 'concessies van openbare werken', die een aanzienlijk gedeelte van deze werken omvatten. Zou dat niet het geval zijn, dan zou "de draagwijdte van de richtlijn (...) ten zeerste (...) worden beperkt". Deze overwegingen waren uitgewerkt in de bepaling dat de opheffing van bepaalde beperkingen geschiedt ten behoeve van onder meer aannemers die handelen als contractant, co-contractant, of concessiehouder. Uit de toelichting, p. 19, blijkt dat de Commissie dit noodzakelijk achtte omdat de lidstaten steeds meer geneigd zijn een aanzienlijk gedeelte van de openbare werken door middel van concessies te doen uitvoeren. Met deze bepaling werd volgens de Commissie uitvoering gegeven aan een bijzonder punt van Titel III van de Algemene Programma's (zie hierboven). Daarnaast was opgenomen dat – voor wat betreft het in de richtlijn opgenomen quotumsysteem – als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken werden beschouwd: "de concessies die zijn verleend aan privaatrechtelijke personen voor de uitvoering van de in artikel 2, b, bedoelde werken, alsmede de contracten die zijn gesloten tussen deze concessiehouders en de aannemers." Het Economisch en Sociaal Comité heeft vervolgens een uitbreiding van

besproken. Niettemin moet worden aangenomen dat de richtlijn niet alleen betrekking had op bovengenoemde opdrachten voor rekening van de overheid, maar ook op overeenkomsten waarbij de wederpartij van de overheid is belast met de uitvoering of de exploitatie van werken tegen verlening van bijzondere of exclusieve rechten. Op grond van artikel 3 lid 1 sub a moeten namelijk in het bijzonder beperkingen daaraan worden opgeheven.²⁴

3.1.4 Richtlijn Werken (71/305/EEG)

Het opheffen van de discriminatie naar nationaliteit bij opdrachtverstrekking was echter niet het eindpunt. In aanvulling op deze *negatieve* verplichtingen ter uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling (dat wil zeggen: verplichtingen om niet te discrimineren naar nationaliteit), bood het EEG-Verdrag ook een grondslag voor *positieve* verplichtingen met dat doel (dat wil zeggen: verplichtingen om gelijke kansen te bieden). In het Verdrag was namelijk de mogelijkheid voor de Raad opgenomen om richtlijnen vast te stellen inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten met betrekking tot de toegang van werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan.²⁵ Het doel daarvan was om de toegang tot die werkzaamheden en de uitoefening daarvan te vergemakkelijken voor ondernemers binnen de Gemeenschap. Met andere woorden, de vast te stellen richtlijnen dienden bij te dragen aan de verwezenlijking van het vrije verkeer van vestiging en diensten en, uiteindelijk, aan de gelijke behandeling naar nationaliteit. Het Hof heeft later ook bevestigd dat de basis van de aanbestedingsrichtlijnen die op grond hiervan zijn vastgesteld, wordt gevormd door het beginsel van gelijke behandeling.²⁶

deze bepaling voorgesteld, waarmee deze bepaling op alle concessies van toepassing werd verklaard. Daarmee werden ook concessies die aan publiekrechtelijke rechtspersonen worden verleend aangemerkt als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken; zie het advies van 9 december 1964, *PbEG* 1965, p. 150. Na kritiek van het Europees Parlement op het quotumsysteem als zodanig, wordt onder meer deze bepaling geschrapt; zie *PbEG* 1965, p. 883.

24 Zie ook overweging 2 bij de Liberalisatierichtlijn Werken: “Overwegende dat de opdrachten voor de uitvoering van werken van klasse 40 van de C.I.T.I. kunnen worden gegund of uitgevoerd door organen waaraan concessies zijn verleend door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke rechtspersonen; dat de richtlijn zich derhalve ook moet uitstrekken tot deze opdrachten, die een aanzienlijk volume uit te voeren werken vertegenwoordigen; dat de draagwijdte van de richtlijn anders sterk zou worden beperkt;”.

25 Art. 57 lid 2 en art. 66 EEG-Verdrag.

26 HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 91. Bevestigd in onder meer HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 37. Zie ook HvJ EG 3 maart 2005, gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*), r.o. 26: “In dit verband zij eraan herinnerd dat de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel de hoofddoelstelling is van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, die er met name op gericht zijn de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken gebieden te bevorderen, en die gunningcriteria vaststellen die deze

De Raad kon aldus richtlijnen vaststellen inzake de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten. Op grond van de algemene programma's diende daartoe telkens te worden nagegaan of de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten moest worden voorafgegaan door, vergezeld van, of gevolgd door deze coördinatie.²⁷ De Raad heeft daarbij verklaard dat de coördinatie dient te geschieden op grond van bepaalde beginselen, waaronder voldoende bekendmaking van de opdrachten en het opstellen van objectieve deelnemingscriteria.²⁸ Voldoende bekendmaking moest volgens de Raad leiden tot een daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen uit de verschillende lidstaten.²⁹ Hieruit blijkt dat de doelstelling van de coördinatie niet alleen was de gelijke behandeling naar nationaliteit (conform het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel), maar eveneens het waarborgen van gelijke concurrentiekansen op de markt (conform het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel).³⁰

mededinging moeten waarborgen (...)." Zie in die zin ook overweging 2 bij de Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/18/EG), waaruit volgt dat de in die richtlijn opgenomen regels zijn opgesteld op basis van beginselen zoals gelijke behandeling en transparantie, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en om daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen.

- 27 Titel V Algemeen Programma Vestiging en Titel VI Algemeen Programma Diensten.
- 28 Zo blijkt uit de considerans bij de Richtlijn Werken. De overige beginselen zijn het verbod van technische specificaties met een discriminerende werking en het instellen van een procedure waardoor op de inachtneming van deze beginselen gemeenschappelijk toezicht kan worden uitgeoefend.
- 29 Dit blijkt uit de toelichting op het Commissievoorstel, COM(64) 233 def., p. 14. In de definitieve richtlijn is dit ook expliciet in de considerans opgenomen, hoewel dat nog niet het geval was in het Gewijzigd Commissievoorstel, COM(66) 59 def.
- 30 Zie paragraaf 1.2.1 over deze dimensies van het gelijkheidsbeginsel. Het Hof heeft deze dubbele doelstelling later ook bevestigd; zie HvJ EG 16 december 2008, zaak C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 39: "deze coördinatie [strekt] tot de gelijktijdige verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken alsmede tot de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging ter zake op gemeenschapsniveau, door te bevorderen dat de aannemers van de lidstaten zo veel mogelijk hun belangstelling tonen". De relatie tussen de bekendmaking en de mededinging komt ook terug in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, waarin in de considerans het volgende is opgenomen: "Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt."; zie Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012, overweging 18. Soms worden ook andere doelstellingen genoemd, zoals het bereiken van meer *value for money* en het bestrijden van corruptie. Deze aspecten moeten echter worden gezien als 'positieve bijeffecten' en niet zo zeer als doelstellingen op zich; zie hierover Risvig Hansen 2012b, p. 54 en de daar aangehaalde literatuur.

De Commissie heeft de door de Raad genoemde beginselen vervolgens uitgewerkt in haar voorstel voor de eerste coördinatie-richtlijn voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken van 23 juli 1964.³¹ Deze coördinatie was volgens de Commissie noodzakelijk voor de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten voor opdrachten voor de uitvoering van werken in de lidstaten voor rekening van de overheid en bepaalde publiekrechtelijke lichamen.³² Het Hof heeft hier later aan toegevoegd dat op deze manier de aanbestedingsregels beogen de belangen te beschermen “van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden” en deze regels dientengevolge ertoe strekken om “het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden”.³³

Dit voorstel heeft uiteindelijk geresulteerd in de eerste aanbestedingsrichtlijn, de Richtlijn Werken (Richtlijn 71/305/EEG) van 26 juli 1971.³⁴ Daarin is opgenomen dat zogenoemde aanbestedende diensten voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken hun nationale procedures toepassen, aangepast aan de bepalingen van de richtlijn. Aanbestedende diensten zijn gedefinieerd als “de Staat, zijn territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen welke in bijlage I zijn opgesomd”. Verder is de richtlijn enkel van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of meer bedraagt dan 1.000.000 rekeeneenheden. In dat verband bevat de richtlijn een verbod op kunstmatige splitsing van aanbestedingen met het oog op een vermindering van de daarbij betrokken bedragen tot een bedrag dat beneden de drempel van de richtlijn ligt (het ‘splitsingsverbod’).³⁵

Voor wat betreft de te doorlopen procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken, volgt uit de Richtlijn Werken dat aanbestedende diensten moeten kiezen voor een openbare of een niet-openbare procedure (dat wil zeggen: een aanbesteding met voorselectie), behoudens specifieke uitzonderingsgevallen.

31 Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233 def. Op dat moment waren reeds de eerste liberalisatie-richtlijnen vastgesteld. Volgens de Raad deden zich echter problemen voor ten aanzien van de coördinatie en erkenning bij werkzaamheden. De oplossing van die problemen vereiste een grondige voorbereiding, zodat de Raad het niet mogelijk achtte om tegelijk met de opheffing van de beperkingen, coördinatie of erkenning voor te schrijven. De coördinatie volgde aldus de liberalisatie. Zie hierover met name de overwegingen bij Richtlijn 64/427/EEG.

32 Eerste overweging Commissievoorstel.

33 Zie HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98 (*University of Cambridge*), r.o. 16-17 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

34 *PbEG* 1971, L-185/5.

35 Ingevoerd bij art. 3 lid 2 Gewijzigd Commissievoorstel van 4 maart 1966, COM(66) 59 def.: “Een opdracht mag niet kunstmatig gesplitst worden bij de vaststelling van het toepasselijke grensbedrag.”

Als aanbestedende diensten een overheidsopdracht openbaar of niet-openbaar aanbesteden, moeten zij hun voornemen hiertoe te kennen geven in een aankondiging.³⁶ Volgens de Commissie is deze publiciteit een van de grondslagen van het in de richtlijn verwerkte systeem.³⁷ De aankondigingen worden door de Commissie gepubliceerd in het (supplement op het) Publicatieblad, zodat de aannemers in de Gemeenschap in staat worden gesteld uit te maken of de voorgenomen opdrachten voor hen van belang zijn.³⁸ De keuze voor de uiteindelijke wederpartij moeten de aanbestedende diensten maken op basis van vooraf vastgestelde selectie- en gunningscriteria,³⁹ zo worden de gelijke kansen van de potentiële wederpartijen gewaarborgd.

De Richtlijn Werken is evenwel niet van toepassing op concessieovereenkomsten.⁴⁰ Deze zijn omschreven als overeenkomsten soortgelijk aan overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie van de uit te voeren werken bestaat uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, dan wel uit dit recht, gepaard gaande met een prijs (zie over die definitie verder hoofdstuk 6). De Commissie achtte de coördinatie van concessieverlening zoals dat het geval is bij overheidsopdrachten niet mogelijk, gezien de aard van de verhouding tussen de concessieverlener en -houder.⁴¹ Gelijkijdig met het vaststellen van de Richtlijn Werken hebben de lidstaten echter een verklaring gepubliceerd waarin is opgenomen dat een concessieovereenkomst met een waarde boven de drempelwaarde niet mag worden gesloten zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad.⁴² Deze bekendmaking moet de belangrijkste toewijzingscriteria vermelden alsook een termijn van ten minste 35 dagen stellen voor het indienen van de inschrijvingen. Op grond van deze verklaring waren

36 Art. 12 Richtlijn Werken.

37 Zie de toelichting op het Commissievoorstel, COM(64) 233 def., p. 14.

38 Considerans bij de Richtlijn Werken.

39 Art. 20 jo. 23 en 29 Richtlijn Werken.

40 Art. 3 lid 1 Richtlijn Werken.

41 De Commissie lichtte dit als volgt toe: "Het betreft hier een juridisch begrip dat volkomen verschilt van de aanbesteding van overheidsopdrachten. De daarop betrekking hebbende regels vallen niet onder deze richtlijn. (...) Zonder twijfel zou een coördinering van de verschillende soorten van concessieverlening voor de uitvoering van openbare werken, zoals zij voor de aanbesteding van deze opdrachten geregeld is, de inachtneming van het beginsel van non-discriminatie het beste waarborgen. Hierbij zou men echter op zeer grote moeilijkheden stuiten. In de verhouding tussen hem die de concessie verleent en de concessiehouder vloeien deze moeilijkheden voort uit het feit dat het bij concessie uiteraard niet mogelijk is de concessionaris te kiezen op grond van regels die min of meer op mededinging zijn afgestemd."

42 Verklaring van de Vertegenwoordigers van de Regeringen der Lid-Staten, in het kader van de Raad bijeen, inzake de procedures die moeten worden gevolgd met betrekking tot concessies voor de uitvoering van werken d.d. 26 juli 1971, *PbEG* 1971, C82/13. De verklaring is later gecodificeerd in Richtlijn 72/277/EEG, *PbEG* 1972 L-176/12. In deze richtlijn wordt voor het begrip concessie volstaan met een verwijzing naar voornoemde verklaring.

aanbestedende diensten derhalve alsnog verplicht om ook bij concessieovereenkomsten voor werken gelijke kansen te bieden aan potentiële wederpartijen.

3.1.5 Voltooiing van de interne markt (1985-1992)

Na de Richtlijn Werken heeft het wetgevingsproces enige tijd stilgelegen.⁴³ De verwezenlijking van het vrije verkeer in de interne markt en daarmee het bieden van gelijke kansen lieten echter te wensen over. Zo bevatten stukken van de Commissie uit begin jaren tachtig de volgende passages:

“De ‘kosten van een non-Europa’ vormen een rechtstreekse, ernstige bedreiging voor essentiële bestanddelen van het industriële potentieel in de Gemeenschap.”⁴⁴

“Het Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten heeft zich na lang beraad uitgesproken over een aantal aspecten van de richtlijnen, zoals de interpretatie van de bedoeling van de uitsluiting van bepaalde sectoren, leasing enzovoort. Blijkbaar was dit overleg zo slopend dat de aanbevelingen wel door het comité unaniem worden goedgekeurd maar toch slechts zelden door de lidstaten werden toegepast.”⁴⁵

“[Na 1977] ging het elan verloren, ten dele vanwege de recessie, en ten dele door een gebrek aan vertrouwen en visie.”⁴⁶

Onderzoek naar de toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen in diezelfde periode wees uit dat “de letter noch de geest van de richtlijnen zijn nageleefd”.⁴⁷ De uitgesloten sectoren werden zeer ruim uitgelegd, projecten werden doelbewust gesplitst om de richtlijnen te ontduiken en grove fouten werden begaan bij de toepassing van de procedures uit de richtlijnen.⁴⁸

43 Richtlijn 71/305/EEG is nog gewijzigd bij Richtlijn 78/669/EEG van 2 augustus 1978 (*PbEG* 1978, L-225/41). Het betreft enkel een wijziging van de omrekening van de Europese rekeneenheden in nationale valuta's (voor de drempelwaarden).

44 COM(84) 717 def., p. 4. De ‘kosten van een non-Europa’ zijn later op verzoek van de Commissie ook uitgerekend, zie WS Atkins Management Consultants in association with Eurequip SA-Roland Berger & Partner-Eurequip Italia, *The “costs of non-Europe” in public-sector procurement*, Bureau voor officiële publicaties van de Europese Gemeenschappen, 1988.

45 Idem, p. 19.

46 Europese Commissie, Witboek ‘De voltooiing van de interne markt’, 14 juni 1985, COM(85) 310 def., p. 4 (Witboek 1985).

47 Mededeling van de Commissie aan de Raad, Overheidsopdrachten in de Gemeenschap, 10 februari 1987, COM(86) 375 def. (Mededeling 1987), p. 4.

48 Ook werd de uitzonderingsprocedure van de onderhandse gunning misbruikt: bij de uitvoering van werken werd ongeveer een kwart van de opdrachten geplaatst door middel van deze procedure. In de visie van de Commissie is dat percentage veel te hoog voor een uitzonderingsprocedure.

In 1985 nam de Commissie echter een verandering waar in de stemming en viel er volgens haar een hernieuwde inzet te bespeuren.⁴⁹ De Commissie voegde daaraan toe:

“Of wij gaan, resoluut en vastberaden, verder, of wij zinken weg in middelmatigheid.”⁵⁰

Eind jaren tachtig kwam daadwerkelijk een einde aan deze stilstand. Nieuwe wetgevingsinitiatieven en andere publicaties van de Commissie zagen het licht na een aansporing daartoe door de Raad.⁵¹ Het resultaat was een versterking van de verplichting voor overheden om bij opdrachtverstrekking gelijke kansen te bieden. Deze ontwikkeling begon met het Witboek uit 1985.

3.1.5.1 *Witboek (1985)*

Op 29 en 30 maart 1985 kwam de Raad bijeen in Brussel. Tijdens deze bijeenkomst benadrukte de Raad het belang van de totstandkoming van de interne markt in 1992 teneinde een gunstiger klimaat te creëren voor de stimulering van ondernemingsgeest, mededinging en handel.⁵² Deze doelstelling moest – onder meer – gehaald worden door het openen van de markt voor overheidsopdrachten.⁵³ De Raad nodigde de Commissie uit een gedetailleerd programma met een nauwkeurig tijdschema op te stellen voor zijn volgende bijeenkomst te Milaan. De Commissie gaf hieraan gehoor en zond de Raad op 14 juni 1985 haar Witboek inzake de voltooiing van de interne markt.⁵⁴ In de visie van de Commissie, zoals neergelegd in het Witboek, waren de verdeelde (nationale) markten voor overheidsopdrachten een van de meest in het oog springende belemmeringen voor de totstandkoming van een daadwerkelijke interne markt.⁵⁵ De richtlijnen inzake overheidsopdrachten werden te beperkt toegepast. Volgens de Commissie was de tijd van praten

49 Witboek 1985, resp. p. 4 en 5.

50 Witboek 1985, p. 55.

51 Zie over de algemene ontwikkeling van de interne markt in deze periode Craig & De Búrca 2011, p. 10 e.v.

52 Conclusions of the Presidency, European Council in Brussels, 29 and 30 March 1985, opgenomen in: Bulletin of the European Parliament no. 6/Addendum, 15 April 1985. Zie ook Witboek 1985, p. 3.

53 Conclusions of the Presidency, European Council in Brussels, 29 and 30 March 1985, p. 4.

54 Witboek 1985, p. 4 resp. 5.

55 Witboek 1985, p. 23. De materiële barrières en andere hindernissen in het interstatelijke verkeer bevestigen volgens de Commissie de kosten en de nadelen van een verdeelde markt: zij dienen derhalve te worden opgeheven. De opheffing van de technische belemmeringen (waaronder de markt voor overheidsopdrachten) zal de Gemeenschap in staat stellen de grote markt de economische en industriële dimensie te verschaffen waardoor bedrijven schaalvoordelen kunnen bereiken en hun concurrentiepositie kunnen verbeteren. De voltooiing van de interne markt zou een onmisbare basis vormen voor een grotere welvaart van de Gemeenschap als geheel. Zie Witboek 1985, respectievelijk p. 6 en 8.

voorbij en moesten daden worden gesteld.⁵⁶ De richtlijnen zouden de transparantie moeten vergroten, onder meer door uitgebreidere publicatie van het voornemen om opdrachten te gunnen en herziening van de drempelwaarden.⁵⁷ De Raad verzocht vervolgens tijdens zijn zitting in Milaan de Commissie haar wetgevingsvoorstellen spoedig in te dienen.⁵⁸

3.1.5.2 Europese Akte (1986)

In 1986 werd de Europese Akte aangenomen, waarmee het EEG-Verdrag voor het eerst aanzienlijk werd gewijzigd.⁵⁹ Zo werd het volgende artikel over de interne markt toegevoegd aan het verdrag:

“De Gemeenschap stelt de maatregelen vast die ertoe bestemd zijn de interne markt geleidelijk tot stand te brengen in de loop van een periode die eindigt op 31 december 1992 (...). De interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag.”

Deze bepaling benadrukt het belang van de interne markt alsook het belang van de fundamentele vrijheden voor die interne markt.

3.1.5.3 Mededeling (1987)

In 1987 publiceerde de Commissie een mededeling over overheidsopdrachten in de Gemeenschap. Daarin stelde de Commissie een actieprogramma voor. Onderdeel van dit programma was een grondige herziening van de Richtlijn Werken. Een van de maatregelen die de Commissie in dat kader overwoog was “een verbetering van de middelen om alle bedrijven in de Gemeenschap gelijke kansen te waarborgen”.⁶⁰ Deze verbetering zou onder meer dienen te geschieden door middel van “aanpassing van de richtlijn aan nieuwe types van overeenkomsten voor de toewijzing van een opdracht (projectontwikkelingsovereenkomsten, directieovereenkomsten, enz.)”.

56 Witboek 1985, p. 5.

57 Witboek 1985, p. 24. Ook de markt voor overheidsopdrachten in de dienstensector dient te worden opengesteld. Bestaande beperkingen dienen te worden opgeheven, “zodat de toegang tot uit overheidsmiddelen gefinancierde dienstencontracten zoals die welke verband houden met de bouwnijverheid, ook voor leveranciers uit andere Lid-Staten worden opengesteld” (Witboek 1985, p. 24).

58 Conclusions of the Presidency, European Council in Milan, 28 and 29 June 1985, opgenomen in: Bulletin of the European Parliament, special edition, 8 July 1985. Ook werd op deze bijeenkomst voorgesteld een intergouvernementele conferentie bijeen te roepen, ten aanzien van de uitbreiding en hervorming van het EEG-verdrag. Deze conferentie leidde tot ondertekening van de Europese Akte op 17 februari 1986 te Luxemburg en 28 februari 1986 te Den Haag.

59 *PbEG* 1987, L-169/1.

60 Mededeling 1987, p. 7.

3.1.5.4 *Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)*

De beoogde wijziging van de Richtlijn Werken om meer gelijke kansen te bieden aan potentiële wederpartijen binnen de Gemeenschap, kwam met de Wijzigingsrichtlijn Werken (Richtlijn 89/440/EEG) van 18 juli 1989. Ten opzichte van de Richtlijn Werken is daarin de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken aanzienlijk verruimd, volgens de considerans met name om daarbij rekening te houden met de nieuwe vormen van overeenkomsten voor de gunning van opdrachten (zie over deze definitie verder hoofdstuk 5). Ook is in de plaats van de lijst van publiekrechtelijke rechtspersonen die moeten worden aangemerkt als aanbestedende diensten, een aantal criteria opgenomen voor zogenoemde publiekrechtelijke instellingen die kwalificeren als aanbestedende dienst. De systematiek is verder ongewijzigd gebleven; aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten voor werken boven de drempelwaarde aanbesteden en hun voornemen daartoe publiceren in het Publicatieblad.

Hoewel de Commissie dat oorspronkelijk niet van plan was,⁶¹ zijn in de Wijzigingsrichtlijn Werken uiteindelijk ook regels opgenomen voor de aanbesteding van concessieovereenkomsten voor werken waarvan de geraamde waarde de drempelwaarde overschrijdt. Zoals reeds het geval was op basis van de verklaring uit 1971, was het vooraf publiceren van een aankondiging verplicht, maar golden voor de aanbesteding van concessieovereenkomsten verder minder regels.⁶²

Het toepassingsbereik van de Richtlijn Werken werd door deze wijzigingen dus ruimer. Dit leidde ertoe dat in meer gevallen duidelijk werd dat daarbij sprake was van opdrachtverstrekking waarvoor de overheid gelijke kansen moest bieden door een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Na deze verruiming lag het wetgevingsproces wederom geruime tijd stil. In 1993 is nog wel de Consolidatierichtlijn Werken vastgesteld, maar deze richtlijn bestaat slechts uit een consolidatie van de Richtlijn Werken zoals gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn Werken. Met andere woorden, inhoudelijk is niets veranderd.

3.1.6 **Verdrag van Amsterdam (1997)**

Nadat in 1992 bij het Verdrag van Maastricht het EEG-Verdrag was gewijzigd in het EG-Verdrag, werd in 1997 bij het Verdrag van Amsterdam de tekst van de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten gewijzigd.⁶³ Deze wijziging betrof in feite enkel een 'update' aangezien de overgangperiode inmiddels ruimschoots was geëindigd (namelijk al per 31 december

61 Zie het Commissievoorstel, COM(86) 679 def. Hetzelfde gold voor het Economisch en Sociaal Comité; zie *PbEG* 1965, p. 929.

62 Art. 1 ter jo. art. 12 lid 3 Richtlijn Werken zoals gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn Werken.

63 Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1997, C-340/1.

1969).⁶⁴ Als gevolg daarvan was geen sprake meer van het geleidelijk opheffen van beperkingen op de betreffende fundamentele vrijheden, maar werden deze beperkingen verboden. Voor beperkingen op de vrijheid van vestiging werd dit verbod opgenomen in artikel 43 EG, voor het vrij verrichten van diensten in artikel 49 EG.

Zoals hierboven aangegeven, zag het Hof de bepalingen uit het EEG-Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten als bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel van gelijke behandeling. Dit geldt ook de opvolgers daarvan, artikelen 43 en 49 EG.⁶⁵ Deze bepalingen verbieden in beginsel iedere directe en indirecte discriminatie naar nationaliteit van personen en ondernemingen uit andere lidstaten alsook niet-discriminerende maatregelen “die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken”.⁶⁶ Zij zien daarmee enkel op gelijke behandeling *naar nationaliteit*⁶⁷ van personen en ondernemingen uit andere lidstaten en niet op allerlei andere aspecten van het algemene beginsel van gelijke behandeling (zoals bijvoorbeeld gelijke behandeling van mannen en vrouwen).⁶⁸ Deze gelijke behandeling naar nationaliteit is evenwel nadrukkelijk niet beperkt tot een verbod op directe discriminatie, oftewel tot het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel zoals beschreven in paragraaf 1.2.1. Door de uitbreiding tot indirecte discriminatie en anderszins belemmerende maatregelen, heeft het Hof duidelijk gemaakt dat deze vrij-verkeerbepalingen – voor wat betreft onderscheid naar nationaliteit – tevens een *materiële* gelijke behandeling door de overheid beogen (conform het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel).⁶⁹

64 Zie ook het toelichtend rapport, *PbEG* 1997, C-353/1. De betreffende verdragsbepalingen hadden na afloop van de overgangperiode reeds rechtstreekse werking gekregen; zie Van Romburgh 2005, p. 13.

65 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 48: “Volgens de rechtspraak van het Hof zijn de artikelen 43 EG en 49 EG een bijzondere uitdrukking van het beginsel van gelijke behandeling (...).”

66 Zie Barnard 2010, p. 20, 300-301 en 377-380 en bijvoorbeeld HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 37. Anders dan bij discriminatie, waarbij de ongelijke behandeling tussen binnen- en buitenlandse personen/ondernemingen centraal staat, is voor dergelijke beperkingen enkel het perspectief van de buitenlandse persoon/onderneming relevant: ook een op zichzelf niet-discriminerende beperking van zijn toegang tot de markt valt onder de verbodsbepalingen.

67 Zie in dat verband ook HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 106: “De artikelen 43 EG en 49 EG leggen overigens geen algemene verplichting tot gelijke behandeling op, maar een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit (...).”

68 Zie over de vele functies en betekenissen van het (algemene) gelijkheidsbeginsel in het Europese recht: Tridimas 2009, p. 60 e.v.

69 Zie ook Prechal 2004. Zie meer in het algemeen ook Loenen 1998, p. 48; zij wijst erop dat de focus op het effect van een bepaalde behandeling het concept van indirecte discriminatie in de lijn van een meer materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel plaatst.

In aanvulling hierop heeft het Hof later aangegeven dat artikelen 43 en 49 EG, het beginsel van gelijke behandeling, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting niet alleen het vrij verrichten van diensten nastreven, maar ook het “openstellen van de markt in de lidstaten voor een onvervalste mededinging”.⁷⁰ Hieruit volgt dat beide vrijverkeerbepalingen een uitdrukking vormen van zowel het hierboven genoemde materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel (voor wat betreft gelijkheid naar nationaliteit) als het *materiële privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel*, dat een gelijkheid van concurrentiekansen op de markt nastreeft.⁷¹ Deze ‘dubbele grondslag’ sluit ook aan bij de grondvesten van de Europese Gemeenschap zoals die in 1957 in het EEG-Verdrag zijn vastgelegd; in het Verdrag worden het verwijderen van hinderpalen tussen de lidstaten (conform het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel) en het waarborgen van eerlijke mededinging (conform het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel) beide als activiteit van de Gemeenschap genoemd.⁷²

Artikelen 43 en 49 EG vormen aldus onder meer een directe uitwerking van het verbod op discriminatie naar nationaliteit uit artikel 12 EG en een indirecte uitwerking van (een aspect van) het aan dat verbod ten grondslag liggende algemene beginsel van gelijke behandeling.⁷³ Door deze specifieke uitwerking van het algemene discriminatieverbod van artikel 12 EG in verschillende specifieke verdragsbepalingen, zoals artikelen 43 en 49 EG, heeft artikel 12 EG enkel nog zelfstandige betekenis in gevallen waarvoor het Verdrag geen specifiek discriminatieverbod bevat.⁷⁴ De getrapte uitwerking van het beginsel van gelijke behandeling in het algemene discriminatieverbod en vervolgens in de specifieke discriminatieverboden van artikelen 43 en 49 EG, betekent overigens niet dat het een prevaleert boven het ander. De beginselen van het Europese recht, zoals het beginsel van gelijke behandeling, staan op gelijke hoogte met de bepalingen uit het Verdrag zelf en dienen met name ter interpretatie van die bepalingen.⁷⁵ Daarmee vormen deze

70 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*), r.o. 48.

71 Zie daarover paragraaf 1.2.1.

72 Zie paragraaf 3.1.1.

73 Zie ook het *Wall*-arrest, waarin het Hof overwoog dat beide verbodsbepalingen “bijzondere toepassingen vormen van het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat is neergelegd in artikel 12 EG”; HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*), r.o. 32. Zie verder Tridimas 2009, p. 119.

74 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 mei 1994, zaak C-18/93 (*Corsica Ferries II*), r.o. 19. Het algemene discriminatieverbod kan aldus enkel toepassing vinden als het maatregelen betreft die niet binnen de reikwijdte van de bijzondere verboden vallen, zoals het verbod op beperking van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van het vrij verrichten van diensten. Een voorbeeld daarvan is grensoverschrijdend studeren, dat als zodanig niet kan worden aangemerkt als uitoefening van één van de keuzevrijheden; zie verder Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 132 e.v.

75 Tridimas 2009, p. 51. Anders: Craig & De Búrca 2011, p. 109. Zij menen dat de beginselen in rangorde onder de Verdragen staan, maar boven alle andere wetgeving en handelingen.

beginselen bij uitstek een belichaming van de waarborgfunctie van het recht, zoals die in paragraaf 1.2.1 aan orde kwam.⁷⁶

3.1.7 Aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG)

In de tweede helft van de jaren negentig is de Commissie begonnen met een herziening van het Europese aanbestedingsbeleid. Zij publiceerde in 1996 het groenboek 'De overheidsopdrachten in de EU: beschouwingen over een toekomstig beleid'.⁷⁷ Uiteindelijk heeft dit proces geleid tot de vaststelling van de Aanbestedingsrichtlijn in 2004.⁷⁸

In de considerans van de Aanbestedingsrichtlijn wordt verwezen naar de beginselen van het Verdrag, "met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie".⁷⁹ De aanbestedingsregels uit de richtlijn zijn op deze beginselen gebaseerd, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en om daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Evenals artikelen 43 en 49 EG vormt de Aanbestedingsrichtlijn derhalve een uitdrukking van zowel het publiekrechtelijke als het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

Zoals dat eerder al het geval was, moeten aanbestedende diensten hun voornemen om een opdracht boven de drempelwaarde te verstrekken, vooraf bekendmaken in het Publicatieblad.⁸⁰ Deze aankondiging vormt de eerste stap van de openbare of niet-openbare procedure die een aanbestedende dienst in beginsel moet doorlopen.⁸¹ In het kader van een dergelijke aanbestedingsprocedure moeten aanbestedende diensten ondernemers bovendien op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en transparantie betrachten in hun handelen.⁸² Deze gelijke behandeling

76 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 117.

77 COM(1996)583 def., p. 11, hierna: Groenboek Overheidsopdrachten.

78 Op 14 juni 1993 is de Consolidatierichtlijn Werken vastgesteld (Richtlijn 93/37/EEG, *PbEG* 1993, L-199/54). Het betreft de consolidatie van de Richtlijn Werken en de sindsdien daarop aangebrachte wijzigingen, waaronder de Wijzigingsrichtlijn Werken. Bij deze consolidatie zijn de bestaande richtlijnen inhoudelijk niet gewijzigd, zoals ook expliciet verzekerd door de Commissie, zo blijkt uit het advies van het Economisch en Sociaal Comité (*PbEG* 1992, C-106/11). Overigens hanteert de richtlijn zelf het begrip 'codificatie'. Mijns inziens is 'consolidatie' juist, aangezien het gaat om het samenvoegen van bestaande richtlijnen in één (nieuwe) richtlijn. Richtlijn 93/37/EEG is nadien gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG. De wijzigingen betreffen aanpassingen aan de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA) en zien niet op de definitie van overheidsopdrachten als zodanig.

79 Overweging 2 Aanbestedingsrichtlijn.

80 Art. 35 lid 2 en 58 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn.

81 Art. 7 jo. 28 Aanbestedingsrichtlijn.

82 Art. 2 Aanbestedingsrichtlijn.

van de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure vereist dat zij zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst.⁸³

De materiële gelijke behandeling naar nationaliteit van ondernemingen en personen uit andere lidstaten waar de vrij-verkeerbepalingen in het Verdrag op zien, is in de Aanbestedingsrichtlijn aldus expliciet uitgebreid tot gelijke behandeling van alle deelnemers aan een aanbestedingsprocedure, ongeacht hun nationaliteit.⁸⁴ Het algemene beginsel van gelijke behandeling is daarmee weliswaar in het Verdrag beperkt tot gelijke behandeling naar nationaliteit, maar komt in het kader van een aanbestedingsprocedure op grond van de Aanbestedingsrichtlijn alsnog als algemeen beginsel in de secundaire Uniewetgeving terug. Deze uitgebreide, algemene gelijke behandeling geldt niettemin enkel in het kader van een aanbestedingsprocedure die verplicht is op grond van de Aanbestedingsrichtlijn, zoals bij bovengrepelijke overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken.

3.1.8 Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)

De Aanbestedingsrichtlijn zal waarschijnlijk op korte termijn worden vervangen door een nieuwe richtlijn voor overheidsopdrachten ('de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn'). Voorafgaand aan de officiële start van dit meest recente moderniseringstraject, nam het Europees Parlement op 18 mei 2010 een niet-wetgevende resolutie aan over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten.⁸⁵ Daarin wijst het Parlement erop dat de huidige aanbestedingsrichtlijnen niet overal even helder zijn en, door politieke verschillen in de Raad en het Parlement, "tekstuele compromissen, leemtes en tegenstrijdigheden" bevatten. De jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en de *soft law* van de Commissie trachtten de juridische leemtes op te vullen, maar leiden volgens het Parlement niet tot meer overzichtelijkheid.

In januari 2011 heeft de Commissie met de publicatie van een groenboek de eerste officiële stap gezet op weg naar modernisering van de Aanbestedingsrichtlijn.⁸⁶ Mede naar aanleiding van de reacties op het groenboek heeft de Commissie op

83 HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-19/00 (*SIAC*), r.o. 34.

84 Dit gold impliciet ook voor de eerdere aanbestedingsrichtlijnen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (*Walse Bussen*), r.o. 33: "(...) De procedure van de richtlijn moet dus in acht worden genomen, ongeacht de nationaliteit of de plaats van vestiging van de inschrijvers."

85 Resolutie van het Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI)), *PbEU* 2010, C-161 E/38. Zie voor de ontwerp-resolutie en bijbehorende toelichting: Europees Parlement, Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI)), A7-0151/2010, 10 mei 2010.

86 Europese Commissie, 'Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt' d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def.

20 december 2011 het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn gepubliceerd.⁸⁷ Daarin is, volgens de Commissie, het begrip overheidsopdracht duidelijker gedefinieerd (zie hierover verder hoofdstuk 5). Ook is opgenomen wat moet worden verstaan onder één enkele aanbesteding, hetgeen alle werken, leveringen en diensten die nodig zijn om een bepaald project uit te voeren, bijvoorbeeld een project van werken of een geheel van werken, leveringen en/of diensten. Als de geraamde waarde van de aanbesteding als geheel de drempelwaarde overschrijdt, moet de aanbestedende dienst een Europese aanbestedingsprocedure doorlopen en het voornemen daartoe bekendmaken. Op die manier moet worden gewaarborgd dat aanbestedende diensten gelijke kansen bieden aan potentiële wederpartijen en dat ondernemers uit de hele interne markt ten volle gebruik kunnen maken van de fundamentele vrijheden wanneer zij concurreren voor overheidsopdrachten.⁸⁸ Hieruit blijkt dat ook de toekomstige aanbestedingswetgeving erop gericht is om het bieden van gelijke kansen te verplichten als uitwerking van de gelijke behandeling naar nationaliteit van ondernemers uit andere lidstaten die is vereist in het kader van de fundamentele vrijheden.

Het Commissievoorstel is vervolgens besproken in de raads werkgroepen, hetgeen tot dusver heeft geleid tot drie opeenvolgende compromisvoorstellen.⁸⁹ In de laatste tekst is bovenstaand voorstel om de omvang van één enkele aanbesteding te omschrijven, geschrapt. Naar verwachting zal de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn medio 2013 in werking treden, in welk geval deze uiterlijk medio 2015 moet zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet.⁹⁰

3.1.9 Concessierichtlijn (20..)

De ingezette modernisering omvat ook de Europese aanbestedingswetgeving voor concessieovereenkomsten. De Commissie heeft ervoor gekozen om de wetgevingstrajecten in het kader van de recente modernisering van de Europese aanbestedingsregels te scheiden in een traject voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten en een traject voor de Concessierichtlijn voor concessieovereenkomsten. Tegelijkertijd met het voorstel voor de Nieuwe

87 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def.

88 Zie de toelichting op het Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def., p. 3.

89 Te weten Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012 en Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012.

90 Art. 92 Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, dat voorziet in een implementatietermijn van 24 maanden.

Aanbestedingsrichtlijn is het voorstel voor de Concessierichtlijn gepubliceerd.⁹¹ De Commissie heeft daarin de definitie van concessieovereenkomsten willen verduidelijken (zie daarover verder hoofdstuk 6) en eveneens het concept van één enkele aanbesteding opgenomen. De regeling omtrent één enkele aanbesteding is later evenwel geschrapt.⁹² Aanbestedende diensten die een bovendrempelige concessieovereenkomst voor werken wensen te sluiten dienen op grond van het voorstel een aanbestedingsprocedure te doorlopen en hun voornemen hiertoe te kennen moeten geven middels een concessieaankondiging.⁹³ Net zoals bij overheidsopdrachten, strekt het voorstel ertoe dat aanbestedende diensten aldus gelijke kansen bieden aan potentiële wederpartijen voor concessieovereenkomsten boven de drempelwaarde.

De Concessierichtlijn wordt verwacht eveneens medio 2013 in werking te treden. Gelet op de daarin thans opgenomen implementatietermijn van 24 maanden, dient de richtlijn dan uiterlijk medio 2015 te zijn omgezet in de Nederlandse wetgeving.⁹⁴

3.2 IMPLEMENTATIE IN NEDERLANDSE WETGEVING

Ieder van bovenstaande aanbestedingsrichtlijnen diende door de lidstaten te worden geïmplementeerd in hun eigen nationale wetgeving. Ook Nederland was aldus gehouden de aanbestedingsverplichtingen uit die richtlijnen om te zetten in Nederlandse wetgeving, zodat Nederlandse overheden verplicht werden om gelijke kansen te bieden bij het gunnen van overheidsopdrachten en concessieovereenkomst boven de drempelwaarde. In deze paragraaf wordt een kort overzicht van deze nationale implementatie gegeven.

3.2.1 BAW (1973)

Ter implementatie van de Liberalisatierichtlijn Werken en de Richtlijn Werken voor de rijksoverheid, werd het Besluit aanbesteding van werken 1973 ('BAW') vastgesteld.⁹⁵ Veel stelde de implementatie niet voor; bij het plaatsen van opdrachten tot de uitvoering van werken in de zin van de richtlijnen, moesten de bepalingen uit die richtlijnen worden toegepast.⁹⁶ Naar aanleiding van de Wijzigingsrichtlijn Werken werd in het BAW opgenomen dat bij het sluiten van een concessieover-

91 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM(2011) 897 def.

92 Zie daarover paragraaf 3.3.3.

93 Art. 26 lid 1 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM(2011) 897 def.

94 Art. 49 Voorstel Concessierichtlijn – Algemene Oriëntatie.

95 Besluit van 6 april 1973, Stb. 1973, 202. Dit besluit was nog gebaseerd op het hierboven besproken art. 33 Comptabiliteitswet 1927.

96 Art. 2 lid 1 BAW 1973. Zie over deze summierse wijze van implementatie verder Van de Meent 1995, p. 185 e.v.

eenkomst in de zin van die richtlijn, de bijbehorende bepalingen moesten worden toegepast.⁹⁷

3.2.2 Walapuli (1977)

Voor de decentrale overheden (provincies, gemeenten en waterschappen) volgde de implementatie van de Liberalisatierichtlijn Werken en de Richtlijn Werken pas in 1977, door invoering van de Wet aanbesteding van werken lagere publiekrechtelijke lichamen ('Walapuli').⁹⁸ Naar analogie met het BAW was in deze korte wet (drie artikelen) voor decentrale overheden de verplichting opgenomen om bij het plaatsen van opdrachten tot de uitvoering van werken in de zin van de richtlijnen, de daarin vervatte bepalingen toe te passen. Deze aanbestedingsverplichting werd – naar aanleiding van de Wijzigingsrichtlijn Werken – later uitgebreid tot concessieovereenkomsten voor werken.⁹⁹

3.2.3 Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen (1993)

Begin 1993 is de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen vastgesteld en in werking getreden.¹⁰⁰ Deze wet had als doel de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en vormde enkel een (formele) basis voor AMvB's die regels bevatten ter uitvoering van communautaire maatregelen met betrekking tot aanbestedingen. Zo is op grond van de raamwet onder meer het Besluit overheidsaangebestedingen vastgesteld.¹⁰¹ De Walapuli werd bij deze wet ingetrokken. Ook

97 Stb. 1991, 475. De geconsolideerde tekst is gepubliceerd in Stb. 1991, 476. Een andere wijziging betrof de toepasselijkheid van het BAW op opdrachten die in de richtlijnen waren uitgezonderd. Naast voor werken in de zin van het BAW onder de drempelwaarde gold de aanbestedingsverplichting uit het BAW enkel nog voor werken als bedoeld in art. 3 lid 4 en art. 4 van de (gewijzigde) Richtlijn Werken. Het betrof – kort gezegd – een aantal expliciet in de richtlijn uitgezonderde typen van werken en werken op basis van internationale overeenkomsten. Het BAW is verder nog gewijzigd bij besluiten van 7 april 1987 (Stb. 1987, 226) en 3 maart 1988 (Stb. 1988, 202).

98 Stb. 1977, 669. Tot die tijd was volstaan met de publicatie van een circulaire, Stcrt. 1972, 149. Zie over deze implementatiemethode verder Van de Meent 1995, p. 186.

99 Stb. 1993, 432. De consolideerde tekst is gepubliceerd in Stb. 1993, 433. Deze wijziging vond plaats nadat de – hierna te behandelen – Raamwet was vastgesteld. Niettemin werd het destijds noodzakelijk geacht de Walapuli te wijzigen en niet de AMvB op grond van de Raamwet af te wachten. De reden hiervoor was het inmiddels ruim verstrijken van de implementatietermijn van Richtlijn 89/440/EEG (19 juli 1990). Zie hierover Van Marissing 1995, p. 262-263. Overigens was het verstrijken van deze termijn – en dientengevolge intredende rechtstreekse werking – al aanleiding om (wederom) een circulaire te publiceren met daarin informatie over Richtlijn 89/440/EEG; zie Stcrt. 1990, 145.

100 Stb. 1993, 212 (vaststelling) en Stb. 1993, 213 (inwerkingtreding).

101 In eerste instantie zag dit Besluit enkel op de implementatie van de Richtlijn Diensten, maar later werd het uitgebreid tot overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken in de zin van de Richtlijn Werken uit 1993. In de nota van toelichting

het deel van het BAW dat betrekking had op de implementatie van de Richtlijnen kwam daarmee te vervallen.¹⁰²

3.2.4 Bao (2005)

In 2005 is de Aanbestedingsrichtlijn in Nederland geïmplementeerd in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao').¹⁰³ Het Bao kwam in plaats van het Besluit overheidsaanbestedingen en hangt onder de hierboven genoemde raamwet. In de toelichting op het Bao stelt de minister dat de raamwet vervangen zal worden door een nieuw wettelijk kader en dat gekozen is voor implementatie door het Bao om de Europese implementatietermijn te halen. Tegen deze achtergrond is het dan ook begrijpelijk dat "steeds zo dicht mogelijk bij de tekst en de volgorde van de artikelen van de richtlijnen [is] gebleven. Waar dit voor de duidelijkheid van de verplichtingen noodzakelijk werd geacht, is van de tekst en volgorde van de richtlijnen afgeweken."¹⁰⁴ De definities van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken die in het Bao zijn opgenomen, zijn dan ook een kopie van de definities uit de Aanbestedingsrichtlijn.¹⁰⁵ Op andere punten is in het Bao wel afgeweken van de formulering van de Aanbestedingsrichtlijn. Daarbij kan worden afgevraagd of dat tot meer duidelijkheid heeft geleid;¹⁰⁶ tot inhoudelijk relevante verschillen leidt het evenwel niet. Vanwege deze inhoudelijke

bij het oorspronkelijke besluit werd echter al aangekondigd dat het besluit zal worden aangevuld met de onderwerpen 'werken' en 'leveringen' ter vervanging van "de nu bestaande en, achteraf gezien, weinig overzichtelijke nationale wetgeving terzake."; zie NvT, p. 5, Stb. 1993, 305. Deze aanvulling is gepubliceerd in Stb. 1994, 379; de geconsolideerde tekst in Stb. 1994, 380.

102 Het BAW was daarmee alleen nog van toepassing op werken (in de zin van het BAW) onder de Europese drempelwaarde; zie daarover hoofdstuk 9.

103 Stb. 2005, 408. Laatst gewijzigd bij Stb. 2010, 67.

104 NvT bij het Bao, p. 49; Stb. 2005, 408.

105 In de toelichting is ten aanzien van die definities nog het volgende opgemerkt: "Van een overeenkomst onder bezwarende titel is niet alleen sprake als de aanbestedende dienst een prijs betaalt, maar ook als een andersoortige economische tegenprestatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld een exploitatierecht." Overigens is in de MvT op het eerste wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet op dit punt een net iets andere formulering gekozen: "Van een overeenkomst onder bezwarende titel is niet alleen sprake als de aanbestedende dienst (...) een geldbedrag betaalt, maar ook als een andersoortige economische tegenprestatie wordt verstrekt, bijvoorbeeld een op geld waardeerbare andere tegenprestatie."; zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 501, nr. 3.

106 Zie bijvoorbeeld de splitsingsverboden in art. 9 lid 4 en lid 14 Bao, op grond waarvan een aanbestedende dienst zich niet mag onttrekken aan het Bao door "bijzondere regels te gebruiken voor de berekening van de geraamde waarde van de overheidsopdrachten". Deze toevoeging kent de Aanbestedingsrichtlijn niet; een vergelijkbare bepaling is wel in de richtlijn terug te vinden in art. 9 lid 7, al heeft die bepaling enkel betrekking op overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten die met een zekere regelmaat worden verleend of die bestemd zijn om gedurende een bepaalde periode te worden hernieuwd. Een ander voorbeeld betreft het onjuiste gebruik van het woord 'overheidsopdrachten' in plaats van 'opdrachten' in art. 8.

lijke overeenkomst, wordt in dit onderzoek alleen verwezen naar bepalingen uit de Aanbestedingsrichtlijn en niet naar de gelijklopende implementatie daarvan in het Bao.

3.2.5 Aanbestedingswet 2012

De vaststelling van het in 2005 aangekondigde nieuwe wettelijke kader heeft aanzienlijk meer tijd gevegd dan verwacht. Begin 2006 heeft de minister een wetsvoorstel voor de aanbestedingswet ingediend,¹⁰⁷ maar dat is na veel kritiek van buiten de politiek en later ook in de Eerste Kamer¹⁰⁸ uiteindelijk verworpen.¹⁰⁹

In 2009 volgde een concept voor een nieuw wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet. Dit concept werd openbaar ter consultatie voorgelegd.¹¹⁰ Anders dan het verworpen wetsvoorstel bevatte het concept zelf de omgezette tekst van de Aanbestedingsrichtlijn en was aldus niet (meer) afhankelijk van nadere uitwerking c.q. implementatie bij AMvB. De resultaten van de consultatie hebben vervolgens in juli 2010 geleid tot een wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet.¹¹¹ Ten aanzien van de implementatie van de Aanbestedingsrichtlijn, bevat het wetsvoorstel geen inhoudelijke afwijkingen van het Bao. In aanvulling op de Aanbestedingsrichtlijn voorziet de Aanbestedingswet met name in codificatie van de in hoofdstuk 4 te bespreken jurisprudentie van het Hof voor overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang die niet onder de Aanbestedingsrichtlijn vallen, alsook in een verplichte ‘bewuste keuze’ voor de te volgen aanbestedingsprocedure¹¹² en een gedetailleerde uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel.¹¹³ Desgevraagd heeft de minister laten weten niet de thans lopende Europese wetgevingstrajecten te willen afwachten, maar het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet door te

107 Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet), *Kamerstukken II* 2005/06, 30 501. Zie hierover ook Hebly & Wilman 2006.

108 Zelfs de minister was niet zonder kritiek op het wetsvoorstel: “Ik weet dat het wetsvoorstel op een aantal punten niet ideaal is. Dat ben ik met de heer Laurier eens. De huidige praktijk en de huidige wet is echter slecht.”; zie *Handelingen I* 2007/08, 38, p. 1656-1673.

109 Dit gebeurde op 8 juli 2008; zie *Handelingen I* 2007/08, 38, p. 1656-1673. Zie verder over de parlementaire geschiedenis van deze wet: Hebly & Berben 2010.

110 De betreffende documenten zijn beschikbaar via <<http://www.piano.nl/regelgeving/aanbestedingswet/consultatie-aanbestedingswet-2009>>.

111 Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 2.

112 Zie paragraaf 9.3.

113 Zie ook paragraaf 12.1.3.

zetten.¹¹⁴ De Aanbestedingswet is vervolgens aangenomen in de Eerste Kamer en in november 2012 in het Staatsblad gepubliceerd.¹¹⁵

3.3 VOORWAARDEN VOOR AANBESTEDINGSPLICHT

Uit de hiervoor beschreven ontwikkeling volgt dat in de huidige Europese aanbestedingswetgeving, zoals die is geïmplementeerd in het Nederlandse recht, het beginsel van gelijke behandeling bij opdrachtverstrekking eerst is uitgewerkt tot een negatieve verplichting (dat wil zeggen: het opheffen van beperkingen), gevolgd door een positieve verplichting (dat wil zeggen: het volgen van een aanbestedingsprocedure bij bovendrempelige opdrachten). Dit betekent dat als het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst inhoudt dat de overheid een bovendrempelige opdracht voor werken verstrekt, zij een aanbestedingsprocedure conform de aanbestedingswetgeving moet doorlopen.¹¹⁶

In deze paragraaf wordt nader ingegaan op de voorwaarden voor deze aanbestedingsplicht. Vervolgens wordt in paragraaf 3.4 aangegeven wat deze verplichting inhoudt (oftewel: Leidt het volgen van een aanbestedingsprocedure tot het bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen?) en in paragraaf 3.5 welke uitzonderingen daarop bestaan.

3.3.1 Drempelwaarde

Voor het bestaan van een aanbestedingsplicht is essentieel of de drempelwaarde wordt overschreden. De systematiek van een drempelwaarde als grens voor het toepassingsgebied bestond reeds in het oorspronkelijke Commissievoorstel voor wat uiteindelijk de Richtlijn Werken is geworden. Dit voorstel voorzag evenwel nog in twee drempels. Boven de onderste drempel was de richtlijn van toepassing; boven een tweede, hogere drempelwaarde gold bovendien dat het voornemen tot aanbesteden moest worden bekendgemaakt door middel van een aankondiging in het Publicatieblad.¹¹⁷

114 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. 20. Dit standpunt is gehandhaafd in *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, C, p. 5.

115 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, 542. In het vervolg van dit onderzoek wordt deze wet aangeduid als de ‘Aanbestedingswet’.

116 Art. 7 Aanbestedingsrichtlijn. Daarnaast bestaat in bepaalde omstandigheden ook voor de ontvanger van een subsidie een aanbestedingsverplichting (art. 8 Aanbestedingsrichtlijn) evenals voor een houder van een werkenconcessie (art. 63-65 Aanbestedingsrichtlijn).

117 Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233 def.

De Commissie vermeldde in de toelichting op dat voorstel dat de overheidsaanbestedingen onder de eerste drempel voor toepassing van de richtlijn van “geringe betekenis” zijn. Dergelijke opdrachten kunnen “in het algemeen niet voor de mededinging in het kader van de gemeenschappelijke markt van belang geacht (...) worden”.¹¹⁸ Ten aanzien van de tweede drempel (waarboven een voorafgaande bekendmakingsverplichting geldt) overwoog de Commissie dat “om redenen van materiële aard de gemeenschapspubliciteit niet voor alle opdrachten, waarop de coördinatiemaatregelen van toepassing zijn, zal kunnen plaatsvinden”.¹¹⁹ Welke redenen dat zijn, blijkt echter niet uit het Commissievoorstel. Mogelijk speelde een rol dat de kosten van het volgen van een aanbestedingsprocedure onder die tweede drempel te hoog werden geacht ten opzichte van de waarde van de opdracht. Nadat in het gewijzigde Commissievoorstel de onderste drempel nog was verhoogd,¹²⁰ verdween deze vervolgens geheel in de definitieve Richtlijn Werken. Alleen de bovenste drempel is als zodanig gehandhaafd, overigens na een aanzienlijke verhoging.¹²¹ Volgens de considerans konden opdrachten onder die drempel “voorlopig buiten de mededinging (...) worden gelaten zoals deze in deze richtlijn is geregeld”.¹²²

Bij de Wijzigingsrichtlijn Werken uit 1989 is de drempelwaarde wederom aanzienlijk verhoogd. Deze verhoging was ingegeven door “de stijging van de bouwkosten tussen 1971 en 1986 enerzijds en (...) het feit dat beneden een bepaald bedrag bij aannemersbedrijven nauwelijks enige interesse bestaat om in een andere Lid-Staat offertes in te dienen anderzijds”.¹²³ De Commissie meende hiermee de bekendmakingsprocedure te hebben beperkt tot “projecten die wegens het ermee gemoeide bedrag werkelijk van communautair belang zijn”.¹²⁴ Het Hof heeft deze redenering later bevestigd.¹²⁵ Ook komt deze relatie tussen de drempelwaarde en

118 Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233 def., 6^e overweging.

119 Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233 def., 7^e overweging.

120 Deze verhoging lost het probleem op “dat de richtlijn doet ontstaan voor bepaalde aanbestedende diensten die niet over voldoende administratief personeel beschikken.”; Gewijzigd Commissievoorstel van 4 maart 1966, COM(66) 59 def., p. 4.

121 Van 300.000 naar 1.000.000 rekeneenheden.

122 Richtlijn Werken, 8^e overweging.

123 Commissievoorstel Wijzigingsrichtlijn Werken d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., p. 4.

124 Commissievoorstel Wijzigingsrichtlijn Werken d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., p. 4.

125 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 52: “In dit verband heeft de in artikel 6 van de richtlijn [Werken] vastgestelde drempel tot doel te verzekeren dat overheidsopdrachten waarvan de waarde hoog genoeg is om intracommunautaire deelname te rechtvaardigen, aan de potentiële inschrijvers worden meedeeld.”

het daarboven veronderstelde grensoverschrijdende belang terug in de considerans van het voorstel voor de Concessierichtlijn.¹²⁶

Vanwege de Government Procurement Agreement ('GPA')¹²⁷ is de drempelwaarde in 1997 gewijzigd in een aantal SDR ('Special Drawing Rights').¹²⁸ Als gevolg daarvan worden thans iedere twee jaar de nieuwe, vanuit het aantal SDR omgerekende, drempelbedragen in euro's bekendgemaakt.¹²⁹ Voor 2012 en 2013 bedraagt de drempelwaarde voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken € 5 miljoen (excl. btw).¹³⁰

3.3.2 Berekening geraamde waarde

De Aanbestedingsrichtlijn kent voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken hetzelfde regime voor wat betreft de berekening van de geraamde waarde. De waarde van een concessieovereenkomst voor werken moet namelijk op grond van de Aanbestedingsrichtlijn worden berekend "volgens de regels voor overheidsopdrachten voor openbare werken" zoals die in de richtlijn zijn opgenomen.¹³¹

Voor de beoordeling of een concrete opdracht wel of niet boven de drempel uitkomt, neemt de Aanbestedingsrichtlijn als uitgangspunt de *geraamde* waarde, zoals deze geldt op het tijdstip waarop de procedure voor gunning van die opdracht wordt ingeleid.¹³² Bij de berekening van deze geraamde waarde moet rekening worden gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract, alsmede eventuele directieveringen.¹³³ Ook eventueel te betalen prijzengeld en andere betalingen aan

126 Zie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 18: "(...)The threshold should reflect the clear cross-border interest of concessions to economic operators located in other Member States. (...)".

127 De Government Procurement Agreement ('GPA') is een verdrag waar de Raad in WTO-verband goedkeuring aan heeft verleend bij Besluit 94/800/EG van 22 december 1994.

128 Richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997, *PbEG* 1997, L-328/1.

129 Zie Richtlijn 2004/18/EG, overweging 17 en art. 78.

130 Verordening 1251/2011 van 30 november 2011, *PbEU* 2011, L-319/43.

131 Volgens Hebly is het uitgangspunt daarbij "de prijs die naar alle waarschijnlijkheid voor de activiteit (het werk, de dienst en/of de levering) zou zijn betaald indien niet voor de weg van een concessie was gekozen"; zie Hebly 2003.

132 Richtlijn 2004/18/EG, art. 9. Overigens is dit al sinds de Richtlijn Werken het uitgangspunt.

133 Of zoals de Aanbestedingsrichtlijn het omschrijft: "de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke goederen welke door de aanbestedende dienst ter beschikking van de aannemer zijn gesteld."

gegadigden of inschrijvers moeten worden meegenomen in de berekening van de geraamde waarde.

De geraamde waarde moet worden bepaald vanuit het perspectief van de potentiële inschrijvers en niet vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst. Dit volgt uit het arrest *Auroux/Roanne* van het Hof.¹³⁴ Kort gezegd ging het daarbij om de realisatie van een multifunctionele accommodatie, waarbij de gemeente een deel in eigendom zou verkrijgen en de aannemer (SEDL) de overige delen aan derden mocht verkopen. De gemeente droeg ook bij aan de financiering van deze overige delen. De verwijzende rechter had drie mogelijkheden voorgesteld om de geraamde waarde van de opdracht te berekenen: *i*) het bedrag dat de gemeente zou betalen voor de werken die zij zou verkrijgen, *ii*) het totale bedrag dat de gemeente aan SEDL zou betalen, of *iii*) het totale bedrag dat SEDL zou ontvangen, bestaande uit de betalingen van de gemeente, alsmede uit de betalingen van derden in ruil voor de voor SEDL uitgevoerde werken. Het Hof koos voor de derde optie en overwoog daartoe dat voor de bepaling van de waarde van een opdracht rekening moet worden gehouden met de waarde van de opdracht vanuit het oogpunt van de potentiële inschrijvers.¹³⁵ Deze waarde omvat “niet alleen alle bedragen (...) die de aanbestedende zal moeten betalen, maar ook alle inkomsten die van derden zullen worden verkregen”. Deze overweging is overgenomen in de considerans van het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn.¹³⁶

Het ligt voor de hand dat deze overweging evenzeer geldt voor de berekening van de geraamde waarde van een concessieovereenkomst voor werken.¹³⁷ Dat is ook

134 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 48-57.

135 De A-G komt tot eenzelfde conclusie en verwijst daarbij onder meer naar r.o. 44 uit HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*): “Deze uitlegging beantwoordt aan de doelstelling van de richtlijn, namelijk te waarborgen dat ondernemingen uit andere lidstaten kunnen inschrijven op opdrachten of een geheel van opdrachten die om objectieve redenen in verband met de waarde ervan interessant kunnen zijn.” De A-G wijst in zijn conclusie erop dat ook de voor derden bestemde gedeelten van het recreatiepark via de algemene financiële bijdrage van de gemeente in aanzienlijke mate werden gesubsidieerd (para. 67). Hij beperkt bovendien expliciet zijn beantwoording tot de gevallen waarin een overheidsopdracht ziet op zowel de werken ten behoeve van de aanbestedende als die ten behoeve van derden (para. 65). In die situatie bestaat ten aanzien van het *volledige* project het gevaar dat buitenlandse inschrijvers worden benadeeld, aldus de A-G.

136 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012, overweging 9a.

137 Het Hof verwijst in *Auroux/Roanne* ook naar concessieovereenkomsten voor openbare werken. Bij die opdrachten wordt de tegenprestatie geheel of gedeeltelijk door derden geleverd en gelden bekendmakingsvoorschriften uit de Richtlijn zodra de drempelwaarde wordt bereikt. Het zou volgens het Hof tegen het aan de Richtlijn ten grondslag liggende doel en stelsel ingaan als bij overheidsopdrachten voor werken de van derden afkomstige bedragen zouden worden uitgesloten van de berekening

de visie van de Commissie, zo volgt uit haar voorstel voor de Concessierichtlijn.¹³⁸ Sinds het Compromisvoorstel is daar nog een lijst van elementen aan toegevoegd waarmee in ieder geval rekening moet worden gehouden bij de berekening van de geraamde waarde.¹³⁹ Beoogd is dat de geraamde waarde bestaat uit de verwachte totale opbrengsten van de concessiehouder gedurende de gehele looptijd van de concessie.

3.3.3 Activiteiten waarvan de gezamenlijk geraamde waarde moet worden berekend

Het uitgangspunt is dat de geraamde waarde moet worden berekend van de overheidsopdracht of concessieovereenkomst zoals deze is gedefinieerd door de aanbestedende dienst, oftewel de geraamde waarde van de overeenkomst.¹⁴⁰ Dit behoeft echter niet het geval te zijn als sprake is van een zogenoemde gemengde overeenkomst; deze zullen nader aan de orde komen in hoofdstuk 7. Verder regelt de Aanbestedingsrichtlijn in bepaalde gevallen de minimumomvang van de activiteiten waarvan de gezamenlijke geraamde waarde moet worden bepaald, ook als de opdrachten daartoe in meerdere overeenkomsten zijn vervat. Dat is ten eerste het geval voor zover de activiteiten betrekking hebben op een en hetzelfde ‘werk’ in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn. De omvang van een ‘werk’ wordt nader besproken in paragraaf 5.9.5.¹⁴¹ De Aanbestedingsrichtlijn bevat ook een daarmee samenhangend splitsingsverbod: voorgenomen werken mogen niet worden gesplitst om ze te onttrekken aan de toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn.¹⁴² Met andere woorden, een opdracht die de drempelwaarde overschrijdt, mag niet worden gesplitst in verschillende onderdelen die per stuk de drempelwaarde niet

van de waarde van de opdracht. Het lijkt mij dat het Hof met de verwijzing naar de werkenconcessie impliciet stelt dat daarbij de inkomsten van derden moeten worden ‘meegeteld’ bij de berekening van de geraamde waarde van de concessie. Het zou dan inconsistent zijn als dat bij overheidsopdrachten voor werken waarbij de aannemer een deel van inkomsten van derden verkrijgt, niet zou behoeven te gebeuren.

- 138 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten (Commissievoorstel Concessierichtlijn), COM(2011) 897 def., art. 6 lid 10. In de toelichting hierop verwijst de Commissie expliciet naar *Auroux/Roanne*; zie Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 15.
- 139 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, art. 6 lid 2.
- 140 Dit is ook de visie van de Nederlandse wetgever; zie NvT bij het Bao, Stb. 2005, 408, p. 61.
- 141 Zie over de praktische consequenties daarvan hoofdstuk 7.
- 142 Dit verbod werd ingevoerd bij art. 3 lid 2 Gewijzigd Commissievoorstel voor de Richtlijn Werken van 4 maart 1966, COM(66) 59 def.: “Een opdracht mag niet kunstmatig gesplitst worden bij de vaststelling van het toepasselijke grensbedrag.” Zie over dit verbod verder Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 78.

overschrijden om zo toepassing van de richtlijn te omzeilen. Praktisch gezien betekent dit, dat als een opdracht voor (werkzaamheden) aan één ‘werk’ is verdeeld over verschillende overeenkomsten, deze niet als afzonderlijke opdrachten mogen worden gezien, maar als onderdelen van één opdracht waarvan de totale geraamde waarde telt.¹⁴³

Het splitsingsverbod impliceert dat een opdracht een bepaalde minimumomvang heeft waarvan de geraamde waarde moet worden bepaald. Algemene aanwijzingen ten aanzien van wat deze omvang is of wanneer van een dergelijke splitsing sprake is, bevat de aanbestedingswetgeving echter niet.¹⁴⁴ Voor wat betreft de hier besproken opdrachtverstrekking voor werken moet daarom aangesloten worden bij de omvang van een ‘werk’.

Volgens de Commissie is van een splitsing in ieder geval geen sprake indien de waarde van de werken wordt berekend met inachtneming van alle werkzaamheden die noodzakelijk zijn om het geplande werk operationeel te maken, namelijk geheel afgewerkt en klaar voor het gebruik waarvoor het door de aanbestedende dienst is bestemd.¹⁴⁵ Deze open deur biedt evenwel weinig houvast om te bepalen wanneer van een ontoelaatbare splitsing sprake is en wanneer niet. Later heeft de Commissie hieraan toegevoegd dat het splitsingsverbod geldt voor elke vorm van splitsing die niet door objectieve redenen wordt gerechtvaardigd en dus uitsluitend bedoeld is om de voorschriften van de aanbestedingsrichtlijn te omzeilen.¹⁴⁶ Hieruit kan worden afgeleid dat splitsing wel toelaatbaar is indien hiervoor objectieve redenen aanwezig zijn, al geeft de Commissie niet aan welke dat zouden kunnen zijn. Ook in de voorgestelde Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn wordt de mogelijkheid van objectieve rechtvaardiging voor splitsing genoemd, maar niet verder toegelicht.¹⁴⁷ Als dat zo blijft, wacht de rechters in de lidstaten en bij het Hof de taak om deze rechtvaardigingsmogelijkheid verder in te vullen. Ook in het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn was een splitsingsverbod opgenomen,¹⁴⁸ in het Compromisvoorstel is deze bepaling echter geschrapt, zonder nadere toelichting.¹⁴⁹ Wat resteert, is de bepaling dat de concessieverle-

143 Zie verder paragraaf 7.3.

144 Het Economische en Sociaal Comité merkte in verband met het splitsingsverbod bij overheidsopdrachten voor leveringen al lang geleden op dat er geen enkele bepaling bestaat op grond waarvan opdrachten moeten worden samengetrokken, zodat ten aanzien van deze begrippen geen nauwkeurige beoordelingsmaatstaf aanwezig is. Zie *PbEG* 1972, C-30/17 (advies betreffende het Commissievoorstel voor (uiteindelijk) Richtlijn 77/62/EEG), opmerkingen bij art. 5 lid 2.

145 *Vademecum* 1987, p. 29.

146 Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997, p. 17.

147 Art. 5 lid 2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012.

148 Art. 6 lid 3 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

149 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel

ningsprocedure niet mag worden ontworpen met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om kunstmatig de mededinging te beperken.¹⁵⁰

Daarnaast is het de vraag of relevant is of de aanbestedende dienst bewust de aanbestedingswetgeving omzeilt. Met andere woorden, is een bepaalde vorm van opzet van de zijde van de aanbestedende dienst vereist? Advocaat-generaal Trstenjak beantwoordt deze vraag positief in haar conclusie bij de zaak *Commissie/Duitsland* over gemeentelijke bedrijfspensioenen.¹⁵¹ Deze uitleg lijkt ook het meest in overeenstemming met de formulering van het splitsingsverbod in de Aanbestedingsrichtlijn, waarin is opgenomen dat werken niet mogen worden gesplitst om ze onttrekken aan de richtlijn.¹⁵² Dit neemt evenwel niet weg dat praktisch gezien het (zeer) lastig kan zijn om een dergelijke opzet aan te tonen.¹⁵³

3.3.3.1 *Geraamde waarde van één ‘aanbesteding’*

In het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn was een nieuwe regeling opgenomen ten aanzien van welke activiteiten tezamen moeten worden genomen om daar de geraamde waarde van te berekenen en te vergelijken met de toepasselijke drempelwaarde. Het uitgangspunt voor de berekening van de geraamde waarde is daarin niet langer de overheidsopdracht als zodanig maar de ‘aanbesteding’.¹⁵⁴ Het is dan ook verboden om één enkele aanbesteding te

Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, art. 6.

150 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, art. 7.

151 Conclusie van de A-G van 14 april 2010 bij zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), para. 165: “De hieruit voortvloeiende onzekerheid is in casu van bijzonder belang. Noch Richtlijn 92/50 noch Richtlijn 2004/18 behelst immers een verbod voor de aanbestedende diensten om de aanbesteding voor een bepaald bedrag aan diensten op te splitsen. Een dergelijke opsplitsing kan slechts in strijd met de richtlijnen worden geacht wanneer zij plaatsvindt om de toepassing van deze richtlijn te ontgaan. Kunstmatige opsplitsingen van één enkele opdracht zijn om die reden verboden. Hoewel het Hof in ieder geval streng toezicht uitoefent op dit verbod, kan een dergelijke intentie om de richtlijnen te omzeilen niet zonder meer worden vermoed. Elk concreet geval van gunning van een opgesplitste opdracht dient te worden beoordeeld met inachtneming van de context en de bijzondere kenmerken ervan, waarbij in het bijzonder moet worden nagegaan of er gewichtige redenen zijn die vóór dan wel tegen de desbetreffende opsplitsing pleiten.”

152 Dit sluit ook aan bij wat het doel van het splitsingsverbod volgens het Hof is, namelijk “het voorkomen van elk gevaar van manipulatie”; zie HvJ EG 14 november 2002, zaak C-411/00 (*Felix Swoboda*), r.o. 58.

153 Zie Brown 2012.

154 Art. 4 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def. De Nederlandse taalversie noemt hier ‘opdrachten’ als uitgangspunt in plaats van ‘aanbestedingen’. Gelet op bijvoorbeeld de Engelse en Franse taalversies moet dit onjuist

splitsen, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen.¹⁵⁵ Met deze regelingen wil de Commissie verzekeren dat voor de berekening van de geraamde waarde wordt gerekend met het samengetelde bedrag van alle overeenkomsten die worden gesloten voor het doel van één aanbesteding en dat de aanbesteding als geheel moet worden bekendgemaakt, al dan niet opgedeeld in percelen.¹⁵⁶

Opmerkelijk is dat de Commissie in het verleden niet van een dergelijke regeling wilde weten. In zijn advies over de Wijzigingsrichtlijn Werken uit 1987 stelde het Economisch en Sociaal Comité namelijk voor dat afzonderlijke opdrachten die één projectgebied betreffen, ten behoeve van de richtlijn moeten worden samengevoegd per periode van twee jaar.¹⁵⁷ Dit was mede ingegeven door de op dat moment bestaande praktijk waarin projecten doelbewust werden gesplitst om de richtlijn te ontduiken.¹⁵⁸ Een dergelijke bepaling is destijds echter niet door de Commissie overgenomen in haar voorstel voor de Wijzigingsrichtlijn Werken.

Het begrip ‘aanbesteding’ wordt in het Commissievoorstel als volgt gedefinieerd:¹⁵⁹

“Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken, leveringen of diensten door een of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.

Een geheel van werken, leveringen en/of diensten, zelfs indien aangekocht in verschillende opdrachten, vormt één enkele aanbesteding in de zin van deze richtlijn indien de opdrachten deel uitmaken van één enkel project.”

In het Eerste en Tweede Compromisvoorstel is aan de laatste zin toegevoegd dat sprake is van één enkele aanbesteding indien de opdrachten deel uitmaken van één enkel project “met een functionele of economische continuïteit, dat wordt uitgevoerd binnen een kort tijdsbestek, rekening houdend met de technische en economische functies waarvoor de werken, diensten of leveringen bedoeld zijn”.¹⁶⁰ Dit sluit aan bij de ‘vaste’ jurisprudentie van het Hof dat de beoordeling of be-

worden geacht. In die taalversies vormen duidelijk aanbestedingen het uitgangspunt (‘procurements’ resp. ‘passations de marchés’).

155 Art. 5 lid 2 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def.

156 Overweging 4 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def. Ook hier geldt weer dat de Nederlandse vertaling onnodig verwarrend is omdat gesproken wordt over het begrip ‘opdracht’ terwijl ‘aanbesteding’ is bedoeld; dit blijkt duidelijk uit de Engelse en Franse taalversies.

157 *PbEG* 1987, C-319/55.

158 Zie over de praktijk de Mededeling van de Commissie aan de Raad, Overheidsopdrachten in de Gemeenschap, 10 februari 1987, COM(86) 375 def., p. 4.

159 Art. 1 lid 2 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def.

160 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012, art. 1 lid 2 (eigen vertaling).

paalde werken, leveringen of diensten onderdeel uitmaken van één project, moet plaatsvinden op basis van een functionele benadering, aldus de aangepaste considerans.¹⁶¹ Meer in het bijzonder lijkt te zijn aangesloten bij het recente arrest *Commissie/Duitsland* dat ging over het gefaseerd opdracht verlenen voor architectendiensten ten behoeve van de renovatie van een multifunctionele accommodatie.¹⁶² Het Hof kwam daarin – door middel van een analoge toepassing van de omvang van een ‘werk’¹⁶³ – tot de conclusie dat de architectendiensten uit de verschillende fasen in economisch en technisch opzicht een ‘innerlijke coherentie’ en een ‘functionele continuïteit’ vertonen. Om die reden vormden de diensten één opdracht en moest de geraamde waarde ervan bij elkaar worden opgeteld. Bovenstaande bepaling uit het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn over de omvang van een ‘aanbesteding’ c.q. een ‘project’ lijkt aldus een analoge toepassing te zijn van de reeds bestaande bepaling over de omvang van een ‘werk’ op situaties waarin een combinatie van werken, leveringen en diensten plaatsvindt aan één en hetzelfde werk.

Deze analogie blijkt ook uit de nadere omschrijving van één enkele aanbesteding in de bijbehorende considerans. Daarin was namelijk opgenomen dat één aanbesteding alle werken, leveringen en diensten omvat die nodig zijn om een bepaald project uit te voeren, bijvoorbeeld een project van werken of een geheel van werken, leveringen en/of diensten.¹⁶⁴ Aanwijzingen voor het bestaan van één enkel project vormen bijvoorbeeld de algemene voorafgaande planning en/of conceptie door de aanbestedende dienst, het feit dat de verschillende aangekochte onderdelen tezamen één enkele economische en technische functie vervullen of dat zij anderszins logisch met elkaar verbonden zijn en binnen een kort tijdsbestek worden uitgevoerd. Deze aanwijzingen lijken sterk op de relevante elementen om de omvang van een ‘werk’ te bepalen (zie daarover paragraaf 5.9.5).¹⁶⁵ De Commissie heeft dat ook bevestigd in een non-paper waarin zij de betreffende bepaling toe-

161 Overweging 4 Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, 12878/12, 24 juli 2012. De kwalificatie ‘vaste’ jurisprudentie lijkt hier wat voorbarig, aangezien tot op heden slechts twee arresten van het Hof dit onderwerp behandelen, te weten: HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*) en HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-574/10 (*Commissie/Duitsland*). Overigens was de Engelstalige tekst in het Eerste Compromisvoorstel “constant jurisprudence”, hetgeen in het Tweede Compromisvoorstel is gewijzigd in “well-established jurisprudence”. Zie verder over de functionele benadering paragraaf 5.1.2.3 e.v. hieronder.

162 HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-574/10 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 45.

163 Zoals toegepast door het Hof in het *Vendée*-arrest; zie paragraaf 5.9.5 hieronder.

164 Overweging 4 Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, 14418/12, 2 oktober 2012.

165 Met uitzondering van het vervullen van één technische *en* economische functie; voor de omvang van een ‘werk’ is namelijk voldoende dat de werkzaamheden één technische *of* economische functie vervullen. Zie over dit verschil ook ‘t Hart 2012a. Door de toevoeging in de hoofdtekst in het Eerste Compromisvoorstel dat relevant is of er een “functionele *of* economische continuïteit” is, moet aan voornoemd verschil in de considerans echter geen doorslaggevende betekenis worden toegekend.

licht.¹⁶⁶ Zij geeft daarbij aan dat deze bepaling een meer algemene regel stelt die voortbouwt op het *Vendée*-arrest, dat ging over de omvang van één ‘werk’.¹⁶⁷ Opmerkelijk is dat de overweging en bepaling over de omvang van één aanbesteding zijn geschrapt in het Derde Compromisvoorstel.¹⁶⁸ Kennelijk bestond er toch politieke weerstand tegen deze uitbreiding van de aanbestedingsplicht. Ongewijzigd zijn echter de verwijzingen naar een ‘aangebesteding’ in de bepalingen omtrent de berekening van de geraamde waarde (“De berekening van de geraamde waarde van een *aangebesteding* is gebaseerd op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst.”)¹⁶⁹ en het splitsingsverbod (“Een *aangebesteding* mag niet worden gesplitst om deze aan de toepassings sfeer van deze richtlijn te onttrekken, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen.”).¹⁷⁰ Het valt te verwachten dat deze verwijzingen zullen worden aangepast, nu de omvang van een ‘aangebesteding’ niet meer wordt beschreven in het richtlijnvoorstel. Tot op heden is dat evenwel niet gebeurd.¹⁷¹

Uit het voorgaande volgt dat de minimumomvang van de activiteiten waarvan de geraamde waarde bij elkaar moet worden opgeteld bij opdrachten voor werken niet wordt verruimd in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn; de omvang van een ‘werk’ blijft daarbij bepalend. Is echter niet alleen sprake van werken, maar ook van diensten en/of leveringen met betrekking tot hetzelfde ‘project’ c.q. dezelfde ‘aangebesteding’, dan was de gedachte eerst nog dat ook de geraamde waarde van die activiteiten moeten worden meegenomen. Of bepaalde activiteiten tot dezelfde aanbesteding c.q. hetzelfde project behoren, moet dan naar verwachting op dezelfde manier worden bepaald als het geval is bij verschillende activiteiten die al dan niet onderdeel uitmaken van een en hetzelfde werk. Dat laatste komt nog uitgebreid aan bod in paragraaf 5.9.5. Nu de bepaling over de omvang van één aanbesteding is geschrapt, geldt deze aggregatie niet meer en blijft de huidige situatie ongewijzigd.

166 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012, p. 4.

167 HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 47. Zie verder paragraaf 5.9.5. Opmerkelijk is dat de Commissie in het non-paper stelt dat het Hof in dat arrest oordeelde dat sprake was van “één enkele aanbesteding” (“*one single procurement*”). Het Hof sprak in dat arrest echter enkel over het bestaan van één werk.

168 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012.

169 Cursivering PH. Art. 5 lid 1 Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (eigen vertaling).

170 Cursivering PH. Art. 5 lid 2 Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (eigen vertaling).

171 Zie meest recent: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012.

Concessierichtlijn

In het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn is inhoudelijk gezien dezelfde regeling opgenomen als in het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Daarin is namelijk bepaald dat “de geraamde waarde van een concessie wordt berekend als de waarde van een geheel van werken of diensten, zelfs indien deze middels verschillende opdrachten worden aangekocht, wanneer de opdrachten deel uitmaken van één project.”¹⁷² Het enige verschil is dat in het voorstel het begrip ‘aanbesteding’ als zodanig niet wordt genoemd, maar dat neemt niet weg dat deze omschrijving overeenkomt met bovenstaande definitie van een aanbesteding uit het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Deze bepaling is sinds het Eerste Compromisvoorstel verplaatst van de hoofdtekst naar de considerans.¹⁷³ Op grond daarvan moeten aanbestedende diensten bij het berekenen van de geraamde waarde van een concessie rekening houden met de opbrengsten van alle overeenkomsten die onderdeel uitmaken van één enkele concessie.¹⁷⁴ Eén enkele concessie omvat alle leveringen, werken en diensten die nodig zijn voor de uitvoering van een bepaald project. In aanvulling op deze overwegingen is in de hoofdtekst de volgende bepaling over de omvang van één enkele concessie opgenomen:¹⁷⁵

“An entirety of works, and/or services, together with supplies which are incidental to the subject matter of a concession, even if subject to different concession contracts, constitutes a single concession within the meaning of this Directive, if the contracts are part of one particular project with a functional or economic continuity, taking into account the technical and economic functions that the works, services or supplies are intended to meet.”

In het Derde Compromisvoorstel voor de Concessierichtlijn is bovenstaande overweging gehandhaafd, maar is de bepaling over de omvang van één concessie uit de hoofdtekst geschrapt.¹⁷⁶ In het Vierde Compromisvoorstel is vervolgens ook de overweging geschrapt.¹⁷⁷ Gelet hierop, is – net als bij de Nieuwe

172 Art. 6 lid 2 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

173 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, overweging 10.

174 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 10.

175 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, art. 1(bis) lid 2.

176 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012, overweging 10.

177 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012; overweging 10 ontbreekt daarin.

Aanbestedingsrichtlijn – niet te verwachten dat de Concessierichtlijn op dit punt leidt tot wijziging van de huidige situatie.

3.4 AANBESTEDINGSPROCEDURE

Met inachtneming van het bovenstaande kan aldus worden bepaald in welke omstandigheden een opdracht de drempelwaarde overschrijdt. In dat geval is de betrokken overheid verplicht een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Deze procedure eindigt met de keuze voor een wederpartij en het sluiten van de overeenkomst tussen de overheid en deze winnaar. In het navolgende wordt onderzocht wat het doorlopen van een aanbestedingsprocedure inhoudt, zodat kan worden vastgesteld of de betrokken overheid daarmee verplicht is gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.¹⁷⁸

De Aanbestedingsrichtlijn kent verschillende verplichtingen afhankelijk van de vraag of het een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst voor werken betreft en of zich bepaalde bijzondere omstandigheden voordoen. De ‘standaard’ aanbestedingsprocedures voor ieder van beide type opdrachten worden daarom hieronder afzonderlijk besproken; de uitzonderingen komen in de volgende paragraaf aan bod. De keuze voor een bepaalde aanbestedingsprocedure wordt hier benaderd vanuit de voorwaarden die de Aanbestedingsrichtlijn daaraan stelt. Dat neemt evenwel niet weg dat zuiver bekeken vanuit het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, waarvan eerder bleek dat de aanbestedingswetgeving dat mede nastreeft,¹⁷⁹ aanbestedende diensten beperkingen van de mededinging als gevolg van de keuze voor een type aanbestedingsprocedure zouden moeten vermijden. Dit is recentelijk ook betoogd door Sánchez Graells, die meent dat aanbestedende diensten om die reden zouden moeten kiezen voor zo open mogelijke aanbestedingsprocedures.¹⁸⁰

3.4.1 Overheidsopdrachten

De aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten begint met het publiceren van een aankondiging waarin de betreffende aanbestedende dienst zijn voornemen om een bepaalde opdracht te verstrekken kenbaar maakt. De Commissie publiceert deze aankondiging in het Publicatieblad, vergezeld van een samenvatting met de belangrijke gegevens van de aankondiging in de andere officiële talen van

178 Voor meer informatie over de aanbestedingsprocedures als zodanig, zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009 en Essers 2009.

179 Zie paragraaf 3.1.4.

180 Zie Sánchez Graells 2011, p. 245-246 en p. 365. Aanbestedende diensten moeten daarbij evenwel rekening houden met een evenredige verhouding tussen de kosten en moeilijkheden van een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure enerzijds en de uiteindelijke mededingingsbeperkingen van een minder competitieve aanbestedingsprocedure anderzijds.

de Unie.¹⁸¹ Het doel van de in deze aankondiging gegeven inlichtingen is de ondernemers in alle lidstaten in staat te stellen uit te maken of de voorgenomen opdracht hen interesseert.¹⁸² Om die reden dienen zij afdoende te worden ingelicht over het voorwerp van de opdracht en de bijbehorende voorwaarden. Zo moet in de aankondiging onder meer zijn vermeld welk type procedure uit de aanbestedingswetgeving is gekozen (in beginsel de openbare of niet-openbare procedure) en welke criteria de aanbestedende dienst zal hanteren teneinde uiteindelijk de beste inschrijving te kiezen.

De keuze voor de beste inschrijving voltrekt zich in ieder geval in drie en soms in vier stappen.¹⁸³ Ten eerste worden de potentiële wederpartijen die zich hebben aangemeld of ingeschreven, getoetst aan de hand van uitsluitingsgronden, die bijvoorbeeld partijen uitsluiten die zich schuldig hebben gemaakt aan witwassen of fraude. Vervolgens wordt iedere potentiële wederpartij getoetst aan de hand van geschiktheidseisen, die betrekking hebben op diens economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid en bovendien verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Eventueel wordt ten derde het aantal geschikte gegadigden verder beperkt tot een van te voren vastgesteld maximumaantal aan de hand van objectieve en niet-discriminerende selectiecriteria (*shortlisting*).¹⁸⁴ Tot slot wordt van de niet-uitgesloten, geselecteerde potentiële wederpartijen, de beste inschrijving gekozen aan de hand van het vooraf vastgestelde gunningscriterium.¹⁸⁵ Dit kan zijn de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving. In dat laatste geval heeft de aanbestedende dienst meerdere subcriteria geformuleerd waaraan de inschrijvingen zullen worden getoetst. Daarbij zijn de aanbestedende diensten in beginsel vrij om te kiezen welke subcriteria zij zullen toepassen, al mag die keuze enkel betrekking

181 Art. 36 lid 4 Aanbestedingsrichtlijn.

182 Overweging 36 Aanbestedingsrichtlijn. Hetzelfde geldt voor personen en ondernemingen in bepaalde derde landen, op grond van verdragen tussen die landen en de EU; zie verder Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, hoofdstuk 22. Dit onderzoek beperkt zich tot de lidstaten van de EU.

183 Zie art. 44 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn.

184 Art. 44 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn. Dit is alleen mogelijk bij een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en een concurrentiegerichte dialoog.

185 Zie in dat verband ook overweging 37 uit het Eerste Compromisvoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn: “Om een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te bewerkstelligen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, dient de gunning van de opdracht te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen.”; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012.

hebben op criteria ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding.¹⁸⁶ Bovendien moeten de gunningscriteria volgens het Hof “verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, en alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het discriminatieverbod, eerbiedigen”.¹⁸⁷ Met de winnende inschrijver sluit de aanbestedende dienst uiteindelijk de overeenkomst. Bij alle stappen is de aanbestedende dienst verplicht de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en daarbij transparantie te betrachten.¹⁸⁸

De vereiste aankondiging in het Publicatieblad zorgt ervoor dat de aanbestedende dienst verplicht is de mogelijkheid om zijn wederpartij te worden bekend te maken. Omdat deze aankondiging bovendien vanuit alle lidstaten toegankelijk is en zelfs in samenvatting in alle talen van de Unie, is hiermee voldaan aan de eerste stap van het bieden van gelijke kansen zoals beschreven in paragraaf 1.2. De toewijzingssystematiek die volgt op de bekendmaking (te weten een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure), moet op grond van de Aanbestedingsrichtlijn objectief, transparant en non-discriminatoir zijn. Daarmee wordt ook voldaan aan de tweede stap van het bieden van gelijke kansen. Kortom, de aanbestedingsplicht voor bovendrempelige overheidsopdrachten houdt in dat de overheid gelijke kansen moet bieden aan alle potentiële wederpartijen.

3.4.2 Concessieovereenkomsten

Ook voor concessieovereenkomsten begint de aanbestedingsprocedure met de publicatie van de aankondiging in het Publicatieblad.¹⁸⁹ Deze aankondiging moet ten minste een aantal inlichtingen bevatten, waaronder de geschiktheidseisen en gunningscriteria.¹⁹⁰ Behalve een minimumtermijn van 52 dagen voor het indienen van de inschrijvingen, stelt de Europese aanbestedingswetgeving verder geen eisen aan de aanbestedingsprocedure voor concessieovereenkomsten. De regels zoals die gelden bij de aanbesteding van overheidsopdrachten zijn derhalve niet (naar analogie) van toepassing.

Niettemin zijn aanbestedende diensten onverminderd gehouden ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en daarbij transparant te handelen.¹⁹¹ Om die reden laat de Aanbestedingsrichtlijn geen ruimte voor een

186 Zie onder meer HvJ EG 28 maart 1995, zaak C-324/93 (*Diamorphine*), r.o. 42.

187 HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Concordia Bus Finland*), r.o. 64.

188 Art. 2 Aanbestedingsrichtlijn.

189 Art. 58 Aanbestedingsrichtlijn.

190 Art. 58 lid 2 Aanbestedingsrichtlijn jo. Bijlage VII B. Deze bepaling verwijst ten onrechte naar Bijlage VII C in plaats van Bijlage VII B. Deze typefout is met de implementatie in het Bao niet hersteld; ook art. 60 lid 2 Bao verwijst naar de verkeerde bijlage.

191 Art. 2 Bao en art. 2 Aanbestedingsrichtlijn.

aanbestedingsprocedure die niet objectief, transparant en non-discriminatoir is.¹⁹² Dit wordt ondersteund door het Hof, dat overwoog dat de verplichting om een aankondiging te publiceren “door de mogelijkheid van vergelijking van de offertes een mededingingsniveau [waarborgt] dat door de wetgever van de Europese Unie op het gebied van concessies voor openbare werken als bevredigend wordt beschouwd”.¹⁹³

Gelet op het voorgaande, bevat de aanbestedingswetgeving dus ook bij bovengrenpelige concessieovereenkomsten voor werken de verplichting voor de overheid om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. In het voorstel voor de Concessierichtlijn wordt dat geëxpliciteerd.¹⁹⁴

Volledigheidshalve wordt er nog op gewezen dat de bepalingen uit de Aanbestedingsrichtlijn over uitsluitingsgronden, alsook over de proportionaliteit van de geschiktheidseisen en de beperking van de gunningscriteria tot de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving niet van toepassing zijn bij concessieovereenkomsten. Dat laat echter onverlet dat het VwEU onverkort daarop van toepassing is; volgens de Commissie zijn aanbestedende diensten als gevolg daarvan gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel.¹⁹⁵ Concreet betekent dit beginsel dat iedere gekozen maatregel gezien de vastgestelde doelen zowel noodzakelijk als passend moet zijn. Zo mogen geen technische, professionele of financiële eisen worden gesteld die niet in verhouding staan tot het object van de concessieovereenkomst, aldus nog steeds de Commissie. Niettemin wijst de Commissie erop dat concessieverlenende instanties vrij zijn om de doelen te bepalen, met name op het gebied van prestaties en technische specificaties. In het

192 Zo ook de Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2. Zie bovendien de inbreukprocedure *Osbaldwick*, waarbij de Commissie in het met redenen omkleed advies stelde dat de gemeente York een open, transparante en niet-discriminerende aanbestedingsprocedure moeten volgen. De Commissie verwees daarbij naar HvJ EU 10 maart 1987, zaak C-199/85 (*Commissie/Italië*) en HvJ EU 17 november 1993, zaak C-71/92 (*Commissie/Spanje*). Deze arresten kunnen de stelling van de Commissie overigens niet goed dragen, aangezien daar andere punten aan de orde waren. Zie verder S. van Garsse, ‘Public-private partnerships, concessions and public procurement’, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings (2008), p. 221; W.M. Ritsema van Eck, ‘De werkenconcessie: een verkenning’, BR 2009, nr. 3, p. 237.

193 HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*), r.o. 56.

194 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten (Commissievoorstel Concessierichtlijn), COM(2011) 897 def., art. 7: “Contracting authorities and contracting entities shall treat economic operators equally and shall act in a transparent and proportionate way. (...)”

195 Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2.

voorstel voor de Concessierichtlijn zijn (wel) expliciete bepalingen opgenomen ten aanzien van de inhoud van selectie- en gunningscriteria.¹⁹⁶

3.5 UITZONDERINGEN

De aanbestedingswetgeving voorziet in een aantal uitzonderingen op de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij bovendrempelige overheidsopdrachten. Zo mag in sommige, uitzonderlijke gevallen een voorafgaande bekendmaking achterwege blijven omdat gebruik kan worden gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.¹⁹⁷ Dit is bijvoorbeeld mogelijk in geval van dwingende spoed door onvoorziene omstandigheden die niet aan de aanbestedende dienst zijn te wijten, evenals bij aanvullende werken die door onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden. Daarnaast kent de Aanbestedingsrichtlijn enkele uitzonderingen voor typen van overheidsopdrachten waarop de richtlijn in het geheel niet van toepassing is.¹⁹⁸ Geen van deze specifieke uitzonderingen zal normaal gesproken echter van toepassing zijn bij gronduitgifte.

In het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is toegevoegd dat die richtlijn geldt onverminderd artikelen 36, 51, 52, 62 en 346 VwEU.¹⁹⁹ Geen van deze bepalingen is evenwel relevant bij gronduitgifte, aangezien deze betrekking hebben op respectievelijk uitzonderingen voor goederen, uitzonderingen vanwege openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid en (overige) uitzonderingen vanwege veiligheid.

Dat geldt in mindere mate voor de gedeeltelijke uitzonderingsmogelijkheid die de percelenregeling biedt.²⁰⁰ Op grond van deze percelenregeling in de

196 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, art. 36 en 39.

197 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*), r.o. 47, waarin het Hof overweegt dat “de procedure van gunning via onderhandelingen het karakter van een uitzondering [heeft] en (...) slechts [kan] worden toegepast in de limitatief opgesomde gevallen”.

198 Art. 10-18 Aanbestedingsrichtlijn. Het betreft onder meer opdrachten op het gebied van defensie, opdrachten die geheim zijn verklaard en specifieke opdrachten voor diensten (zoals dienstenopdrachten die op basis van een alleenrecht worden gegend).

199 Ingevoerd in art. 1 lid 1 in Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012. Vervolgens is dit uitgebreid en verplaatst naar art. 1 lid 3 in Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012.

200 Art. 9 lid 5 sub a Aanbestedingsrichtlijn.

Aanbestedingsrichtlijn mogen aanbestedende diensten een overheidsopdracht in percelen (dat wil zeggen: afzonderlijke overeenkomsten) verdelen en voor kleine percelen afwijken van de toepassing van de richtlijn. Dit laat evenwel onverlet dat de geraamde waarde van de gezamenlijke percelen moet worden berekend en dat voor veruit het grootste deel van de opdracht de Aanbestedingsrichtlijn onverkort blijft gelden. Om die reden wordt hier verder niet ingegaan op de percelenregeling. Voor concessieovereenkomsten voor werken voorziet de Aanbestedingsrichtlijn eveneens in enkele uitzonderingen op de bekendmakingsverplichting. Dat is het geval voor bepaalde concessieovereenkomsten op het gebied van telecommunicatie, geheime concessieovereenkomsten en concessieovereenkomsten die op grond van internationale voorschriften worden gesloten.²⁰¹ Ook kan onder omstandigheden een bekendmaking voor aanvullende werken achterwege blijven.²⁰² Geen van deze gevallen zal zich echter normaal gesproken voordoen bij gronduitgifte. In het voorstel voor de Concessierichtlijn is verduidelijkt dat het achterwege laten van een voorafgaande bekendmaking is beperkt tot uitzonderlijke omstandigheden; daarvan is sprake in situaties waarin het bij voorbaat duidelijk is dat bekendmaking niet zou leiden tot meer mededinging, met name omdat er objectief gezien slechts één ondernemer is die de concessie kan uitvoeren.²⁰³

3.5.1 Grondposities

In het verleden is veel discussie gevoerd over de mogelijke invloed van de grondeigendom van een marktpartij als deze ook een potentiële opdrachtnemer is voor de uitvoering van werken op die grond. Deze situatie zou zich ook bij gronduitgifte door de overheid kunnen voordoen, namelijk als de wederpartij van de overheid vervolgens werken moet uitvoeren deels op de uitgegeven grond en deels op grond die al in eigendom was van de wederpartij. De overheid wordt dan geconfronteerd met de grondpositie van één potentiële wederpartij, als gevolg waarvan de overheid in feite geen aanbestedingsprocedure kan doorlopen zonder medewerking van die partij (omdat de overheid geen zeggenschap heeft over het deel van de grond dat niet in haar eigendom is).

Om dit probleem op te lossen werd wel gepleit voor het aanmerken van grondeigendom als een ‘exclusief recht’, zodat de uitvoering van de betreffende werken ‘om redenen van bescherming’ van dit exclusieve recht slechts aan een bepaalde aannemer, namelijk de grondeigenaar, konden worden toevertrouwd. In dat geval zou de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogen worden toegepast.²⁰⁴ Gezien de zeer restrictieve uitleg van het Hof ten aanzien van

201 Art. 57 Aanbestedingsrichtlijn.

202 Art. 61 Aanbestedingsrichtlijn.

203 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 19.

204 Dit is de formulering op basis van de Richtlijn Werken uit 1993. In de Aanbestedingsrichtlijn is deze uitzondering overgenomen, maar is de tekst enigszins gewijzigd in

dergelijke uitzonderingsgronden en het ontbreken van een echte noodzaak om de opdracht aan de grondeigenaar te gunnen – het hierna te bespreken ‘doorleggen’ of onteigenen is namelijk ook mogelijk – moet worden aangenomen dat deze uitzondering niet zo kan worden uitgelegd.²⁰⁵

Bovendien volgt uit de jurisprudentie van het Hof dat een grondpositie niet afdoet aan de Europese aanbestedingsplicht die op de aanbestedende dienst rust. Deze situatie deed zich voor in het *Scala*-arrest van het Hof met betrekking tot een overheidsopdracht voor werken.²⁰⁶ In dat geval ging het om de aanleg van een infrastructuurle voorziening door de grondeigenaar, waarbij deze na realisatie werd overgedragen aan de betreffende gemeente. Volgens het Hof kon “het gemeentebestuur zijn contractpartij niet (...) kiezen, omdat deze persoon volgens de wet noodzakelijkerwijs de eigenaar van de te verkavelen terreinen is”. Niettemin kwalificeerde de overeenkomst op grond waarvan het werk moest worden uitgevoerd als overheidsopdracht voor werken. Bij een overschrijding van de drempelwaarde, zo redeneerde het Hof, zou deze overeenkomst dan ook Europees moeten worden aanbesteed. Het Hof kwam vervolgens met een oplossing voor deze situatie.²⁰⁷

“Dat betekent niet, dat de richtlijn in geval van aanleg van een infrastructuurle voorziening slechts wordt nageleefd, indien het gemeentebestuur zelf de in deze

die zin dat in plaats van ‘exclusieve rechten’ wordt gesproken over ‘alleenrechten’; een inhoudelijke wijziging lijkt mij dit niet. Art. 31 lid 1 sub b Aanbestedingsrichtlijn luidt: “wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd;”

205 Dit is ook de conclusie van het rapport ‘Scala, Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden’, Bevindingen van de door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) ingestelde werkgroep, juni 2003. Daarin is het volgende opgenomen: “Onduidelijk is of de bescherming van exclusieve rechten in de zin van de richtlijn ook het recht van eigendom omvat. Bekend is dat de Commissie meent dat het hier uitsluitend om intellectuele eigendom gaat (zie eindnoot 12). Uit het Scala arrest noch uit andere uitspraken valt echter af te leiden of het Hof in bepaalde gevallen een beroep op eigendom als exclusief recht in de zin van deze bepaling zal erkennen of afwijzen. Zowel voor als tegen eigendom-als-exclusief-recht zijn steekhoudende argumenten te geven. Nu het echter gaat om een uitzondering op de aanbestedingsplicht en dus een bedreiging voor de verwezenlijking van het nuttig effect van de richtlijn zal het Hof in voorkomende gevallen ongetwijfeld een zo restrictief mogelijke uitleg kiezen en is het vrijwel uitgesloten dat grondeigendom als een exclusief recht in de zin van de richtlijn zal worden aangemerkt.” In 1993 achtte Janssen het reeds twijfelachtig dat de Commissie en het Hof ruimte zouden zien voor toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid; zie Janssen 1993. Zie in diezelfde zin ook Arrowsmith 2005, p. 417-418. Zeer stellig is Van Romburgh, die geen ruimte meer ziet voor procedures van gunning via onderhandelingen in dergelijke gevallen; zie Van Romburgh 2005, p. 155.

206 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*).

207 Naar analogie van de aanbestedingsverplichting zoals die geldt voor de houder van een concessie voor openbare werken.

richtlijn omschreven aanbestedingsprocedures toepast. Het nuttig effect daarvan zou evengoed worden verzekerd, indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant-vergunninghouder [lees: de grondeigenaar] door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kon verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de richtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de verplichtingen die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten. In dat geval moet de exploitant krachtens de met de gemeente gesloten overeenkomsten (...) worden beschouwd als houder van een uitdrukkelijke volmacht van de gemeente voor de aanleg van deze voorziening.”

Met andere woorden, de grondeigenaar kan op grond van een volmacht van de gemeente de betreffende werken Europees aanbesteden.²⁰⁸ Het Hof verduidelijkte later dat deze mogelijkheid niet geldt in een situatie waarin geen sprake is van een dergelijk gebrek aan keuzevrijheid ten aanzien van de (private) wederpartij op grond van de wet.²⁰⁹ Verder kan een aanbesteding niet achterwege blijven op grond van de enkele omstandigheid dat de aannemer/grondeigenaar zelf ook kwalificeert als aanbestedende dienst en als zodanig de Aanbestedingsrichtlijn in acht moet nemen.²¹⁰ In dat geval is immers nog niet gegarandeerd dat alle activiteiten van de betreffende overheidsopdracht aan mededinging worden blootgesteld, zoals het

208 Zie over praktische uitvoeringen hiervan ook Essers 2008; hij maakt een onderscheid tussen ‘economische en juridische doorlegging’.

209 HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 57. In dat geval is sprake van dienstverlening door de aannemer ten behoeve van de aanbestedende dienst, hetgeen als zodanig aanbestedingsplichtig kan zijn. Zie daarover ook (onder meer) Bregman 2007b.

210 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 65-68. Deze kwalificatie van de aannemer ontslaat de opdrachtverlenende aanbestedende dienst niet van zijn aanbestedingsplicht, aldus het Hof in het *Auroux/Roanne*-arrest. Het Hof lijkt daarvoor met name relevant te achten dat de enkele omstandigheid dat de aannemer zelf ook een aanbestedende dienst is, nog geen garantie vormt dat de oorspronkelijke opdracht aan dezelfde mededinging wordt blootgesteld als het geval zou zijn bij aanbesteding door de opdrachtverlenende aanbestedende dienst (d.w.z. aanbesteding van de gehele opdracht). De aannemer zou de opdracht namelijk kunnen onderverdelen in een aantal kleinere opdrachten, in welk geval sommigen daarvan onder de drempelwaarde kunnen blijven en als gevolg daarvan niet worden aanbesteed. Volgens het Hof zou zo “de toepassing van de richtlijn door het opzetten van een reeks opeenvolgende opdrachten kunnen worden omzeild.” De A-G merkte bovendien nog op dat alsdan de coördinatiefunctie van de (hoofd)aannemer onttrokken zou zijn aan welke aanbestedingsprocedure dan ook; zie de conclusie van de A-G van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 72. De A-G concludeerde vervolgens: “Eventuele latere aanbestedingsprocedures met onderaannemers kunnen derhalve niet het oorspronkelijk ontbreken van een aanbestedingsprocedure voor de verlening van de opdracht aan de hoofdaannemer compenseren.” Overigens bestond destijds nog niet de mogelijkheid om opdrachten te gunnen via een zogenoemde aankoopcentrale (art. 11 Aanbestedingsrichtlijn).

geval zou zijn bij een Europese aanbesteding van de gehele opdracht door de opdrachtverlenende aanbestedende dienst.²¹¹

In de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 is het bovenstaande vertaald naar de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling.²¹² Daarin wordt de stelling ingenomen dat het op basis van een volmacht aanbesteden door de grondeigenaar – oftewel het ‘doorleggen van de aanbesteding’ – is toegestaan als de grondeigenaar alle grond in eigendom heeft en beschikt over een wettelijk recht op zelfrealisatie.²¹³ Het zelfrealisatierecht brengt namelijk mee dat onteigening in beginsel niet mogelijk is en de betrokken overheid dus geen keuzevrijheid heeft. Bij doorleggen aan een grondeigenaar met een minder dominante grondpositie, wordt volgens de reiswijzer een ‘groot risico’ genomen. Mocht de grondeigenaar overigens weigeren het werk Europees aan te besteden, dan lijkt onteigening mogelijk te zijn.²¹⁴

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat in de Nederlandse situatie doorleggen in ieder geval mogelijk is als de grondeigenaar een zelfrealisatierecht heeft en om die reden niet kan worden onteigend. Zonder dat recht, heeft de overheid formeel wel keuzevrijheid (na onteigening). Vanwege de restrictieve benadering van het Hof in zijn jurisprudentie sinds *Scala*, ligt het in de lijn der verwachting dat het Hof in die gevallen doorleggen niet gerechtvaardigd zal achten. Hetzelfde geldt in een situatie van gronduitgifte ten behoeve van de uitvoering

211 Vergelijk Arrowsmith 2005, para. 6.31. Zie voor een soortgelijke redenering van het Hof met betrekking tot concessieovereenkomsten HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*), r.o. 76.

212 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 70.

213 Volgens Meesters is voldoende dat de private partij over een zo substantiële grondpositie beschikt, dat hij zich in het licht van de onteigeningsjurisprudentie kan beroepen op het recht op zelfrealisatie; zie Meesters 2011, p. 109. Voor het recht op zelfrealisatie moet de grondeigenaar kort gezegd ook bereid en in staat zijn om de bestemming te realiseren overeenkomstig de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering. In dat geval is onteigening niet mogelijk.

214 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 71, onder verwijzing naar de MvA bij de Grondexploitatiewet (*Kamerstukken I 2006/07*, 30 218, nr. D), waarin de minister tot de volgende conclusie is gekomen: “Mede naar aanleiding van dit onderzoek en de daarin aangehaalde jurisprudentie ben ik tot het oordeel gekomen dat in een onteigeningsprocedure geen succesvol beroep op het zelfrealisatieverweer gedaan kan worden, in geval de Europese aanbestedingsregels niet in acht genomen worden.” Zie ook Moolhuizen & Brackmann 2002; Mulder 2003; Van den Brand, Bregman & De Groot 2006, p. 128; Schueler & Mellenbergh 2006. Anders: het ICER Rapport *Scala* uit 2003; bij weigering tot aanbesteding door de grondeigenaar kon volgens het rapport niet enkel ‘ter aanbesteding’ worden onteigend. Een dergelijke onteigening zou een wetswijziging vereisen, die volgens de auteurs niet wenselijk is omdat minder ingrijpende oplossingen beschikbaar zijn. Zie ‘*Scala*, Gevolgen die Nederland aan het *Scala* arrest zou moeten verbinden’, Bevindingen van de door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) ingestelde werkgroep, juni 2003. Zie over deze discussie verder: M.O. Meulenbelt, ‘Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?’, BR 2002/857; De Groot 2007.

van een werk deels op die grond en deels op grond die al in eigendom is van een marktpartij. In dat geval zal de marktpartij evenwel per definitie niet alle grond in eigendom hebben en is de kans dat deze beschikt over een zelfrealisatierecht derhalve beperkt. Mocht de grondeigenaar daar niettemin over beschikken, dan kan hij de aanbestedingsprocedure voor het gehele werk doorlopen op basis van een volmacht van de overheid.

Wat van de mogelijkheid tot doorleggen ook zij, voor het bieden van gelijke kansen is het effect daarvan verwaarloosbaar. Immers, in die situatie zal de overheid de gelijke kansen om de werken uit te mogen voeren niet direct bieden, maar via de gevolmachtigde grondeigenaar. Voor de kansen van de potentiële wederpartijen anders dan de grondeigenaar, maakt het derhalve geen verschil. Om die reden is het in de praktijk ook nog maar de vraag of – bij gebruik van een dergelijke volmachtconstructie – een derde voldoende belang zal hebben om daartegen met succes bezwaar te maken. Inzet zal immers doorgaans zijn dat derden een kans op de opdracht willen, hetgeen evengoed mogelijk is als de grondeigenaar de Europese aanbestedingsprocedure organiseert. De grondeigenaar in kwestie zal daarentegen in beginsel niet mee kunnen dingen naar de door hem aan te besteden opdracht, omdat hij vermoed wordt dan over een ongerechtvaardigde kennisvoorsprong te beschikken.²¹⁵ Hetzelfde geldt voor een aan hem verbonden onderneming, zoals een ‘bouwpoet’ van een projectontwikkelaar die de grond in eigendom heeft.

Als de overheid een opdracht verstrekt in de vorm van een concessieovereenkomst, is de bovenstaande problematiek in het geheel niet aan de orde. Zoals in hoofdstuk 6 nader zal worden toegelicht, is het namelijk onmogelijk om een concessieovereenkomst te sluiten met een marktpartij voor de uitvoering van werken op grond die reeds in eigendom van die marktpartij is. Dit zal slechts anders zijn indien de grond op enig moment ter beschikking zou komen van de overheid.

3.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gebleken dat de Europese aanbestedingswetgeving, die in Nederland een-op-een is geïmplementeerd, voorziet in een expliciete verplichting om voor bovendrempelige overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Deze verplichting vindt haar grondslag in het algemene beginsel van gelijke behandeling, dat in het Verdrag is uitgewerkt in de gelijke behandeling naar nationaliteit (discriminatieverbod) en in het bijzonder in de vrij-verkeerbepalingen. De verplichting om bovendrempelige opdrachten Europees aan te besteden, strekt dan ook tot verwezenlijking van het vrije verkeer van vestiging en diensten, hetgeen zich concreet uit in materiële gelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. Bovendien wordt met de aanbestedingsverplichting de ontwikkeling van daadwerkelijke me-

215 Zie hierover onder meer Meesters 2011, p. 110.

dedinging binnen de Unie beoogd. De Europese aanbestedingsverplichting vormt daarmee een concrete uitdrukking van zowel het publiek- als het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel zoals dat in paragraaf 1.2.1 werd besproken.

De aanbestedingsplicht geldt voor opdrachtverstrekking met een geraamde waarde van meer dan de drempelwaarde (momenteel € 5 miljoen excl. btw). Deze geraamde waarde moet worden berekend vanuit het perspectief van de potentiële inschrijvers en op basis van de opdracht zoals deze is gedefinieerd door de aanbestedende dienst. De waarde van meerdere opdrachten voor werken moet evenwel samen worden genomen als deze betrekking hebben op één en hetzelfde 'werk'.

Concreet betekent het voorgaande dat als gronduitgifte door de overheid meebrengt dat deze overheid een bovendrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken verleent aan haar wederpartij, zij verplicht is gelijke kansen te bieden. In theorie bestaan op die verplichting uitzonderingen, maar geen daarvan zal normaal gesproken aan de orde zijn bij gronduitgifte. Ook een eventuele relevante grondpositie van een potentiële wederpartij maakt voor het bieden van gelijke kansen geen verschil; hoogstens leidt dat ertoe dat de grondeigenaar namens de overheid gelijke kansen moet bieden aan alle (overige) potentiële wederpartijen.

Het huidige recht voorziet aldus in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, in ieder geval voor zover de gronduitgifte de verstrekking van een bovendrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken inhoudt. Om beter te kunnen duiden wanneer dat het geval is, zal onderzocht moeten worden in welke omstandigheden een gronduitgifteovereenkomst moet worden beschouwd als overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken. Niettemin zal in het volgende hoofdstuk eerst worden gezien in hoeverre voor opdrachtverstrekking waarvan de geraamde waarde de drempelwaarde niet overschrijdt, toch een verplichting bestaat om gelijke kansen te bieden.

Hoofdstuk 4

Gelijke kansen bieden op grond van het VwEU

Als een gronduitgifteovereenkomst moet worden beschouwd als overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken, maar de geraamde waarde daarvan onder de drempelwaarde blijft, dan is de Europese aanbestedingswetgeving niet van toepassing en kan die wetgeving dus ook niet verplichten tot het bieden van gelijke kansen (zoals bleek in het vorige hoofdstuk). Mocht de onderdrempelige opdrachtverstrekking niettemin een Europese dimensie hebben, dan kunnen de aan die wetgeving ten grondslag liggende beginselen en bepalingen van het VwEU echter ook rechtstreeks verplichten tot het bieden van gelijke kansen. De ratio daarvan is – kort gezegd – dat zonder gelijke kansen ondernemers uit andere lidstaten naar nationaliteit zouden worden gediscrimineerd, hetgeen in strijd is met de vrij-verkeerbepalingen uit het Verdrag.

Het Hof heeft dat erkend in een reeks van arresten waarin het de zogenoemde ‘transparantieverplichting’ aannam.¹ Deze jurisprudentie concentreert zich voornamelijk op de eerste stap van het bieden van gelijke kansen, te weten de bekendmaking van de mogelijkheid om wederpartij van de overheid te worden. Niettemin zal in dit hoofdstuk blijken dat uit jurisprudentie van het Hof ook de tweede stap voor het bieden van gelijke kansen voortvloeit (een toewijzingssystematiek die objectief, transparant en non-discriminatoire is), zodat ook voor onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat.

Overigens is de term ‘transparantie’ zeer ruim en omvat deze veel meer dan de verplichting tot voorafgaande openbare bekendmaking.² Transparantie is ook wel omschreven als de ‘maatschappelijke multivitaminen’: het is overal goed voor en je hebt er niet gauw te veel van.³ De transparantie zoals die hier wordt behandeld, is evenwel beperkt tot transparantie in het kader van het bieden van gelijke kansen in twee stappen (bekendmaking en toewijzingssystematiek). Transparantie is dan geen doel op zich, maar strekt enkel tot het waarborgen van een gelijke behande-

1 Zie over dit onderwerp verder onder meer U. Neergaard, ‘Public Service Concessions and Related Concepts – the Increased Pressure from Community Law on Member States’ Use of Concessions’, (2007) 16 PPLR, p. 387 en Risvig Hansen 2012b.

2 Zie daarover bijvoorbeeld de nog te verschijnen dissertatie ‘The Principle of Transparency in EU Law’ van A.W.G.J. Buijze.

3 Scholtes 2012.

ling. In de context van dit onderzoek vormt het transparantiebeginsel dan ook ‘slechts’ een uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling.⁴

Het leerstuk van de transparantieverplichting is in eerste instantie ontwikkeld in het kader van concessieovereenkomsten voor diensten, maar is vervolgens door het Hof overeenkomstig toegepast op (onder meer) onderdrempelige overheidsopdrachten voor werken.⁵ In dit hoofdstuk wordt een kort overzicht van deze ontwikkeling gegeven (paragraaf 4.1), gevolgd door een nadere bespreking van de grondslag van de transparantieverplichting (paragraaf 4.2) en het daarvoor vereiste ‘duidelijk grensoverschrijdende belang’ als maatstaf voor de Europese dimensie van de opdrachtverstrekking (paragraaf 4.3). Vervolgens wordt bepleit dat de transparantieverplichting ook voor concessieovereenkomsten voor werken geldt, al heeft het Hof zich daarover nog niet kunnen uitlaten (paragraaf 4.4). Voor wat betreft de inhoud van de transparantieverplichting wordt eerst ingegaan op de verplichte voorafgaande bekendmaking (paragraaf 4.5) en daarna op de daaropvolgende toewijzingssystematiek (paragraaf 4.6). Verder gelden ook voor deze verplichting tot het bieden van gelijke kansen uitzonderingen, die bovendien veel ruimer zijn dan de uitzonderingen op grond van de Europese aanbestedingswetgeving (paragraaf 4.7). Tot slot zal worden stilgestaan bij de codificatie van dit leerstuk in de Nederlandse Aanbestedingswet (paragraaf 4.8), waarna wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.9).

4.1 ONTWIKKELING VAN DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING

Zoals gezegd, begon de erkenning van de transparantieverplichting door het Hof bij concessieovereenkomsten voor diensten. Dit type opdracht is van oudsher uitgesloten van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen. In het arrest

-
- 4 Zie ook HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 37: “Dienaangaande moet worden opgemerkt dat volgens de vaste rechtspraak van het Hof het transparantiebeginsel voortvloeit uit het beginsel van gelijke behandeling. (...)” In de literatuur is aan de orde gekomen of in het algemeen het transparantiebeginsel als zelfstandig Europeesrechtelijk beginsel moet worden erkend. Zie hierover onder meer Prechal & de Leeuw 2008, alsook Buijze & Widdershoven 2010.
- 5 Zie onder meer de volgende arresten: HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*); HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*); HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 14 juni 2007, zaak C-6/05 (*Medipac-Kazantzidis*); HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*); HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*); HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*); HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*); HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*); HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*); HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*); HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*); HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*); HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*); Gerecht 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*); HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*).

RI.SAN overwoog het Hof evenwel dat de niet-toepasselijkheid van een aanbestedingsrichtlijn⁶ nog niet uitsluit “dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer, die de lidstaten onder meer verplichten tot gelijke behandeling van en transparantie jegens de marktdeelnemers van andere lidstaten, relevant kunnen zijn”.⁷

Kort daarna overwoog het Hof in het *Unitron*-arrest dat het beginsel van non-discriminatie niet eng mag worden uitgelegd.⁸ Dit beginsel “verplicht onder meer tot transparantie, opdat de aanbestedende dienst zich ervan kan vergewissen dat het wordt nageleefd”. Deze overweging maakte het Hof in de specifieke context van de verplichting (op grond van de Richtlijn Leveringen) die op bepaalde concessiehouders rustte om het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht te nemen als een dergelijke concessiehouder overheidsopdrachten voor leveringen aan derden zou verlenen.⁹

Vervolgens heeft het Hof deze overweging uit die specifieke context gehaald en in het algemeen toegepast op concessieovereenkomsten voor diensten. Mede op basis van die overweging baseerde het Hof de transparantieverplichting in het baanbrekende *Telaustria*-arrest uit 2000.¹⁰ Het Hof overwoog daarin dat

6 In dat geval ging het om de Richtlijn Diensten (Richtlijn 92/50/EEG).

7 HvJ EG 9 september 1999, zaak C-108/98 (*RI.SAN*). Het Hof volgt daarmee de A-G; zie conclusie van de A-G 18 maart 1999, zaak C-108/98 (*RI.SAN*), para. 38.

8 HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98 (*Unitron*).

9 Op grond van art. 2 lid 2 van Richtlijn 93/36/EEG (Richtlijn Leveringen) moet een concessiehouder die zelf geen aanbestedende dienst is, maar aan wie een aanbestedende dienst wel speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, het beginsel van non-discriminatie op grond van nationaliteit in acht nemen als hij in het kader van die activiteit overheidsopdrachten voor leveringen bij derden plaatst. De betreffende bepaling luidt voluit: “2. Indien een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1, onder b), aan een andere concessiehouder dan de aanbestedende dienst, ongeacht de rechtsvorm hiervan, speciale of exclusieve rechten verleent om openbare diensten te verrichten, moet in de overeenkomst waarbij deze rechten worden verleend, worden bepaald dat deze concessiehouder, bij de overheidsopdrachten voor leveringen die hij in het kader van deze activiteit bij derden plaatst, het beginsel van non-discriminatie op grond van de nationaliteit in acht neemt.”

10 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*). Een voorbode daarvan lijkt gevormd te worden door de ‘Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht’ van april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2. In deze interpretatieve mededeling stelde de Commissie onder het kopje ‘gelijke behandeling’: “Het beginsel van gelijke behandeling brengt met name met zich dat de spelregels bij alle potentiële concessiehouders bekend moeten zijn en voor iedereen op dezelfde wijze moeten worden toegepast.” De Commissie geeft hiervoor geen nadere onderbouwing, maar verwijst enkel naar twee uitspraken van het Hof die betrekking hebben op het opheffen van beperkingen voor het vrij verkeer (en niet zien op enige bekendmaking). Verder wees de Commissie – onder verwijzing naar het *Waalse bussen*-arrest – erop “dat het Hof in zijn jurisprudentie over de laatste fasen van de procedure heeft verklaard dat het beginsel van transparantie een logisch uitvloeisel van het beginsel van gelijke behandeling is; het beginsel van transparantie beoogt het

concessieovereenkomsten voor diensten weliswaar van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren zijn uitgesloten, maar dat “de aanbestedende diensten die deze overeenkomsten sluiten, niettemin de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht moeten nemen”.¹¹ Vervolgens stelde het Hof – onder verwijzing naar het *Unitron*-arrest – dat dit verbod onder meer een verplichting tot transparantie inhoudt, zodat de aanbestedende dienst kan vaststellen of het wordt nageleefd.¹² Het Hof vervolgde met de volgende – cruciale – overweging:¹³

“Deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie houdt in, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.”

Oftewel, ter naleving van het verbod op discriminatie naar nationaliteit moet de aanbestedende dienst aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid garanderen. Op de wijze waarop deze openbaarheid zou moeten worden gegarandeerd, ging het Hof niet in.¹⁴ Later verduidelijkte het Hof dat bovenstaande overwegingen uit het *Telaustria*-arrest niet beperkt zijn tot concessieovereen-

nuttig effect van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen door te zorgen voor niet-vervalste concurrentieomstandigheden.” De Commissie herhaalde vervolgens bovenstaande overweging uit *Unitron*. Daarna stelde zij dat transparantie “door elk daartoe geëigend middel, waaronder publiciteit, [kan] worden gewaarborgd. Welk middel geëigend is, hangt af van en houdt rekening met de specifieke aspecten van de betreffende sectoren.” In de bijbehorende voetnoot is opgenomen dat transparantie kan worden gewaarborgd door, onder andere, publicatie van een (voor)aankondiging in dagbladen of gespecialiseerde kranten of door ‘uithanging’. Bovenstaande zinsnede “waaronder publiciteit” lijkt overigens te impliceren dat ook andere middelen dan publiciteit geschikt kunnen zijn om te voldoen aan het transparantiebeginsel.

11 HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*), r.o. 60.

12 Het Hof legde niet uit waarom de transparantieplichting die in de *Unitron*-zaak rustte op een bepaalde *concessiehouder* in dit geval ook rust op een aanbestedende dienst die optreedt als *concessieverlener*. Zie voor kritiek op *Telaustria* en de daardoor ontwikkelde transparantieplichting verder onder meer Pijnacker Hordijk & Meulenbelt 2005; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 150 e.v.

13 De hier ontwikkelde transparantieplichting moet overigens worden onderscheiden van de transparantieplichting zoals die geldt binnen een eenmaal opgestarte aanbestedingsprocedure. In beide gevallen gaat het weliswaar om uitloeisels van de beginselen van het Verdrag, maar de transparantieplichting zoals die hier wordt bedoeld ziet enkel op het verplicht openstellen voor mededinging van een opdracht die niet binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn valt. Zie voor transparantie binnen een eenmaal opgestarte procedure onder meer HvJ EU 12 december 2002, zaak C-470/99 (*Universale Bau*) en HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (*Succhi di Frutta*), r.o. 111.

14 Zie daarover paragraaf 4.6.

komsten in de nutssectoren zoals in dat arrest het geval was, maar ook op overige concessieovereenkomsten voor diensten toepasbaar zijn.¹⁵

Een jaar na *Telaustria* maakte het Hof in de *Vestergaard*-beschikking toepassing van deze transparantieverplichting mogelijk bij opdrachten onder de drempelwaarde.¹⁶ Uit de beschikking blijkt namelijk dat een aanbestedende dienst ook bij de verlening van een onderdrempelige overheidsopdracht moet voldoen aan de fundamentele regels van het Verdrag. De bevestiging van de transparantieverplichting bij onderdrempelige overheidsopdrachten volgde voor diensten in 2007 (*Correos*¹⁷) en voor werken in 2008 (*Commissie/Italië*). Hoewel de Nederlandse regering nog had gepleit voor een andere uitkomst,¹⁸ overwoog het Hof in dat laatste arrest daartoe het volgende:¹⁹

“In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de gemeenschapswetgever er uitdrukkelijk en principieel voor heeft gekozen om opdrachten die beneden een bepaalde drempel blijven, van de door hem ingevoerde openbaarmakingregeling uit te sluiten. Voor deze opdrachten heeft hij dus geen enkele specifieke verplichting opgelegd.

-
- 15 HvJ EG 30 mei 2002, zaak C-358/00 (*Duitse Bibliotheek*), r.o. 28.
- 16 HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*). De Commissie heeft overigens in een inbreukprocedure tegen Nederland met betrekking tot een gebiedsontwikkeling in Hoogezand-Sappemeer (zaak 2000/4318) gesteld dat op grond van *Vestergaard* en de verwijzing daarin naar *Telaustria* voor alle onderdrempelige opdrachten een voorafgaande transparantieverplichting geldt. De Commissie heeft deze inbreukprocedure later echter ingetrokken.
- 17 HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*). In HvJ EG 14 juni 2007, zaak C-6/05 (*Medipac-Kazantzidis*), r.o. 33, noemt het Hof al de verplichting tot transparantie voor opdrachten onder de drempel, maar uit dat arrest volgt mijns inziens (nog) niet duidelijk dat het Hof daarmee ook bedoeld een verplichting tot voorafgaande bekendmaking. De verwijzingen naar rechtsoverwegingen uit de eerdere arresten van het Hof zien namelijk (op één na) juist niet op de overwegingen waarin die verplichting tot voorafgaande bekendmaking werd aangenomen. Anders lijkt de visie van het Gerecht; zie Gerecht 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 84.
- 18 De lidstaat Nederland was in deze procedure geïntervenieerd. Volgens Nederland gold het transparantiebeginsel niet voor overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de toepasselijke drempelwaarde ligt; zie HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 62.
- 19 HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 65-66. Het Hof volgt hiermee de lijn van het ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ die is ingezet door (de grote kamer van) het Hof met betrekking tot B-diensten in HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*). Opmerkelijk is dat het *Correos*-arrest, dat dateert vlak ná *An Post*, een dergelijke overweging niet bevat. Wat hier ook van zij, het arrest *Commissie/Italië* is recenter dan *Correos* en ziet specifiek op onderdrempelige overheidsopdrachten voor werken. Bovendien is dat arrest ook bevestigd in HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*), r.o. 21. Gelet hierop, vormen de twee laatstgenoemde arresten mijns inziens de heersende leer en is daarmee afgeweken van het *Correos*-arrest.

Wanneer evenwel vaststaat dat een dergelijke opdracht een bepaald grensoverschrijdend belang vertoont, levert de gunning van deze opdracht aan een in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigde onderneming, zonder dat er sprake is van enige transparantie, een ongelijke behandeling op ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijkterwils in deze opdracht geïnteresseerd zijn. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling, die voornamelijk in het nadeel is van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen, die immers alle worden uitgesloten, een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (...).”

Met andere woorden, bij onderdrempelige opdrachten met een duidelijk²⁰ grensoverschrijdend belang geldt de transparantieplichting. Wat wordt bedoeld met een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ komt hierna in paragraaf 4.3 aan de orde.

Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn

In reactie op het groenboek van de Commissie met betrekking tot de modernisering van de Aanbestedingsrichtlijn,²¹ stelde het Europees Economisch en Sociaal Comité (‘EESC’) voor om alle onderdrempelige overheidsopdrachten vooraf elektronisch aan te kondigen.²² Volgens het EESC zou dat een eenvoudige manier zijn om vriendjespolitiek te voorkomen:

“Er zijn aanwijzingen dat de ondeugdelijke praktijk die het meeste voorkomt, vriendjespolitiek is, d.w.z. dat de aanbestedende instantie, soms zelfs zonder kennisgeving van de aanbesteding, een opdracht gunt aan een bevriende leverancier. Dit soort heimelijke praktijken worden niet snel opgemerkt omdat meestal pas later duidelijk wordt hoe de vork in de steel zit. Het EESC is van mening dat het vooraf adverteren van alle overheidsopdrachten via een elektronisch aanbestedingsproces dergelijke malafide praktijken kan helpen voorkomen zonder dat de overheidsdiensten met extra werk worden opgezadeld.”

20 In afwijking het *An Post*-arrest (HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03; bevestigd in HvJ EU 29 november 2007, zaak C-119/06 (*Commissie/Italië*)) spreekt het Hof hier van een ‘bepaald’ in plaats van een ‘duidelijk’ grensoverschrijdend belang. Naar verwachting betreft het een onjuiste c.q. afwijkende vertaling van het Franse ‘certain’ (dat ‘vaststaand’ betekent). Daarvoor pleit dat in een later arrest van het Hof het wederom gaat om een ‘duidelijk’ grensoverschrijdend belang, te weten HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*), r.o. 21. Zie in die zin ook Van Romburgh 2008.

21 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’ d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def.

22 Europees Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten — Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt (COM(2011) 15 definitief)*, PbEU 2011, C 318/113.

Het Comité van de Regio's was daarentegen van mening dat voor onderdrempelige opdrachten geen transparantieverplichting zou moeten gelden, omdat die niet onder het begrip 'grensoverschrijdend' zouden moeten vallen.²³ Volgens het Comité leert de huidige praktijk namelijk dat er slechts voor een zeer beperkt aantal opdrachten boven de Europese drempels buitenlandse gegadigden meedingen naar opdrachten. Het Comité zet zich daarmee echter af tegen het Gerecht, dat eerder overwoog dat "niet mag worden vermoed dat een overheidsopdracht waarvan de waarde onder de drempels (...) ligt, om die reden alleen slechts een nagenoeg onbeduidende impact op de interne markt zal hebben".²⁴

De voorgestelde Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn en Concessierichtlijn bevatten evenwel geen enkele bepaling over onderdrempelige opdrachten en blijven enkel van toepassing op opdrachtverstrekking boven de drempelwaarde. Dit neemt niet weg dat hetgeen daarin is opgenomen over de bepaling van de geraamde waarde van een opdracht, relevant is om te bepalen of een bepaalde opdracht inderdaad onderdrempelig is. Het ligt ook in de rede dat hetgeen hierboven is besproken over de activiteiten waarvan de gezamenlijke geraamde waarde moet worden bepaald, naar analogie geldt voor onderdrempelige opdrachten.²⁵

4.2 GRONDSLAG VAN DE TRANSPARANTIEVERPLICHTING

Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat bij onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang op de aanbestedende dienst een transparantieverplichting rust. Wat de grondslag van die verplichting precies is, blijkt – opmerkelijk genoeg – echter veel minder duidelijk uit die jurisprudentie.

In *Telaustria* noemde het Hof als enige grondslag het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. In het daaropvolgende *Coname*-arrest, dat ook ging over concessieovereenkomsten voor diensten, koos (de grote kamer van) het Hof voor een andere aanpak: een gebrek aan transparantie leidt tot ongelijke behandeling die, behoudens objectieve rechtvaardiging, een door artikelen 43 en 49 EG verboden indirecte discriminatie naar nationaliteit vormt.²⁶ Deze artikelen betreffen de vrijheid van vestiging respectievelijk het vrij verrichten van diensten (thans: artikelen 49 en 56 VwEU). In *Coname* en in vrijwel alle latere jurisprudentie worden beide bepalingen vaak in één adem genoemd. Deze combinatie ligt ook voor de hand als bedacht wordt dat als de potentiële wederpartij uit een andere lidstaat is gevestigd in de lidstaat waarin hij de opdracht wil uitvoeren, hij binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt zoals omschreven in artikel 49

23 Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, PbEU 2011, C-192/4.

24 Gerecht EU 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 87.

25 Zie paragraaf 3.3.3.

26 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*).

VwEU.²⁷ Is de potentiële wederpartij daarentegen niet in de lidstaat van bestemming gevestigd, dan is hij een grensoverschrijdend dienstverrichter waarvoor de vrijheid van dienstverrichting van artikel 56 VwEU geldt. Het Hof heeft erkend dat de overgang tussen beide niet in zijn algemeenheid kan worden bepaald.²⁸ Zo kunnen diensten die vanuit een kantoor in de lidstaat van bestemming worden verricht, toch onder het vrij verrichten van diensten vallen en niet onder de vrijheid van vestiging als die diensten niet op een ‘duurzame’ wijze worden verricht. Door beide vrij-verkeerbepalingen samen te noemen, worden eventuele afbakeningskwesties tussen beide bepalingen vermeden.

In het *Parking Brixen*-arrest ging het Hof uitgebreider in op de grondslagen van de transparantieplichting.²⁹ Het wees erop dat de artikelen 43 en 49 EG een bijzondere uitdrukking zijn van het beginsel van gelijke behandeling, net zoals het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit dat is.³⁰ Volgens het Hof zijn het de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit die (met name) een transparantieplichting inhouden. Het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging is niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 43 en 49 EG en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, aldus het Hof. Met andere woorden, het gebrek aan transparantie levert strijd op met zowel de vrij-verkeerbepalingen als de beginselen die aan die bepalingen ten grondslag liggen.

Deze gecombineerde grondslag van de vrij-verkeerbepalingen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, komt echter lang niet in alle gevallen terug in de latere jurisprudentie. Het Hof volstaat in een aantal arresten met het herhalen van bovenstaande redenering uit *Coname*, waarin de beginselen niet worden genoemd,³¹ terwijl in andere arresten juist de ‘*Parking Brixen*-lijn’ wordt gevolgd.³²

Na een aantal wisselingen tussen beide lijnen, kwam het Hof in het *Coditel*-arrest met nog een (enigszins) andere insteek. In dat arrest overwoog het Hof dat de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel een transparantieplichting inhouden voor dienstenconcessies.³³ De ‘fundamentele regels van het EG-Verdrag’ vor-

27 HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 30.

28 HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 32.

29 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 48-50.

30 Zie hierboven, paragraaf 3.1.6.

31 Zie HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*).

32 Zie HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAF*), HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*).

33 HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*), r.o. 25. Vanwege de plaatsing van de komma’s zou de betreffende overweging zich ook zo kunnen laten lezen dat de transparantieplichting enkel voortvloeit uit het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel. Dit lijkt echter niet waarschijnlijk, aan-

men ook de grondslag bij de voorlopig meest recente benadering door het Hof. In het *Wall*-arrest heeft het Hof het namelijk over “de fundamentele regels van het EG-Verdrag, met name de artikelen 43 EG en 49 EG, en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting”.³⁴ Hoewel het Hof daarbij verwijst naar *Parking Brixen*, noemt het als grondslag voor de transparantieplichting enkel de fundamentele regels van het Verdrag, in het bijzonder de vrij-verkeerbepalingen, en niet tevens de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Deze benadering heeft het Hof vervolgens herhaald in het *Stadler*-arrest.³⁵ Welke de ‘fundamentele regels’ van het Verdrag zijn, volgt niet uit bovenstaande jurisprudentie. Wel is duidelijk dat de vrij-verkeerbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten tot die categorie behoren.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de vrij-verkeerbepalingen van artikelen 43 en 49 EG c.q. 49 en 56 VwEU de eigenlijke grondslag vormen voor de transparantieplichting. Het achterwege laten van de vereiste transparantie levert strijd op met deze bepalingen en is om die reden een onrechtmatige beperking van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verrichten van diensten. Hieruit blijkt duidelijk de al eerder genoemde keuze van het Hof voor een meer materiële gelijke behandeling bij de toepassing van deze vrij-verkeerbepalingen.³⁶ De overheid die de vereiste transparantie achterwege laat, behandelt formeel gezien potentiële wederpartijen uit andere lidstaten namelijk niet anders dan nationale potentiële wederpartijen; van strijd met het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel is dan ook geen sprake.³⁷ Door het ontbreken van transparantie komen deze buitenlandse potentiële wederpartijen evenwel in een feitelijk ongelijke positie te verkeren, als gevolg waarvan zij – op basis van hun nationaliteit – materieel niet gelijk worden behandeld met hun concurrenten in de lidstaat van de opdrachtverstrekende overheid. Uit de jurisprudentie volgt dat vanwege deze dreigende inbreuk

gezien dan de verwijzing naar de fundamentele regels van het EG-Verdrag zinledig zou zijn. De overweging luidt (voor zover relevant): “moeten de overheidsinstanties die deze overeenkomsten sluiten, toch de fundamentele regels van het EG-Verdrag, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en het gelijkheidsbeginsel alsmede de transparantieplichting die deze inhouden, in acht nemen”.

34 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*). De interpunctie in de Nederlandse vertaling van deze zinsnede moet onjuist worden geacht. In die vertaling staat namelijk letterlijk “de fundamentele regels van het EG-Verdrag, met name de artikelen 43 EG en 49 EG en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting”. Dit zou betekenen dat de transparantieplichting (enkel) voortvloeit uit artikelen 43 en 49 EG en niet rechtstreeks uit de fundamentele regels van het Verdrag. Op dit punt wijkt de Nederlandse taalversie echter af van de interpunctie in bijvoorbeeld de Duitse (procestaal) en Franse taalversies. Daarin staat respectievelijk “die Grundregeln des EG-Vertrags, insbesondere die Art. 43 EG und 49 EG, sowie die daraus fließende Transparenz-pflicht” en “les règles fondamentales du traité CE, notamment les articles 43 CE et 49 CE, ainsi que l’obligation de transparence qui en découle”.

35 HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*).

36 Zie paragraaf 3.1.6.

37 Zie daarover paragraaf 1.2.1.

op het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel, de overheid verplicht is het voornemen tot opdrachtverstrekking openbaar bekend te maken; de materiële gelijke behandeling van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten vereist aldus niet alleen het achterwege laten van discriminatie ('negatief') maar ook proactief handelen van de overheid ('positief').³⁸

De transparantieplichting, die aldus is vereist omwille van een meer materiële *publiekrechtelijke* gelijke behandeling, draagt ook bij aan de materiële *privaatrechtelijke* gelijkheid. Immers, door de transparantie ontstaan meer gelijke concurrentiekansen voor de potentiële wederpartijen. Dit sluit aan bij de eerder aangehaalde overweging van het Hof dat artikelen 49 en 56 VwEU ook het "openstellen van de markt in de lidstaten voor een onvervalste mededinging" nastreven.³⁹ Het Hof noemt in zijn jurisprudentie over de transparantieplichting als grondslag evenwel met name de gelijke behandeling door de overheid (materiële publiekrechtelijke gelijkheid) en nagenoeg niet de – daarmee samenhangende – gelijkere concurrentiekansen voor de potentiële wederpartijen (materiële privaatrechtelijke gelijkheid).⁴⁰ Hieruit kan worden opgemaakt dat volgens het Hof de materiële publiekrechtelijke gelijke behandeling van buitenlandse potentiële wederpartijen conform artikelen 49 en 56 VwEU de primaire grondslag van de transparantieplichting vormt.

De beginselen van gelijke behandeling naar nationaliteit en transparantie die aan de vrij-verkeerbepalingen ten grondslag liggen, worden gebruikt om de strekking van die verdragsbepalingen uit te leggen;⁴¹ deze beginselen vormen echter geen zelfstandige grondslag voor de transparantieplichting (dat wil zeggen: zonder dat sprake is van een schending van de vrij-verkeerbepalingen). De manier waarop

38 Vergelijk Prechal 2004. Zij wijst erop dat de introductie van het concept 'indirecte discriminatie' duidt op een meer materiële benadering van gelijkheid, hetgeen bovendien verder gaat dan het negatieve concept van discriminatie (als een 'verbod op'). Daadwerkelijke gelijkheid bestaat volgens haar niet alleen uit het bestrijden van discriminatie maar ook uit het nemen van positieve en proactieve maatregelen.

39 Voorheen artikelen 43 en 49 EG; zie over die artikelen en het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel paragraaf 3.1.6.

40 Een arrest waarin het belang van de mededinging wel expliciet werd genoemd in relatie tot de transparantieplichting is HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), waar het Hof in r.o. 50 het volgende overweegt: "Het volstrekt ontbreken van een oproep tot mededinging bij de gunning van een openbare dienstenconcessie zoals die in het hoofdgeding is evenwel niet in overeenstemming met de vereisten van de artikelen 43 EG en 49 EG en evenmin met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie." Zie in dat verband ook Risvig Hansen 2012b, p. 169. Zij is van mening dat de transparantieplichting een verplichting inhoudt om mededinging voor de opdracht te creëren. Deze focus op de mededinging miskent evenwel dat het Hof juist met name het voorkomen van indirecte discriminatie noemde als grondslag voor de transparantieplichting (en niet het bevorderen van de mededinging).

41 Zie daarover paragraaf 3.1.6.

het Hof naar die beginselen verwijst in *Parking Brixen* en de daarop gebaseerde latere arresten komt dan ook onnodig verwarrend over. Het Hof zou er goed aan doen om in het vervolg te volstaan met de argumentatie dat de transparantieverplichting bestaat omdat het ongerechtvaardigd achterwege laten van transparantie in strijd is met artikelen 49 en 56 VwEU, in het licht van de aan die artikelen ten grondslag liggende beginselen van gelijke behandeling naar nationaliteit en transparantie. Dit zou helderheid verschaffen over de grondslag van de transparantieverplichting, terwijl het niet afdoet aan (de verplichting tot) het bieden van gelijke kansen.

4.3 DUIDELIJK GRENSOVERSCHRIJDEND BELANG

Een beroep op de vrij-verkeerbepalingen is alleen mogelijk als er aanknopingspunten zijn met de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties.⁴² Bij een situatie die zich in al haar aspecten binnen één lidstaat afspeelt ('zuiver interne situatie'), zijn deze bepalingen derhalve niet van toepassing. In de vorige paragraaf bleek dat de transparantieverplichting is gebaseerd op deze vrij-verkeerbepalingen. Het verbaast dan ook niet dat voor de toepassing van die verplichting eveneens aanknopingspunten met de door het gemeenschapsrecht geregelde situaties (oftewel een Europese dimensie) zijn vereist. Dit is voor de transparantieverplichting vertaald in het vereiste duidelijk grensoverschrijdende belang.

Opmerkelijk genoeg formuleerde het Hof dit vereiste pas in zijn latere arresten over de transparantieverplichting. Het Hof noemde dit voor het eerst in het *An Post*-arrest uit 2007, dat ging over voorafgaande bekendmaking bij zogenoemde B-diensten.⁴³ Vervolgens herhaalde het Hof dit vereiste in arresten over onderdrempelige opdrachten⁴⁴ en concessieovereenkomsten voor diensten.⁴⁵ Voor die tijd leek het Hof een veel ruimere toepassing van de transparantieverplichting voor ogen te hebben.⁴⁶ Aanleiding daarvoor was met name het arrest *Parking Brixen*, waarin alle betrokken partijen in dezelfde lidstaat waren gevestigd.⁴⁷ Een van die partijen voerde daarom aan dat het een zuiver interne situatie betrof. Het Hof ging daar niet in mee en benadrukte dat niet kon worden uitgesloten dat in andere lidstaten gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden voor het verrichten

42 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*), r.o. 67. Zie meer in het algemeen voor de vrijheid van vestiging HvJ EG 9 september 1999, zaak C-108/98 (*RI.SAN*); HvJ EG 20 april 1988, zaak 204/87 (*Beakert*), r.o. 12 en HvJ EG 25 juni 1992, zaak C-147/91 (*Laderer*), r.o. 7. Voor het vrij verkeer van diensten zie onder meer HvJ EG 18 maart 1980, zaak 52/79 (*Debauve*), r.o. 2. Zie in het algemeen over interne situaties: Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 494-495.

43 HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*).

44 HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*).

45 HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*), r.o. 59 en HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*), r.o. 49.

46 Zie Manunza 2006.

47 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 53-55.

van de betrokken diensten. Het achterwege laten van transparantie leverde derhalve een potentiële discriminatie op van die ondernemingen. Bovendien overwoog het Hof in datzelfde arrest dat “het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers [van] toepassing [is] op openbare dienstenconcessies, ook wanneer van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is”. Met zijn latere jurisprudentie is het Hof hier op teruggekomen, althans heeft het verduidelijkt dat de transparantieverplichting pas aan de orde kan zijn als het een situatie betreft die duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Opgemerkt wordt dat op zichzelf het loslaten van het interstatelijkheidsvereiste – oftewel van het vereiste duidelijk grensoverschrijdende belang – zou bijdragen aan de in dit onderzoek bepleite gelijke kansen. Zonder deze ‘ondergrens’ van het Europese recht zou de transparantieverplichting immers ook in zuiver interne situaties gelden en dus leiden tot een uitgebreidere expliciete verplichting om bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden. Niettemin wordt een dergelijke uitbreiding hier niet voorgestaan, omdat deze zou ingaan tegen de Unierechtelijke beginselen van evenredigheid en subsidiariteit.⁴⁸ Zonder Europese aanknopingspunten ontbreekt de rechtvaardiging voor Europese regulering: het is niet nodig ter verwezenlijking van de interne markt en de lidstaten zijn zelf voldoende in staat om in die situaties regulerend op te treden. Gelet hierop, dient er een onderscheid te zijn tussen zuiver nationale situaties en situaties die onder het Europese recht vallen. De aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang is daarvoor het relevante criterium. Ontbreekt dat belang, dan kan niet op grond van het VWEU een verplichting tot het bieden van gelijke kansen worden aangenomen.

Wat is dan een duidelijk grensoverschrijdend belang? Uit *Coname* blijkt dat het Hof een ‘zeer geringe economische betekenis’ van de opdracht ziet als aanwijzing dat ondernemingen uit andere lidstaten daarin niet geïnteresseerd zullen zijn.⁴⁹ In *Secap/Torino* maakte het Hof duidelijk dat het erom gaat dat de opdracht door het duidelijk grensoverschrijdende belang “marktdeelnemers uit andere lidstaten kan aantrekken”. Niet alleen de waarde is daarvoor van belang, maar ook de aard en de plaats van uitvoering van de opdracht spelen een rol, zoals blijkt uit de volgende overweging.⁵⁰

48 Zoals uitdrukkelijk opgenomen in art. 5 VEU. Zie hierover ook Hessel 2006.

49 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*), r.o. 20.

50 HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*), r.o. 24. Het Hof lijkt hiermee aan te sluiten op de interpretatieve mededeling van de Commissie uit 2006 (Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2000, C 179/02). Daarin heeft de Commissie aangegeven dat de aan het Verdrag ontleende normen alleen gelden voor opdrachten die voldoende verband houden met de werking van de interne markt. Volgens de Commissie is het aan de aanbestedende dienst om te beslissen of ondernemingen uit andere lidstaten ‘mogelijk geïnteresseerd kunnen zijn’ in een bepaalde opdracht. Deze beslissing hangt af van onder meer het onderwerp en de geschatte waarde van de opdracht, de kenmer-

“Een opdracht voor de uitvoering van werken zou bijvoorbeeld een dergelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen wegens de geraamde waarde ervan, samen met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn.”

Volgens het Hof is het eveneens mogelijk dat opdrachten die weliswaar een geringe waarde hebben, niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen omdat “in sommige gevallen de grenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen”.⁵¹

In het kader van haar beleid voor inbreukprocedures heeft de Commissie zich in het verleden op het standpunt gesteld dat bij een geraamde waarde van circa 10% of minder van de toepasselijke drempelwaarde, in beginsel geen sprake is van grensoverschrijdend belang.⁵² Ook heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat ingeval de waarde van een opdracht dicht bij de drempelwaarde ligt, enige vorm van grensoverschrijdend belang (reeds) is gelegen in die waarde zelf, alsook dat het grensoverschrijdend belang kan voortvloeien uit de nabijheid van de grens met een andere lidstaat.⁵³ De Commissie lijkt daarbij zelfs van mening te zijn dat alle Nederlandse gemeenten “relatief dicht bij de grens met Duitsland en/of België” liggen.⁵⁴

Voor wat betreft het bewijs dat een partij moet leveren die meent dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, terwijl de aanbestedende dienst daar anders over denkt, had het Hof in eerste instantie een zeer streng standpunt ingenomen. In het kader van een inbreukprocedure tegen Ierland stelde het Hof in het *An Post*-arrest dat de Commissie had moeten aantonen dat de betrokken opdracht, ondanks het feit dat het een B-dienst betrof, “duidelijk belang had voor een onderneming die is gevestigd in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst, en dat

ken van de sector in kwestie en de geografische ligging van de plaats van uitvoering. Overigens heeft een aantal lidstaten, onder aanvoering van Duitsland, bezwaar gemaakt tegen deze mededeling. Het Gerecht heeft het beroep echter niet-ontvankelijk verklaard; zie Gerecht 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*). Zie meer in het algemeen over de status en doorwerking van dergelijke mededelingen: J. Luijendijk en L.A.J. Senden, ‘De gelaagde doorwerking van Europese administratieve soft law in de nationale rechtsorde’, SEW 2011, p. 312.

51 HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*), r.o. 31.

52 Dit standpunt was opgenomen in een concept interpretatieve mededeling voor opdrachten die (deels) buiten het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen d.d. 11 oktober 2005 en is ook terug te vinden in Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SEC(2010) 1545, 7 december 2010, p. 62-63.

53 Gerecht EU 14 april 2011, zaak T-70/09 (*Nederland/Commissie*), r.o. 39-40.

54 De Commissie stelt dat in een brief van 8 april 2010 aan het ministerie van VWS over opdrachten van Nederlandse gemeenten voor huishoudelijke verzorging in het kader van de Wmo; de brief is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II 2009/10*, 31 353, nr. 10.

deze onderneming haar interesse voor deze opdracht niet heeft kunnen uiten doordat zij vóór de gunning ervan geen toegang had tot bruikbare informatie”.⁵⁵ Het Hof lijkt hiermee te eisen dat een partij die meent dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang voor de rechter op de proppen moet komen met een of meer daadwerkelijk geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten. Dit strenge standpunt is inmiddels verlaten, althans is in ieder geval beperkt tot de specifieke context van een inbreukprocedure.⁵⁶ Zo legde het Hof in het latere *Secap/Torino* de nadruk op de beoordeling van het duidelijk grensoverschrijdend belang die de aanbestedende dienst vooraf moet maken; deze beoordeling kan vervolgens door de rechter worden getoetst.⁵⁷ Bovendien is in het kader van die beoordeling door de aanbestedende dienst niet pas sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang als de aanbestedende dienst een daadwerkelijk geïnteresseerde onderneming uit een andere lidstaat heeft geïdentificeerd. Zo achtte het Hof het in het recentere *Wall*-arrest reeds voldoende dat “ondernemingen die in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd, geïnteresseerd kunnen zijn”.⁵⁸ Met andere woorden, een potentiële discriminatie van ondernemingen uit andere lidstaten was al voldoende. De voorafgaande beoordeling van de aanbestedende dienst zal dan ook langs die maatstaf moeten worden gelegd.

De Nederlandse (civiele) rechter heeft inmiddels een aantal maal getoetst of in een concreet geval sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang.⁵⁹ Hij lijkt daarbij vooralsnog ervan uit te gaan dat de eiser aannemelijk moet maken dat ondernemingen uit andere lidstaten interesse hebben in de betreffende opdracht.⁶⁰ Daarvoor zijn vermoedens onvoldoende,⁶¹ evenals de enkele omstandigheid dat

55 HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), r.o. 32.

56 Zie daarover ook Risvig Hansen, die van mening is dat het gaat om een hypothetische en niet een *de facto* test; zie Risvig Hansen 2012b, p. 141.

57 HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*), r.o. 30. De Hoge Raad lijkt – in navolging van de A-G – het belang van deze voorafgaande beoordeling overigens te miskennen; zie HR 18 januari 2013, *LJN* BY0543 (*P1/Maastricht*).

58 HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*), r.o. 34-35.

59 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Den Haag 21 januari 2008, *LJN* BC3144 (geen grensoverschrijdend belang bij B-dienst); Vzr. Rb. Amsterdam 13 november 2008, *LJN* BJ8246 (geen grensoverschrijdend belang bij B-dienst); Vzr. Rb. Den Haag 8 mei 2009, *LJN* BI3344 (geen grensoverschrijdend belang bij onderrempelige opdracht).

60 Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, *LJN* BL4880, r.o. 3.2: “Eisers hebben weliswaar gesteld dat er buitenlandse belangstelling is voor de onderhavige opdracht, doch zij hebben dit op geen enkele wijze onderbouwd. Daarmee is niet aannemelijk geworden dat er sprake is van daadwerkelijke en reële belangstelling van buitenlandse fotografen, zodat dit betoog eisers niet kan baten. De vraag wat de waarde van de opdracht is, kan daarmee onbeantwoord blijven.” In woorden van gelijke strekking bevestigd door Hof Den Haag 29 juni 2010, *LJN* BN4167, r.o. 4: “[appellanten] dienen (...) aannemelijk te maken dat die buitenlandse belangstelling wél bestaat.”

61 Vzr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, *LJN* BL4880 en Hof Den Haag 29 juni 2010, *LJN* BN4167.

buitenlandse ondernemingen actief zijn op de betreffende markt.⁶² Op grond van bovenstaande Europese jurisprudentie mag de rechter evenwel niet van een klager eisen dat deze een daadwerkelijk geïnteresseerde buitenlandse partij aandraagt. Het gaat immers om de voorafgaande inschatting door de aanbestedende dienst van de mogelijkheid dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd zullen zijn in de opdracht.⁶³ Anders dan de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam onlangs overwoog,⁶⁴ is de enkele omstandigheid dat een aankondiging in het Publicatieblad van de EU is gepubliceerd daarvoor nog onvoldoende; voor publicatie in dat medium is immers niet vereist dat de aanbestedende dienst in kwestie grensoverschrijdende interesse verwacht.⁶⁵ Voor wat betreft het vaststellen van een duidelijk grensoverschrijdend belang is de huidige nationale (lagere) jurisprudentie dus deels onjuist; het verdient dan ook de aandacht van procespartijen om in de toekomst de (voorzieningen)rechter te wijzen op de juiste beoordelingsmaatstaf.

Gelet op het bovenstaande, moet een aanbestedende dienst vooraf beoordelen of de opdracht in kwestie een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Dat is het geval zodra in redelijkheid te verwachten is dat ondernemingen uit andere lidstaten

-
- 62 Rb. Maastricht 8 oktober 2008, *LJN* BF7031, BR 2009/364 (*P1/Maastricht*). In die zaak had de klager, P1, onvoldoende onderbouwd “[d]at een eventuele aanbesteding van de exploitatie van bedoelde parkeerterreinen door de gemeente een internationale dimensie heeft”. Het noemen van ondernemingen uit andere lidstaten die op de Nederlandse parkeermarkt actief zijn en de ligging van Maastricht waren daarvoor onvoldoende. Daar deed volgens de rechtbank niet aan af dat Maastricht zich presenteerde als ‘het balkon van Europa’; zie r.o. 3.7.3. Volgens Heringa en Kuypers was de rechtbank daarmee strenger dan het Hof; zie Heringa & Kuypers 2009.
- 63 In lijn daarmee is ABRvS 30 juni 2010, *LJN* BM9639, r.o. 2.3.4: “Gelet op de aard van de economische activiteit, waartoe opdracht wordt verstrekt - scholing - en de betrekkelijk korte afstand van de regio waarin de GGD Hart voor Brabant opereert tot de grens met België, is niet uitgesloten dat ondernemingen uit België geïnteresseerd zouden zijn in het aanbieden van - delen van - het scholingsproject. Het gaat gelet daarop om opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.” Anders: Hof Den Bosch 1 maart 2011, zaaknummer HD 200.018.435, n.n.g., r.o. 4.67. Het gerechtshof oordeelt daarin dat de klager “gemotiveerd dient te stellen, dient toe te lichten en bij betwisting dient te bewijzen dat er *concrete* belangstelling van derden, met name buitenlandse ondernemingen, bestond (of zou hebben bestaan als de Gemeente meer openbaarheid had betracht).” Deze lijn is in cassatie overgenomen door A-G Keus (para. 2.34) en de Hoge Raad lijkt daarin te volgen (r.o. 4.4.2); zie HR 18 januari 2013, *LJN* BY0543 (*P1/Maastricht*). Zie in diezelfde – hier onjuist geachte – zin: Rb. Leeuwarden 12 december 2012, *LJN* BY5837 (*EVT/Terschelling*), r.o. 9.6.2.
- 64 V.zr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, *LJN* BX9050 (*CBS Outdoor/Amsterdam*), r.o. 4.4. Deze overweging is mogelijk gebaseerd op HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*), r.o. 35; in dat geval wordt echter miskend dat in *Wall* de verwijzende rechter van oordeel was dat sprake was van een (ten minste) potentiële discriminatie, hetgeen een duidelijk grensoverschrijdend belang impliceert. Het Hof baseerde zich vervolgens op dit oordeel van de verwijzende rechter.
- 65 Vgl. art. 37 Aanbestedingsrichtlijn.

geïnteresseerd kunnen zijn, gelet op de aard, omvang en locatie van de opdracht. Aangezien slechts potentiële interesse is vereist, behoeft de aanbestedende dienst dus niet daadwerkelijk op de hoogte te zijn van een geïnteresseerde onderneming uit een andere lidstaat.⁶⁶ Anderzijds moet worden aangenomen dat een ‘duidelijk’ grensoverschrijdend belang niet reeds kan worden aangenomen om de enkele redenen dat niet volledig kan worden uitgesloten dat ondernemingen in andere lidstaten geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Om die reden moet het duidelijk grensoverschrijdende belang dan ook in redelijkheid te verwachten zijn.⁶⁷ Indien een aanbestedende dienst in lijn hiermee van tevoren vaststelt dat een concrete opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, wordt deze beoordeling niet alsnog onjuist als later een geïnteresseerde onderneming uit een andere lidstaat ‘opduikt’.

De beoordeling of een opdracht duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, vraagt aldus nogal wat van een aanbestedende dienst. Om deze beoordeling praktisch gezien eenvoudiger te maken, zou de (Europese) wetgever handvatten kunnen geven van voorbeelden waarin een duidelijk grensoverschrijdend belang wordt vermoed. Zo beveelt het Comité van de Regio’s dan ook aan om “een lijst op te stellen van onderwerpen c.q. markten waarbij grensoverschrijdendheid speelt”.⁶⁸ Deze suggestie is vooralsnog echter niet overgenomen door de Commissie.

Mocht het resultaat van de beoordeling zijn dat de opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, dan kan een derde die beoordeling in rechte laten toetsen.⁶⁹ Hij zal dan aannemelijk moeten maken dat wel degelijk interesse uit andere lidstaten kan bestaan. Praktisch gezien zal dat echter vaak lastig zijn, omdat potentiële wederpartijen uit binnen- en buitenland niet snel op de hoogte zullen raken van het oordeel dat een opdracht geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, gevolgd door het achterwege laten van een voorafgaande bekendmaking. Het verdient dan ook aanbeveling om te verplichten dat een aanbestedende dienst zijn oordeel dat geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend be-

66 Zie over het daardoor verlaagde interstatelijkheidsvereiste onder meer Barnard 2010, p. 232-233 en Manunza 2006.

67 Zie ook Drijber & Stergiou 2009; Risvig Hansen 2012b, p. 142-143 en de daar aangehaalde literatuur.

68 Advies van het Comité van de Regio’s over modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, *PbEU* 2011, C-192/4.

69 Op grond van de Aanbestedingswet zal een aanbestedende dienst op verzoek van een belanghebbende de motivering moeten verstrekken van de keuze om de opdracht al dan niet vooraf bekend te maken; zie art. 1.4 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012. Zie ook de toelichting daarop in de MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 12. Overigens heeft een Nederlandse geïnteresseerde marktpartij belang bij een dergelijke toetsing in rechte; de aanbestedende dienst heeft dan mogelijk een verplichting geschonden die direct effect heeft voor (de kansen van) die marktpartij. De omstandigheid dat marktpartij en aanbestedende dienst in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, doet daar niet aan af. Zie voor een voorbeeld hiervan: Rb. Amsterdam 18 juni 2008, *LJN* BE9537 (*Castor Broadcasting*).

lang openbaar kenbaar maakt, tenzij de aanbestedende dienst alsnog overgaat tot voorafgaande publicatie en zo in feite (al dan niet verplicht) voldoet aan de transparantieplichting. Gedacht kan worden aan publicatie op een website, zoals TenderNed of een duidelijk toegankelijke pagina op de eigen website. Bovendien zou de aanbestedende dienst dan moeten wachten met het sluiten van de overeenkomst, zodat derden tijdig bezwaar kunnen maken tegen het oordeel met betrekking tot het grensoverschrijdende belang en nog voor de opdracht in aanmerking kunnen komen. Naar analogie van het rechtsbeschermingsregime bij Europese opdrachtverstrekking onder de aanbestedingsrichtlijnen, zou een wachtermijn van vijftien dagen kunnen worden gehanteerd. Een dergelijke rechtsbescherming is op dit moment evenwel niet verplicht bij Europese opdrachtverstrekking buiten de aanbestedingsrichtlijnen. Deze leemte behoeft derhalve nog opvulling door de (Europese) wetgever.

Daarnaast kan ook een Nederlandse potentiële wederpartij bezwaar maken tegen de beslissing dat geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, mits dat ertoe leidt dat hij niet kan meedingen naar de gronduitgifte in kwestie. Hoewel een Nederlandse partij jegens een Nederlandse overheid zich niet kan beroepen op de fundamentele vrijheden uit het VwEU, heeft hij toch voldoende belang. Als de overheid namelijk op last van de rechter alsnog het voornemen van de gronduitgifte openbaar bekendmaakt, zal dat behalve voor potentiële wederpartijen uit andere lidstaten, ook kenbaar zijn voor Nederlandse potentiële wederpartijen.⁷⁰ Zodra zij hun interesse dan eenmaal kenbaar maken, dient de overheid in kwestie hen een gelijke kans te bieden op de gronduitgifte; dit op grond van de algemene beginselen van bestuur (zie daarover paragrafen 11.3 en 12.2). Een Nederlandse potentiële wederpartij heeft in dat geval er belang bij dat de Nederlandse overheid haar verplichtingen op grond van het VwEU jegens potentiële wederpartijen uit andere lidstaten nakomt.

4.4 CONCESSIEOVEREENKOMSTEN VOOR WERKEN

Ten aanzien van concessieovereenkomsten voor werken heeft het Hof overwogen dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie voor aanbestedende diensten in alle omstandigheden gelden.⁷¹ Hieruit moet worden afgeleid dat ook voor onderdrempelige concessieovereenkomsten voor werken met een duidelijk grensoverschrijdend belang een transparantieplichting geldt. De vrij-verkeerbepalingen uit het VwEU zijn dan immers onverminderd van toepassing en het valt ook niet goed in te zien waarom voor onderdrempelige concessieovereenkomsten voor werken een ander, lichter regime zou gelden dan voor dergelijke overheidsopdrachten.⁷²

70 Zie hierover verder paragraaf 4.5.

71 HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*), r.o. 57.

72 Zie ook de 'Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht' van april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2; S. van Garsse,

4.5 VERPLICHTE VOORAFGAANDE OPENBARE BEKENDMAKING

In de voorgaande paragrafen is vastgesteld dat aanbestedende diensten op grond van het VwEU verplicht zijn om bij onderdrempelige opdrachtverstrekking met een duidelijk grensoverschrijdend belang de transparantieverplichting in acht te nemen. Deze verplichting heeft allereerst gevolgen voor de bekendmaking van de opdracht in kwestie.

De transparantieverplichting houdt volgens het Hof in *Telaustria* namelijk in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend.⁷³ Later heeft het Hof daaraan toegevoegd dat een onderneming in een andere lidstaat de reële mogelijkheid moet hebben om haar interesse in een bepaalde concessie te tonen.⁷⁴ Het volgen van een aanbestedingsprocedure is daarvoor niet verplicht,⁷⁵ maar een onderneming in een andere lidstaat moet wel in staat worden gesteld om toegang te krijgen tot alle relevante informatie betreffende de concessie vóór de toewijzing daarvan, “zodat deze onderneming, indien zij dat zou hebben gewild, haar interesse voor deze concessie had kunnen tonen”.⁷⁶

In het arrest *Parking Brixen* overwoog het Hof verder dat het aan de concessie-verlenende overheidsinstantie staat om “te beoordelen of de bepalingen inzake de oproep tot mededinging in overeenstemming zijn met de specificiteit van de betrokken openbaredienstenconcessie, welke beoordeling door de bevoegde rechter-

‘Public-private partnerships, concessions and public procurement’, 3rd International Public Procurement Conference Proceedings (2008), p. 221; Ritsema van Eck 2009b.

73 Bevestigd in onder meer HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*).

74 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*).

75 Bevestigd in HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*), r.o. 25. Ten opzichte van deze jurisprudentie is het *Commissie/Italië*-arrest over concessies voor paardenracewedstrijden een vreemde eend in de bijt; zie HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*). Het Hof overwoog daarin als volgt: “In de onderhavige zaak moet worden vastgesteld dat het geheel ontbreken van een *aanbesteding* met het oog op de toewijzing van de concessies (...) niet in overeenstemming is met de artikelen 43 en 49 EG, en in het bijzonder niet strookt met het algemene transparantiebeginsel en de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen. [cursivering PH]” Het gebruik van het woord ‘aanbesteding’ in deze context is later niet meer herhaald door het Hof (zie bijv. het hiervoor aangehaalde *Coditel*-arrest). Aangenomen moet daarom worden dat het Hof een ‘aanbesteding’ in algemene zin bedoelde en niet een aanbestedingsprocedure conform de Europese aanbestedingswetgeving; zie in vergelijkbare zin paragraaf 4.6. Zie verder de volgende afwijkende uitspraak: Rb. Amsterdam 18 juni 2008, *LJN* BE9537 (*Castor Broadcasting*), r.o. 5.7. In die zaak oordeelde de Rechtbank Amsterdam bij de gunning van een onderdrempelige overheidsopdracht dat indien er meerdere belangstellenden zijn (naar aanleiding van een oproep tot mededinging), de aanbestedende dienst in beginsel een aanbestedingsprocedure dient te volgen.

76 Bevestigd in HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*); zie ook Gerecht 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 80.

lijke instanties kan worden getoetst.⁷⁷ Het volstrekt ontbreken van een dergelijke ‘oproep tot mededinging’ was volgens het Hof (in ieder geval) niet in overeenstemming met het Europese recht.⁷⁸

Een oproep tot mededinging die ondernemingen in andere lidstaten in staat stelt hun interesse kenbaar te maken, laat zich moeilijk anders voorstellen dan een voorafgaande, openbare bekendmaking van het voornemen om een bepaalde opdracht te gaan gunnen.⁷⁹ Alleen als de bekendmaking voorafgaat aan (de eerste stappen die uiteindelijk leiden tot)⁸⁰ de gunning, kunnen dergelijke ondernemingen uit andere lidstaten tijdig hun interesse tonen. In theorie behoeft deze voorafgaande bekendmaking niet openbaar te zijn. Indien immers op voorhand zou vaststaan welke ondernemingen in de overige lidstaten geïnteresseerd zouden kunnen zijn, dan kan de oproep tot mededinging rechtstreeks aan hen worden gericht en kan een openbare bekendmaking achterwege blijven. Niettemin lijkt het vooraf identificeren van alle potentieel geïnteresseerden praktisch gezien niet goed mogelijk, behalve wellicht bij technisch zeer specifieke en complexe opdrachten.⁸¹

77 HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 50.

78 In het bijzonder de vereisten van artikelen 43 EG en 49 EG, alsook de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie. De overweging dat het ontbreken van een oproep tot mededinging in strijd is met het Europese recht is bevestigd in HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*) en HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*), r.o. 50, alsook specifiek voor onderdrempelige opdrachten in HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*). Opmerkelijk is dat het Hof in het *An Post*-arrest heeft gekozen voor een enigszins andere overweging, namelijk dat gunning van een opdracht “zonder dat er sprake is van enige transparantie”, ongelijke behandeling oplevert ten nadele van de in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen die mogelijk anderszins in de opdracht geïnteresseerd zijn; zie HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*). Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt een dergelijke ongelijke behandeling “een door de artikelen 43 EG en 49 EG verboden indirecte discriminatie”. Nadien is deze overweging herhaald door het Hof in HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*) en HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*). Daarentegen koos het Hof ook na het *An Post*-arrest eveneens tweemaal voor de ‘oproep tot mededinging’-overweging, namelijk in HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*) en HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*). Van een inhoudelijke afwijking van deze lijn lijkt dan ook geen sprake te zijn.

79 Zie in die zin ook (onder meer) Kalbe 2005.

80 De – hierna te bespreken – vereiste gelijke behandeling is het meest eenvoudig te waarborgen als ten tijde van de bekendmaking niet reeds een procedure met een of meerdere partijen is gestart. Anders zouden deze partijen immers een voorsprong kunnen hebben op andere geïnteresseerde partijen (uit andere lidstaten).

81 Vgl. Risvig Hansen 2012b, p. 181-183; zij noemt als voorbeeld de situatie dat voor een opdracht een bepaalde EU-vergunning nodig is en maar weinig ondernemingen daarover beschikken. De aanbestedende dienst kan in dat geval volstaan met het direct uitnodigen van de vergunninghouders.

Ook de Commissie is – sinds haar interpretatieve mededeling uit augustus 2006 althans⁸² – de mening toegedaan dat de transparantieplichting noopt tot voorafgaande openbare bekendmaking.⁸³ In het beroep tegen die mededeling dat door Duitsland aanhangig was gemaakt, overwoog het Gerecht dat de transparantieplichting een ‘voorafgaande bekendmaking’ inhoudt en een ‘actieve openbaarmaking’ door de aanbestedende diensten vereist.⁸⁴ De Nederlandse regering leek dat in eerste instantie ook te vinden,⁸⁵ maar is daar later in procedures voor het Hof weer van teruggekomen – zonder resultaat overigens.⁸⁶

-
- 82 De Commissie was eerst nog een andere mening toegedaan. In haar interpretatieve mededeling over concessies uit 2000 stelde de Commissie dat transparantie “door elk daartoe geëigend middel, waaronder publiciteit, [kan] worden gewaarborgd. Welk middel geëigend is, hangt af van en houdt rekening met de specifieke aspecten van de betreffende sectoren”; zie *PbEG* 2000, C-121/2. Tijdens de zitting van de *Telaustria*-zaak wilde de Commissie ten aanzien van de draagwijdte van de transparantieplichting zoals bedoeld door het Hof in het *Unitron*-arrest kennelijk “niet zover gaan te stellen dat publicatie van voorgenomen concessies voor openbare diensten op grond daarvan vereist zou zijn”. Ook later tijdens de *Ierse Ambulancediensten*-zaak stelde de Commissie nog dat “een mededeling aan bepaalde ondernemingen kan volstaan”. Zie conclusie van de A-G van 14 september 2006, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*), para. 29. De zitting van die zaak vond plaats op 4 april 2006. Minder dan vier maanden later, op 1 augustus 2006, werd de Interpretatieve Mededeling van de Commissie in het Publicatieblad gepubliceerd. Daarin was de Commissie ‘omgegaan’.
- 83 Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2000, C 179/02.
- 84 Gerecht EU 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 79. Verder overwoog het Gerecht dat de Commissie op dit punt met haar mededeling slechts heeft herinnerd aan een bestaande verplichting en geen nieuwe verplichting heeft opgelegd; zie r.o. 100. Daarbij moet worden opgemerkt dat dit punt in eerste instantie niet als zodanig was bestreden door de klagers; zie Gerecht EU 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 70. Toen zij dat later alsnog deden, werd dat bezwaar door het Gerecht niet-ontvankelijk verklaard; zie r.o. 99.
- 85 Reactie Nederlandse overheid op Groenboek over Publiek-Private Samenwerking, 1 september 2004, kenmerk Fin 2003/292M, p. 6. De regering stelde zich daarin op het standpunt dat “de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (...) t.o.v. de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking het grote voordeel heeft dat met een aankondiging de Verdragsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling worden gewaarborgd”.
- 86 Zo stelde zij in procedures voor het Hof dat “het aan de lidstaten staat om het begrip passende mate van openbaarheid nader te omschrijven”; zie HvJ EU 18 december 2007, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*), r.o. 27. Ook gold volgens de lidstaat Nederland “het transparantiebeginsel niet voor overheidsopdrachten waarvan de waarde onder de relevante drempels voor de toepassing van de betrokken richtlijnen ligt. (...) De gemeenschapswetgever heeft er in die gevallen dus voor gekozen om andere belangen te laten prevaleren boven het belang van transparantie.”; zie HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 62.

In de literatuur is ook wel gepleit voor een andere uitleg van de vereiste passende mate van openbaarheid.⁸⁷ Ook meerdere advocaten-generaal hebben zich verzet tegen een verplichting tot voorafgaande openbare bekendmaking. Advocaat-generaal Alber stelde in *RI.SAN* dat uit niets blijkt dat uit de grondbeginselen van het Verdrag een algemene aanbestedingsplicht kan worden afgeleid.⁸⁸ In *Telaustria* brak advocaat-generaal Fennely een lans voor de meervoudige onderhandse procedure waarbij ook ondernemingen uit andere lidstaten worden uitgenodigd.⁸⁹ Advocaat-generaal Stix-Hackl wees in haar conclusie bij *Ierse Ambulancediensten* erop dat in de Franse taalversie van *Parking Brixen* op de plaats waar in het Nederlands staat ‘oproep tot mededinging’, gesproken wordt van een ‘mise en concurrence’ (‘concurrentiestelling’).⁹⁰ Dit was volgens haar anders dan een ‘appel d’offres’, hetgeen een aankondiging van een opdracht is in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.⁹¹ Advocaat-generaal Sharpston stelde in haar conclusie in de zaak *Finse Keukens* dat de (passende mate van) openbaarheid zoals bedoeld in *Telaustria* niet per definitie een verplichting tot bekendmaking inhoudt.⁹² Zij vervolgde: “Het houdt echter wel een verplichting in om meer te doen dan eenvoudig contact opnemen met een potentiële inschrijver en deze onderneming vervolgens de opdracht gunnen.” De mate van openbaarheid in een concreet geval is volgens haar afhankelijk van de potentiële markt voor de betreffende opdracht.

Deze kritiek lijkt aan de voorzieningenrechter in Den Haag wel besteed te zijn geweest. Deze oordeelde over een zaak waarin een gemeente voor een parkeerconcessie onderhands drie partijen had uitgenodigd. Daarmee was volgens de voorzieningenrechter voldaan aan de transparantieplichting zoals bedoeld in *Telaustria*.⁹³

87 Zie bijvoorbeeld Brown 2010b; Wauters & Ghysels 2008 e.v.; Hebly & Wilman 2009; Risvig Hansen 2012b.

88 Conclusie van de A-G 18 maart 1999, zaak C-108/98 (*RI.SAN*), para. 38.

89 Volgens de A-G kon aan de transparantieplichting worden voldaan “wanneer een aanbestedende dienst zich rechtstreeks tot een aantal potentiële inschrijvers richt, aangenomen dat deze inschrijvers niet allemaal of niet bijna allemaal ondernemingen zijn met dezelfde nationaliteit als de aanbestedende dienst”; zie Conclusie van de A-G 18 mei 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*), para. 43.

90 Conclusie van de A-G van 14 september 2006, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*), para.64. Hetzelfde geldt voor de gelijkkluidende overweging uit het *ANAV*-arrest; HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*).

91 Niettemin lijkt zij daar later anders over te denken; zie haar conclusie van 14 september 2006 bij HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), para. 77: “Het beginsel volgens hetwelk een passende graad van transparantie in acht moet worden genomen, impliceert dus als regel dat de aanbesteding wordt bekendgemaakt (de zogenaamde aankondiging).”

92 Conclusie van de A-G 18 januari 2007, zaak C-195/04 (*Finse Keukens*), para. 82.

93 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, *LJN* BN4777 (*P1/Alphen aan den Rijn*), r.o. 4.4. Dat sprake was van een meervoudig onderhandse procedure blijkt uit r.o. 2.1: “De Gemeente heeft een ‘Uitwerking offerteaanvraag parkeertaken gemeente Alphen aan den Rijn’ gedateerd 15 mei 2000 (hierna: de offerteaanvraag) toegezonden aan drie marktpartijen, waaronder (een rechtsvoorganger van) P1 en Parkeer Combinatie

“(…) [De transparantieplichting] betekent overigens niet dat de Gemeente zonder meer verplicht is voor een parkeerconcessie een aanbestedingsprocedure uit te schrijven. Het is aan de Gemeente om te bepalen hoe zij invulling geeft aan de openbaarheid voor potentiële inschrijvers te garanderen. In deze zaak heeft de Gemeente er voor gekozen om een offerteaanvraag uit te schrijven waaraan drie ondernemingen mee mochten doen. In zoverre heeft de Gemeente de te verlenen parkeerconcessie dus opengesteld voor mededinging en voldaan aan de transparantieplichting, hetgeen PI ook niet betwist.”

De voorzieningenrechter miskent hiermee evenwel dat door een beperkt aantal partijen onderhands uit te nodigen, (overige) geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten hun interesse niet kenbaar kunnen maken, terwijl dat juist is wat het Hof vereist.

Alle bovenstaande pleidooien voor een andere uitleg van de transparantieplichting hebben niet geleid tot een koerswijziging van het Hof.⁹⁴ Het Hof wordt daarin bovendien gesteekt door het Gerecht.⁹⁵

Medium en inhoud van de bekendmaking

Welk medium geschikt is voor de vereiste voorafgaande, openbare bekendmaking, zal overigens afhangen van de omstandigheden van het concrete geval.⁹⁶ Aangenomen moet worden dat het medium zodanig moet zijn dat het in redelijkheid ondernemingen uit andere lidstaten in staat stelt om daarvan kennis te nemen.⁹⁷ Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als gebruik wordt gemaakt van gangbare

Holland B.V. (hierna: PCH). (...) Het programma van uitgangspunten voor de parkeerorganisatie, zoals door de gemeenteraad is goedgekeurd, zal in onderliggend document worden uitgewerkt en als basis dienen voor een offerteaanvraag aan een drietal externe marktpartijen met wie vooraf overleg over inhoud en vraagstelling is geweest.”

94 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*).

95 Gerecht EU 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*).

96 Hetzelfde geldt mijns inziens voor de informatie die de bekendmaking moet bevatten. Volgens de Commissie kan worden volstaan met een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure, en een uitnodiging om contact op te nemen met de aanbestedende dienst; zie de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2006, C 179/02.

97 Zie hierover verder de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2006, C 179/02. De Commissie stelt daarin onder meer: “Hoe groter het belang van de opdracht voor potentiële inschrijvers uit andere lidstaten is, hoe meer ruchtbaarheid eraan moet worden gegeven. In het bijzonder bij opdrachten voor de in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG en bijlage XVII B bij Richtlijn 2004/17/EG genoemde diensten waarvan de waarde de drempels voor de toepassing van deze richtlijnen overschrijdt, houdt een passende transparantie gewoonlijk in dat

websites zoals Aanbestedingskalender of TenderNed. Strikt genomen behoeft de bekendmaking op grond van het VwEU enkel toegankelijk te zijn voor ondernemingen uit andere lidstaten en niet voor ondernemingen uit de eigen lidstaat – de grondslag daarvoor wordt immers gevormd door artikelen 49 en 56 VwEU en die artikelen zien enkel op discriminatie van ondernemingen uit andere lidstaten. In de praktijk is echter moeilijk voorstelbaar dat een Nederlandse overheid zou kiezen voor een bekendmaking die in 26 lidstaten toegankelijk is, maar niet in Nederland. Mocht dat niettemin het geval zijn, dan moet worden aangenomen dat een Nederlandse potentiële wederpartij met een beroep op het nationale gelijkheidsbeginsel (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) kan opkomen tegen deze omgekeerde discriminatie.⁹⁸ Als gevolg hiervan dient de bekendmaking toegankelijk te zijn voor *alle* potentiële wederpartijen.

Verder moet de inhoud van de bekendmaking voldoende zijn voor een potentiële wederpartij om op basis daarvan de afweging te maken om al dan niet zijn interesse kenbaar te maken.⁹⁹ Bovendien vereisen de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dat de potentiële wederpartijen zich onderling in een gelijke positie bevinden, onder meer voor wat betreft de strekking van de informatie in de aankondiging.¹⁰⁰

de opdracht in een medium met een groot bereik moet worden bekendgemaakt.” De voorzieningenrechter te Utrecht oordeelde ten aanzien van een parkeerconcessie dat ter inzage legging in de publiekshal van het stadhuis, gecombineerd met publicatie van het betreffende raadsbesluit op de website van de gemeente, in dat geval voldoende was; zie V.zr. Rb. Utrecht 16 augustus 2005, *LJN* AU1933.

- 98 Zie over dat gelijkheidsbeginsel verder hoofdstuk 12. Zie over het oplossen van omgekeerde discriminatie door een beroep op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook Hessel 2006. Zie over het begrip ‘omgekeerde discriminatie’ onder meer: Van der Steen 2008; Barnard 2010, p. 230-232. A-G Keus heeft recentelijk bevestigd dat de betreffende VwEU-bepalingen enkel ondernemingen uit andere lidstaten beschermen; zie zijn conclusie bij HR 18 januari 2013, *LJN* BY0543 (*PI/Maastricht*), para. 2.23. Hij lijkt evenwel te miskennen dat het nationale gelijkheidsbeginsel deze bescherming aanvult voor wat betreft nationale ondernemingen. Hetzelfde geldt voor Rb. Leeuwarden 12 december 2012, *LJN* BY5837 (*EVT/Terschelling*), r.o. 9.6.2.
- 99 Zie in dat verband onder meer Kalbe 2005. Volgens de Commissie mag de bekendmaking beperkt blijven tot een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht en de gunningsprocedure en een uitnodiging contact op te nemen met de aanbestedende dienst; zie de Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2006, C 179/02.
- 100 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 37-38. In dat geval had Griekenland gepleit voor een uitleg van een clause uit de aankondiging die niet duidelijk uit de bewoordingen van die clause volgde. Ook stelde Griekenland dat iedere belangstellende opheldering had kunnen vragen bij de aanbestedende dienst. Het Hof ging daar niet in mee en overwoog: “Voornoemde beginselen zouden niet in acht worden genomen, wanneer een categorie van die belangstellenden zich tot de betrokken aanbestedende dienst moet wenden om opheldering en bijkomende informatie te verkrijgen met betrekking tot de werkelijke betekenis

De conclusie naar aanleiding van het bovenstaande luidt dat de transparantieverplichting in ieder geval noopt tot de eerste stap van het bieden van gelijke kansen: de overheid moet de mogelijkheid om haar wederpartij te worden, vooraf openbaar bekendmaken. Deze bekendmaking moet bovendien toegankelijk zijn voor alle mogelijk geïnteresseerde wederpartijen die in aanmerking kunnen komen voor de betreffende overeenkomst.

4.6 TOEWIJZINGSSYSTEMATIEK

De jurisprudentie van het Hof is vooralsnog minder duidelijk over de fase na de verplichte bekendmaking. Wat te doen als een geïnteresseerde potentiële wederpartij uit een andere lidstaat daadwerkelijk haar interesse kenbaar maakt?¹⁰¹

Het Hof heeft evenwel enkele belangrijke aanwijzingen gegeven. Zo overwoog het meerdere malen dat de passende mate van openbaarheid (onder meer) ertoe moet leiden dat “de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst”.¹⁰² Het gebruik van de term ‘aangebestedingsprocedures’ lijkt daarentegen op enigszins gespannen voet te staan met de overweging van het Hof dat het volgen van een aanbestedingsprocedure niet is vereist.¹⁰³ De verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat het Hof met de eerste overweging doelde op een toewijzingssystematiek in het algemeen¹⁰⁴ (die moet op onpartijdigheid kunnen worden getoetst) en met de tweede overweging op een specifieke aanbestedingsprocedure in de

van de inhoud van een aankondiging van opdracht, hoewel de formulering van die aankondiging geen twijfels doet rijzen bij een redelijk bedachtzame en zorgvuldige belangstellende.”

- 101 Dit speelde bijvoorbeeld in de *Commissie/Italië*-zaak over de concessies voor paardenracewedenschappen, zo blijkt uit de conclusie van de A-G 29 maart 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*), para. 38-41. Zie in het bijzonder para. 38: “Meer bepaald betoogt het dat een aanbestedingsprocedure niet noodzakelijkerwijs verplicht is, en dat het gebruik van de term ‘advertising’ (aankondiging) in de Engelse versie van het *Telaustria*-arrest ten onrechte een verdergaand vereiste suggereert dan het equivalent van ‘openbaarheid’ in de andere taalversies. Het vraagt het Hof om te specificeren of het vereiste impliceert dat de aanbestedende dienst bekend moet maken dat hij op zoek is naar toekomstige contractpartijen of concessiehouders, dat potentiële inschrijvers toegang moeten hebben tot de aanbestedingsdocumenten, of dat de aanbestedende dienst alleen het feit openbaar hoeft te maken dat hij voornemens is om een opdracht of concessie te verlenen.”
- 102 Voor het eerst in *Telaustria* en zoals later veelvuldig bevestigd; zie onder meer HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*). Zie hierover ook Prechal en De Leeuw, volgens wie het gelijkheidsbeginsel om twee redenen een transparantieverplichting impliceert: *i*) om gelijke kansen te bieden aan potentiële gegadigden en *ii*) om controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel mogelijk te maken; zie Prechal & De Leeuw 2008, alsook Prechal & De Leeuw 2007.
- 103 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*) en HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*).
- 104 Zoals het Hof expliciet lijkt te doen in HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 25: “Immers, de hernieuwing zonder aanbesteding van de 329 oude concessies verhindert dat bedoelde concessies worden opengesteld voor de me-

zin van de aanbestedingsrichtlijnen (die zijn niet verplicht als de richtlijn niet van toepassing is).

Het vereiste dat de bij gebleken interesse te volgen toewijzingssystematiek op onpartijdigheid toetsbaar moet zijn, impliceert dat deze systematiek ook daadwerkelijk onpartijdig moet zijn en daarmee dat de potentiële wederpartijen die zich gemeld hebben,¹⁰⁵ gelijk moeten worden behandeld. Dit wordt verder ondersteund door de jurisprudentie van het Hof waarin het expliciet overweegt dat het beginsel van gelijke behandeling van toepassing is in dergelijke gevallen van Europese opdrachtverstrekking die buiten de aanbestedingswetgeving vallen.¹⁰⁶ Het beginsel van gelijke behandeling moet in die gevallen volgens het Hof een objectieve vergelijking garanderen; het eist dan ook dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen en dat voor hen dezelfde voorwaarden gelden.¹⁰⁷ Het beginsel van gelijke behandeling noopt ook tot transparantie, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof. Als gevolg daarvan moeten de voorwaarden voor de inschrijvers kenbaar zijn.¹⁰⁸ Bovendien zou zonder een dergelijke transparante en gelijke behandeling, de enkele voorafgaande bekendmaking nog geen einde maken aan de (dreigende) indirecte discriminatie – en daarmee materiële ongelijke behandeling – van geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten.¹⁰⁹

dediging en *dat de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid worden getoetst*. [cur-sivering PH].”

- 105 Dit geldt overigens in beginsel enkel voor de partijen uit andere lidstaten of partijen die anderszins een beroep kunnen doen op de vrij-verkeerbepalingen uit het Verdrag. Voor de positie van nationale partijen, zie hoofdstuk 12.
- 106 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*); HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*); HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*); HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*), r.o. 57. Zie ook de conclusie van de A-G van 27 oktober 2009, zaak C-91/08 (*Wall*), para. 38: “Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de ondernemingen die zich kandidaat stellen, te bevorderen. De eerbiediging van dit beginsel moet een objectieve vergelijking van de offertes garanderen. Dit beginsel moet in alle fasen van de procedure in acht worden genomen. Alle inschrijvers moeten bij het formuleren van hun offerte dezelfde kansen krijgen, ongeacht hun nationaliteit. Met andere woorden, alle potentiële inschrijvers moeten de regels van het spel kennen en deze regels moeten gelijkelijk gelden voor elk van hen.”
- 107 HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*), r.o. 57. Die zaak betrof de verlening van concessies voor kansspelen, hetgeen (eveneens) buiten de aanbestedingswetgeving valt.
- 108 Zie hierover Buijze & Widdershoven 2010, alsook Prechal & De Leeuw 2008.
- 109 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*) en HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*). In deze zin ook Manunza 2001, p. 146: “Verder maakt mijns inziens de afwezigheid van een bekendmaking vooraf van de procedurevoorschriften en basiseisen, een objectieve beoordeling van de kandidaten eigenlijk praktisch onmogelijk.”

Door de van toepassing zijnde beginselen van gelijke behandeling en transparantie, alsook de vereiste onpartijdigheid, is aldus een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek vereist. Dit wordt ook bevestigd door de Commissie, die heeft gesteld dat alle ondernemers die in de opdracht zijn geïnteresseerd onder eerlijke voorwaarden moeten kunnen meedingen.¹¹⁰

Ook hier geldt echter dat strikt genomen de vrij-verkeerbepalingen uit het VwEU slechts discriminatie van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen verbieden en niet omgekeerd. Het VwEU strekt derhalve (enkel) tot bescherming van de rechten van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten; een toewijzingssystematiek die uitsluitend nationale marktpartijen benadeelt, is daarmee niet in strijd. Het Hof lijkt evenwel in bovenstaande jurisprudentie verder te gaan en een algemene gelijke behandeling van inschrijvers voor te staan, ongeacht hun nationaliteit, zoals die ook geldt onder het regime van de Aanbestedingsrichtlijn.¹¹¹ Op grond van die jurisprudentie wordt door sommige auteurs de nationaliteit irrelevant geacht.¹¹² Ter rechtvaardiging daarvan kan erop worden gewezen dat aan de vrij-verkeerbepalingen uit het VwEU het algemene beginsel van gelijke behandeling ten grondslag ligt. Op basis daarvan is denkbaar dat de overheid ook verplicht zou zijn potentiële wederpartijen uit de eigen lidstaat gelijk te behandelen ten opzichte van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten – waardoor omgekeerde discriminatie van de nationale potentiële we-

110 Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen van 1 augustus 2006, *PbEG* 2006, C 179/02, p. 5. De Commissie verwees daarbij naar HvJ EU 12 december 2002, zaak C-470/99 (*Universale Bau*), r.o. 93. In dat arrest overwoog het Hof dat een aanbestedingsprocedure in overeenstemming moet zijn met het beginsel van gelijke behandeling en transparantie “opdat allen bij het formuleren van hun aanvraag tot deelname of hun aanbidding dezelfde kansen hebben”. Zie ook Risvig Hansen 2012b, p. 225: “(...) the award of the contract must be based on objective criteria to create transparency and ensure equal treatment of undertakings.”

111 Zie met name HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*), r.o. 20: “Naast het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit vindt het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers eveneens toepassing op openbare dienstenconcessies, en wel ook wanneer er van discriminatie op grond van nationaliteit geen sprake is (arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 48).” Zie verder paragraaf 3.1.7 voor het gelijkheidsbeginsel in de Aanbestedingsrichtlijn. Eenzelfde ruimere benadering door het Hof lijkt zich ogenschijnlijk voor te doen in het kader van de rechtvaardiging van vergunningstelsels die het vrij verkeer beperken (zie paragraaf 11.1.3.1). Wil een dergelijk vergunningstelsel dat het vrije verkeer beperkt, gerechtvaardigd zijn, dan moet dat stelsel volgens het Hof zijn gebaseerd op objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria. Het Hof geeft daarbij geen uitsluitel of met de bedoelde non-discriminatie enkel wordt bedoeld de discriminatie van ondernemingen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale ondernemingen, dan wel de discriminatie tussen alle gegadigden voor de vergunning, ongeacht hun nationaliteit. Zoals hierna zal blijken, dient aan de eerste uitleg de voorkeur te worden gegeven.

112 Zie Risvig Hansen 2012b, p. 58-60 en de daar aangehaalde literatuur.

derpartijen wordt voorkomen. Toch moet worden aangenomen dat een dergelijke uitleg te ver gaat. Artikelen 49 en 56 VwEU bieden slechts een basis voor bescherming van ondernemingen uit andere lidstaten, zodat een ruimere uitleg van deze bepalingen strijd oplevert met het subsidiariteitsbeginsel: de gelijke behandeling van nationale marktpartijen ten opzichte van marktpartijen uit andere lidstaten is – in het licht van artikelen 49 en 56 VwEU – geen Europese maar een nationale aangelegenheid.¹¹³ Dit wordt ook ondersteund door het Hof in *Commissie/Italië* waarin het stelt dat de artikelen 43 en 49 EG (thans: 49 en 56 VwEU) geen algemene verplichting tot gelijke behandeling opleggen, maar (slechts) een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van in een andere lidstaat gevestigde ondernemingen.¹¹⁴

De beperking van de ‘bescherming’ van het VwEU tot potentiële wederpartijen uit andere lidstaten wordt evenwel aangevuld door het nationale recht. Aangezien het gelijkheidsbeginsel ook een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is, moet de overheid deelnemende potentiële wederpartijen uit Nederland gelijk behandelen met die uit andere lidstaten.¹¹⁵ De overheid is derhalve verplicht een toewijzingssystematiek te hanteren die voor alle potentiële wederpartijen objectief, transparant en non-discriminatoire is.

Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat voor opdrachtverstrekking met een duidelijk grensoverschrijdend belang niet alleen een expliciete verplichting bestaat tot voorafgaande, openbare bekendmaking, maar tevens – bij gebleken interesse – tot het hanteren van een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Kortom, ook als een gronduitgifteovereenkomst moet worden beschouwd als onderdrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken met een duidelijk grensoverschrijdend belang, is de overheid verplicht om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Wanneer van dergelijke opdrachtverstrekking sprake is, zal in de latere hoofdstukken aan de orde komen.

In aanvulling hierop wordt volledigheidshalve nog opgemerkt dat net als bij bovendrempelige concessieovereenkomsten, het VwEU naar verwachting vereist dat de voorwaarden, eisen en criteria waarmee de overheid de toewijzingssystematiek invult, proportioneel zijn ten opzichte van de aard en omvang van de opdracht en de daarmee nagestreefde doelstellingen.¹¹⁶ Disproportionele voorwaarden zouden de uitoefening van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van

113 Vergelijk paragraaf 4.3. Deze beperking doet zich zoals gezegd niet voor als de basis niet is beperkt tot art. 49 en 56 VwEU maar bestaat uit de Aanbestedingsrichtlijn.

114 HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 106 jo. 66. In die zin ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 17 en 31; Arrowsmith & Kunzlik 2009, p. 86.

115 Vergelijk paragraaf 4.5; zie over de vereiste gelijke behandeling op grond van de abbb verder paragrafen 12.1 en 12.2.

116 Zie paragraaf 3.4.2.

diensten door potentiële wederpartijen uit andere lidstaten namelijk alsnog ongerechtvaardigd kunnen beperken. Niettemin zijn de (strikte) bepalingen uit de Aanbestedingsrichtlijn over uitsluitingsgronden, alsook over de proportionaliteit van de geschiktheidseisen en de beperking van de gunningscriteria tot de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving, hier niet van toepassing.

4.7 UITZONDERINGEN

De verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking kent in theorie aanzienlijk ruimere uitzonderingsmogelijkheden dan het geval is bij opdrachtverstrekking die onder de Europese aanbestedingswetgeving valt.

Voordat die uitzonderingsmogelijkheden worden behandeld, nog eerst een kort woord over grondposities. Hetgeen hierboven in paragraaf 3.5.1 is opgemerkt over het ‘doorleggen’ van de aanbestedingsverplichting bij grondeigendom kan namelijk zonder problemen naar analogie worden toegepast op het bieden van gelijke kansen bij onderdrempelige opdrachtverstrekking op grond van het VwEU. Voor zover die mogelijkheid immers bestaat binnen het strenger gereguleerde regime van de aanbestedingswetgeving, moet deze ook geacht worden te bestaan binnen het hier besproken regime op grond van het VwEU.¹¹⁷ Net als bij de bovendrempelige opdrachtverstrekking geldt hier dat de eventuele mogelijkheid om de aanbestedingsplicht ‘door te leggen’ in feite geen verschil maakt voor het bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen.

Voor wat betreft de uitzonderingsmogelijkheden, kunnen de volgende drie typen van uitzonderingen c.q. rechtvaardigingsgronden worden onderscheiden, die achtereenvolgens zullen worden behandeld:¹¹⁸

- in het Verdrag opgenomen uitzonderingen;
- in de jurisprudentie ontwikkelde rechtvaardigingsgronden;
- analoge toepassing van uitzonderingen uit de Aanbestedingsrichtlijn.

117 Vergelijk de hierna te bespreken analoge toepassing van de uitzonderingen uit de Aanbestedingsrichtlijn.

118 Zie met name de conclusie van de A-G van 14 september 2006, zaak C-532/03, para. 86 e.v. De A-G onderscheidt ook als rechtvaardigingsgrond de geringe gevolgen voor de fundamentele vrijheden van een onderhandse gunning (naar aanleiding van het *Coname*-arrest). Naar mijn mening betreft dit de voorvraag van voldoende grensoverschrijdend belang. Zonder dat belang acht ik een schending van de fundamentele vrijheden niet aan de orde, zodat aan de rechtvaardigingsvraag niet wordt toegekomen.

4.7.1 Verdrag

Het VwEU bevat een aantal uitzonderingsgevallen, ofwel voor het Verdrag als geheel (bijvoorbeeld bij veiligheidsmaatregelen),¹¹⁹ ofwel voor wat betreft de fundamentele vrijheden van diensten en vestiging (bijvoorbeeld bij werkzaamheden ter uitoefening van openbaar gezag of bij bepalingen uit hoofde van de openbare orde).¹²⁰ Deze uitzonderingen zijn echter niet waarschijnlijk bij gronduitgifte door de overheid.

4.7.2 Jurisprudentie

De in dit hoofdstuk besproken verplichting om gelijke kansen te bieden vloeit met name voort uit de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Op grond van het *Gebhard*-arrest van het Hof kunnen beperkingen van beide vrijheden worden gerechtvaardigd voor zover zij voldoen aan vier voorwaarden: zij moeten *i)* zonder discriminatie worden toegepast, *ii)* beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang, *iii)* geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en *iv)* niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is.¹²¹ Voorbeelden van

-
- 119 Art. 346 en 347 VwEU. Volledigheidshalve zij erop gewezen dat voor opdrachtverstrekking voor diensten (in plaats van de hier besproken uitvoering van werken), art. 106 VwEU (voorheen: art. 86 EG) een uitzonderingsmogelijkheid biedt indien het diensten van algemeen economisch belang betreft; zie HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*), r.o. 78.
- 120 Art. 51, 52 en 62 VwEU. De strekking van deze rechtvaardigingsgrond uit art. 51 VwEU moet worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor de belangen die de lidstaten op grond daarvan mogen beschermen en de afwijking moet beperkt blijven tot werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag vormen; zie onder meer HvJ EG 29 oktober 1998, zaak C-114/97 (*Commissie/Spanje*), r.o. 35 resp. HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*), r.o. 46.
- 121 HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 37. Het Hof heeft dit leerstuk specifiek toegepast in de context van overheidsopdrachten (voor diensten) in HvJ EU 27 oktober 2005, zaak C-158/03 (*Commissie/Spanje*), r.o. 35. In dat geval betrof het (ontoelaatbare) voorwaarden in een aanbestedingsprocedure. Zie voor de toepassing van dit leerstuk op dienstenconcessies HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 26-28. Zie verder de conclusie van de A-G 24 april 2008, zaak C-347/06 (*ASM/Brescia*), para. 46, onder verwijzing naar onder meer *Gebhard* en HvJ EU 13 maart 2008, zaak C-248/06 (*Commissie/Spanje*), r.o. 32. Zie hierover ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 608 e.v. (vestiging) en p. 626 e.v. (diensten). Deze rechtvaardigingsgronden gelden in ieder geval bij indirect discriminerende maatregelen en maatregelen zonder onderscheid. Het is onzeker of deze ook kunnen worden ingeroepen bij (direct) discriminerende maatregelen. Dat dit niet mogelijk is, lijkt te volgen uit HvJ EU 18 december 2007, zaak C-341/05 (*Laval*), r.o. 117-120. Zie verder onder meer Barnard 2010, p. 511 en Craig & De Búrca 2011, p. 776.

dergelijke dwingende redenen zijn milieubescherming, ruimtelijke ordening¹²² en consumentenbescherming.¹²³ Zuiver economische doelstellingen kunnen volgens het Hof daarentegen geen dwingende reden van algemeen belang vormen.

Voor een succesvol beroep op een dergelijke rechtvaardigingsgrond bij gronduitgifte moet een strenge toets worden doorstaan. Zuivere economische motieven, zoals de kosten van het bieden van gelijke kansen, kunnen geen rechtvaardiging opleveren. Als wel een dwingende reden van algemeen belang in het spel is, zoals ruimtelijke ordening, dan zal de betreffende aanbestedende dienst met name nog moeten aantonen dat het niet bieden van gelijke kansen noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat in een concreet geval aan deze eisen wordt voldaan. Mocht de overheid niettemin van mening zijn dat het achterwege laten van gelijke kansen gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, dan verdient het aanbeveling dat besluit gemotiveerd openbaar bekend te maken, (ruim) voordat de gronduitgifteovereenkomst wordt gesloten.¹²⁴ Op die manier kunnen eventuele potentiële wederpartijen tijdig hun bezwaren kenbaar maken tegen dit besluit en alsnog voor de gronduitgifte in aanmerking komen. Zodra de gronduitgifteovereenkomst is gesloten, resteert voor hen immers enkel nog een vordering tot schadevergoeding.

In de specifieke context van de transparantieverplichting heeft het Hof meerdere malen aangegeven dat de transparantieverplichting geldt ‘behoudens objectieve rechtvaardiging’.¹²⁵ Vooralsnog heeft het Hof niet verduidelijkt dat het daarmee bovenstaande rechtvaardiging om dwingende redenen van algemeen belang bedoelt,¹²⁶ al ligt dat wel voor de hand. Het Hof gebruikt de term ‘objectieve rechtvaardiging’ namelijk met name in de context van het vrij verkeer van personen;¹²⁷ bovenstaande vier voorwaarden uit *Gebhard* zijn volgens het Hof ook bij die fundamentele vrijheid van toepassing.¹²⁸ Hieruit volgt dat ook bij de door het Hof

122 Hetgeen het geval kan zijn bij onder meer beperkingen “ter realisatie van doelstellingen zoals de bestrijding van speculatie op de grondmarkt of de handhaving van een permanente bewoning van het platteland met het oog op de ruimtelijke ordening” en “de vereisten in verband met het volkshuisvestingsbeleid van een lidstaat en van de financiering van dit beleid”; zie HvJ EG 1 oktober 2008, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*), r.o. 29-30.

123 HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-400/08 (*Commissie/Spanje*), r.o. 74.

124 Vgl. Wolswinkel die meent dat uitzonderingen op de transparantieverplichting bij de verlening van schaarse vergunningen “nadrukkelijk gemotiveerd moeten worden”; Wolswinkel 2009a. Vgl. ook HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-470/11 (*Garkalns*), r.o. 43: “Om controle van de onpartijdigheid van de vergunningprocedure mogelijk te maken, is het daarenboven noodzakelijk dat de bevoegde autoriteiten elke beslissing op een voor het publiek toegankelijke wijze motiveren (...)”

125 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*).

126 Zie in die zin ook de conclusie van de A-G van 14 september 2006, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*), para. 97.

127 Barnard 2010, p. 511.

128 HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*), r.o. 37.

bedoelde ‘objectieve rechtvaardiging’ voor het achterwege laten van transparantie, bovenstaande vier voorwaarden gelden. In dat licht moet ook de overweging van het Hof in het *ASM Brescia*-arrest worden begrepen dat het achterwege laten van transparantie kan worden gerechtvaardigd door “objectieve omstandigheden, zoals de noodzaak het rechtszekerheidsbeginsel in acht te nemen.”¹²⁹ Aangenomen moet worden dat het in acht nemen van het rechtszekerheidsbeginsel een dwingende reden van algemeen belang kan zijn, maar dat onverlet laat dat voor rechtvaardiging moet worden voldaan aan bovenstaande vier voorwaarden.

4.7.3 Aanbestedingsrichtlijn

De uitzonderingen zoals opgenomen in de Aanbestedingsrichtlijn mogen overeenkomstig worden toegepast op Europese opdrachtverstrekking die buiten de werkingssfeer van die richtlijn valt. Dit volgt het meest expliciet uit de volgende overweging van het Gerecht:¹³⁰

“Zoals in de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest van het Hof van 27 oktober 2005, *Commissie/Italië* (...), is opgemerkt, kan geen bekendmaking meer worden verlangd indien uitdrukkelijk is voorzien in afwijking van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten en aan de voorwaarden voor afwijking is voldaan en een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een uitnodiging tot inschrijving dus gerechtvaardigd is. Wanneer de richtlijnen uitdrukkelijk in een afwijking voorzien, kunnen de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen dus geen bekendmakingsvereiste meer opleggen, aangezien deze afwijking anders zinloos zou worden (...).”

Nu eerder al bleek dat de uitzonderingen uit de Aanbestedingsrichtlijn naar alle waarschijnlijkheid niet van toepassing zullen zijn bij gronduitgifte, komt aan deze categorie van uitzonderingen evenwel weinig praktische betekenis toe.¹³¹

4.8 CODIFICATIE IN NEDERLANDSE WETGEVING

De in dit hoofdstuk besproken verplichting tot het bieden van gelijke kansen is in de Aanbestedingswet gecodificeerd. Zo was in het ter consultatie voorgelegde concept-wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet¹³² een hoofdstuk ‘algemene beginselen’ opgenomen. Dit hoofdstuk was behalve op opdrachten die onder de Aanbestedingsrichtlijn vallen ook van toepassing verklaard op overeenkomsten onder bezwarende titel tot het verrichten van werken met een duidelijk grensover-

129 HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM/Brescia*), r.o. 64.

130 Gerecht 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*), r.o. 141. Zie verder de conclusie van de A-G van 14 september 2006, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*), para. 11 en de aldaar opgenomen verwijzingen. Zie ook Wauters & Ghysels 2008, p. 386 e.v.; Drijber & Stergiou 2009.

131 Zie paragraaf 3.5.

132 Zie paragraaf 3.2.5.

schrijdend belang. Voor die overeenkomsten zouden aanbestedende diensten dan zorg moeten dragen voor een passende mate van openbaarheid, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden of objectieve rechtvaardigingsgronden. Uit de bijbehorende toelichting volgt dat met dat laatste evenwel niet meer is bedoeld dan analoge toepassing van de uitzonderingsmogelijkheden die de Aanbestedingsrichtlijn biedt.¹³³

In het wetsvoorstel dat volgde op de consultatie,¹³⁴ is deze transparantieplichting voor overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken met een duidelijk grensoverschrijdend belang overgenomen¹³⁵ en vervolgens is deze ook gehandhaafd in de uiteindelijke Aanbestedingswet.¹³⁶ Het gaat daarbij telkens om de verplichting om zorg te dragen “voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen”.

Deze formulering impliceert dat aanbestedende diensten bij het verlenen van een onderdrempelige opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang hun voornemen daartoe vooraf moeten publiceren in een aankondiging (namelijk in ‘de aankondiging van het voornemen’). De Aanbestedingswet stelt verderop dat aanbestedende diensten die een ‘aankondiging doen’, deze aankondiging bekend moeten maken op het elektronische systeem voor aanbestedingen (TenderNed).¹³⁷ Hieruit volgt dat de vereiste passende mate van openbaarheid in ieder geval bestaat uit de voorafgaande publicatie van het voornemen de opdracht te verlenen op TenderNed.

De Aanbestedingswet noemt ook de uitzonderingsgevallen, waarin de voorafgaande passende mate van openbaarheid achterwege kan blijven. In lijn met het conceptwetsvoorstel is dat enkel het geval als een uitzondering op de bekendmaking van de aankondiging uit de Aanbestedingsrichtlijn naar analogie kan worden toegepast.¹³⁸ Met andere woorden, van de drie categorieën uitzonderingen die het Europese recht biedt, heeft de Nederlandse wetgever er slechts één gekozen. De Aanbestedingswet is op dit punt aldus strenger dan het Europese recht. Hoewel dit niet in strijd is met het Europese recht, is het wel opmerkelijk dat deze nationale

133 Namelijk: “De richtlijnen bevatten bepalingen die ertoe kunnen leiden dat een aanbestedende dienst in bijzondere omstandigheden en bij objectieve rechtvaardigingsgronden geen verplichting heeft om de opdracht aan te kondigen. Deze bijzondere omstandigheden en objectieve rechtvaardigingsgronden gelden ook bij opdrachten buiten het regime van de richtlijnen, waar wel sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.”

134 Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 2.

135 Art. 1.6.

136 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), *Stb.* 2012, 542.

137 Art. 1.18 lid 1 Gewijzigd voorstel van wet d.d. 14 februari 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 440, nr. A. Het elektronische systeem is nader beschreven in art. 4.13-4.14.

138 Art. 1.9 lid 3 sub b Gewijzigd voorstel van wet.

inperking niet als zodanig is erkend in de memorie van toelichting.¹³⁹ Dit doet haast vermoeden dat deze beperking onbewust is aangebracht.

4.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gebleken dat aanbestedende diensten op grond van artikelen 49 en 56 VwEU gelijke kansen moeten bieden bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst die weliswaar een onderdrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt, maar niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Deze verplichting is door het Hof met name geformuleerd om te waarborgen dat de overheid potentiële wederpartijen uit andere lidstaten materieel gelijk behandelt ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen (materieële publiekrechtelijke gelijkheid), al leidt de transparantieverplichting ook tot gelijkere concurrentiekansen op de markt (materieële privaatrechtelijke gelijkheid). De jurisprudentie van het Hof toont bovendien aan dat voor deze materieële gelijke behandeling naar nationaliteit het achterwege laten van discriminatie onvoldoende is en de overheid ook proactief moet handelen.

Het VwEU biedt geen ‘bescherming’ aan nationale potentiële wederpartijen ten opzichte van hun concurrenten uit andere lidstaten, maar alleen omgekeerd. Dit risico op omgekeerde discriminatie wordt echter gerepareerd door het nationale recht: de gelijke kansen van de nationale potentiële wederpartijen moeten alsnog worden gewaarborgd op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.

Hoewel de ruimte voor uitzonderingen op bovenstaande verplichting tot het bieden van gelijke kansen groter is dan op grond van de Europese aanbestedingswetgeving, is niet te verwachten dat in de praktijk snel sprake zal zijn van een dergelijk uitzonderingsgeval bij gronduitgifte. Bovendien heeft de Nederlandse wetgever de ruimte voor uitzonderingen beperkt tot analoge toepassing van uitzonderingen voor bovendrempelige opdrachtverstrekking.

Een aanbestedende dienst moet vooraf beoordelen of een bepaalde opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Daarvan is al sprake als in redelijkheid te verwachten is dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, gelet op de aard, omvang en locatie van de opdracht. Mocht het resultaat van de beoordeling zijn dat de opdracht volgens de aanbestedende dienst geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, dan moet een derde die beoordeling in rechte kunnen laten toetsen. Hoewel daartoe nog geen verplichting bestaat, zou de aanbestedende dienst potentiële wederpartijen in de gelegenheid moeten stellen om kennis te nemen van een dergelijk besluit zodat zij daar nog tegenop kunnen komen voordat de overeenkomst wordt gesloten.

139 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 52.

Voor beide vormen van Europese opdrachtverstrekking (bovendrempelige opdrachten respectievelijk onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang) bevat het huidige recht aldus een expliciete verplichting voor de overheid om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. In ieder geval voor zover gronduitgifte dergelijke opdrachtverstrekking inhoudt, is de overheid aldus verplicht om gelijke kansen te bieden. Voor de reikwijdte van deze expliciete verplichting is essentieel om te weten in welke omstandigheden een gronduitgifteovereenkomst moet worden beschouwd als een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken.

Hoofdstuk 5

Overheidsopdrachten voor werken

In de vorige hoofdstukken is uiteengezet dat Nederlandse overheden (in ieder geval) verplicht zijn om bij Europese opdrachtverstrekking gelijke kansen te bieden aan potentiële wederpartijen. Op die expliciete verplichting bestaan weliswaar uitzonderingen, maar die bleken bij gronduitgifte niet waarschijnlijk. Ook werd duidelijk dat van dergelijke Europese opdrachtverstrekking bij gronduitgifte sprake is als de gronduitgifteovereenkomst kwalificeert als overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken en de geraamde waarde van de opdracht de drempelwaarde overschrijdt of, bij een lagere waarde, niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Voor de volledige beantwoording van de eerste subvraag¹ dient daarom nog te worden vastgesteld in welke omstandigheden een gronduitgifteovereenkomst een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. Deze begrippen bepalen immers de reikwijdte van de hierboven vastgestelde expliciete verplichting om gelijke kansen te bieden en daarmee de toepasselijkheid van de (specifieke) regels van het Europese aanbestedingsrecht. Het bieden van gelijke kansen als gronduitgifte géén opdrachtverstrekking inhoudt (en dus zuivere gronduitgifte vormt), zal in deel B aan de orde komen.

In dit hoofdstuk wordt daartoe nader ingegaan op de definitie van een overheidsopdracht voor werken. Daaruit zal blijken wanneer een overeenkomst moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken. Concessieovereenkomsten voor werken zullen in het volgende hoofdstuk worden behandeld. Wat beide hoofdstukken praktisch betekenen voor gronduitgifteovereenkomsten zal in het hoofdstuk daarna aan de orde komen.

Teneinde duidelijk te krijgen wat een overeenkomst tot een overheidsopdracht voor werken maakt, wordt eerst de ontwikkeling van dat begrip geschetst (paragraaf 5.1). Vervolgens kunnen aan de hand van die ontwikkeling in de Europese aanbestedingswetgeving en de jurisprudentie van het Hof in totaal zeven cumulatieve elementen van een overheidsopdracht voor werken worden onderscheiden, die achtereenvolgens worden besproken (paragrafen 5.2-5.9). In die paragrafen zal ook aandacht worden besteed aan de uitleg van dit Europeesrechtelijke begrip in de Nederlandse rechtsorde door de rechter, door de overheid en in de literatuur. Dit

1 Te weten: “Voorziet het huidige recht in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen?”

leidt uiteindelijk tot de concluderende paragraaf waarin wordt samengevat wanneer een overeenkomst een overheidsopdracht voor werken is, met als gevolg dat de overheid daar gelijke kansen voor moet bieden (paragraaf 5.10).

5.1 ONTWIKKELING VAN HET BEGRIP ‘OVERHEIDSOPDRACHT VOOR WERKEN’

In deze paragraaf zal de ontwikkeling van de definitie van een overheidsopdracht voor werken worden geschetst.² Daaruit zal blijken dat het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ is ontwikkeld in de Europese aanbestedingswetgeving uit 1971, waarna de reikwijdte van dat begrip gedurende een lang traject is uitgebreid door de wetgever, het Hof en de Commissie, om recentelijk te leiden tot een tegenreactie waarbij juist de buitengrenzen van die reikwijdte worden vastgesteld.

Voor een overzicht van de algemene ontwikkeling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt verwezen naar paragraaf 3.1.

5.1.1 Het ontstaan van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’

Het EEG-Verdrag uit 1957 bevat geen expliciete bepalingen over opdrachtverstrekking en kent dan ook niet het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’. In het daaropvolgende Algemeen Programma Diensten worden ‘overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’ voor het eerst genoemd. Een definitie ontbreekt, maar uit de tekst volgt dat het gaat om diensten die worden verricht op grond van deelname aan opdrachten voor de uitvoering van werken van een overheidslichaam³ in een andere lidstaat.⁴ Verder vallen onder het begrip overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken zowel opdrachten die rechtstreeks worden gegund aan onderdanen en vennootschappen uit een andere lidstaat, alsook opdrachten die aan hen worden gegund door bemiddeling van hun agentschappen of filialen die in de ‘opdrachtverlenende lidstaat’ zijn gevestigd.

Ook het Algemeen Programma Vestiging noemt ‘overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’, eveneens zonder daar een definitie van te geven. Wel bevat het tijdschema waarbinnen beperkingen van de vrijheid van vestiging moeten worden opgeheven een verwijzing naar overheidsopdrachten voor werken. Deze

2 Een eerdere versie van de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht en in het bijzonder van de definitie van een overheidsopdracht voor werken, is gepubliceerd in Hebly & Heijnsbroek 2010.

3 Het Algemeen Programma noemt niet de term overheidslichamen als zodanig, maar “een staat, zijn territoriale lichamen, gewesten, provincies, departementen, gemeenten en andere nader te bepalen publiekrechtelijke lichamen”.

4 Hiermee zijn gelijkgesteld opdrachten die aan onderdanen of vennootschappen uit andere lidstaten worden gegund na bemiddeling van hun agentschap of filiaal dat is gevestigd in de lidstaat van het (opdrachtverlenende) overheidslichaam (Titel VI sub e lid 1 onder b).

beperkingen moesten namelijk op 31 december 1963 zijn opgeheven, voor zover het gaat om “werkzaamheden, vermeld onder rubriek 400 «Bouwnijverheid en openbare werken» van Bijlage I en verricht op grond van deelneming aan overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken”. Deze classificatie in bijlage I is gebaseerd op de ISIC⁵ en klasse 40, groep 40 daarvan bestaat uit ‘Bouwnijverheid en openbare werken’. In de bijbehorende voetnoot is vermeld:

“Onder de term “openbare werken” dient hier te worden verstaan alle werkzaamheden voor de bouw van tunnels, bruggen, wegen, enz. en in deze klasse bedoeld, onafhankelijk van de wijze van totstandkoming van de contracten waarop deze werkzaamheden steunen.”

5.1.1.1 *Liberalisatierichtlijn Werken (71/304/EEG)*

De Commissie formuleerde voor het eerst een definitie van een ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ in haar voorstel voor de Liberalisatierichtlijn Werken, te weten een:⁶

“tussen de aannemer enerzijds en de staat, een territoriaal lichaam of een in de onderhavige richtlijn bedoelde instelling anderzijds schriftelijke aangegane overeenkomst betreffende de bouw, het onderhoud of het slopen van een in artikel 2, sub b, bedoelde werk;”

Het in artikel 2, sub b bedoelde werk is gedefinieerd als:

“b) *werken*: alle werken of bestanddelen van deze werken in of op de grond, bij voorbeeld: alle soorten van gebouwen, grondwerken, kunstwerken, ondergrondse werken, waterwerken, havenwerken, zeewerken, rivierwerken en werken voor de binnenvaart, wegen, spoor wegen (infrastructuur en bovenbouw), pijpleidingen, telecommunicatiegebouwen en telecommunicatieleidingen.”

5 De bijlagen zijn gebaseerd op de ‘Classification international type, par industrie, de toutes les branches d’activité économique (CITI)’, zoals vastgesteld door het Bureau voor de Statistiek van de Verenigde Naties in 1958. In het Engels: ‘International Standard Industrial Classification of All Economic Activities (ISIC)’. Uit de overwegingen bij de eerste Liberalisatierichtlijnen blijkt dat na de aanvaarding van de Algemene Programma’s een eigen systematische indeling van industriële werkzaamheden voor de EEG is opgesteld (‘Systematische indeling der industrietakken in de Europese Gemeenschappen (NICE)’). Beide lijsten volgen op hoofdlijnen dezelfde indeling en het aanhouden van de NICE-indeling mag niet leiden tot wijziging van het tijdschema zoals dat in de Algemene Programma’s is vastgesteld.

6 Art. 4 lid 1 sub b Commissievoorstel van 10 maart 1964, COM(1964) 57 def. Deze definitie was relevant in verband met het in het voorstel opgenomen quotumsysteem. Kort gezegd kwam dat erop neer dat lidstaten geen overheidsopdrachten meer aan partijen uit andere lidstaten behoeften te gunnen, zodra het voor dat type overheidsopdracht vastgestelde jaarlijkse quotum was overschreden.

Het Commissievoorstel bevatte ook een definitie van ‘werkzaamheden’.⁷ Daarin werd verwezen naar bovengenoemde werkzaamheden uit klasse 40, groep 400 van de ISIC.

Naar aanleiding van de adviezen van het Comité⁸ en het Parlement⁹ heeft de Commissie op 23 juni 1965 een gewijzigd voorstel ingediend bij de Raad.¹⁰ In het gewijzigde Commissievoorstel zijn bovenstaande definities van werken en werkzaamheden als zodanig komen te vervallen. Hetzelfde geldt voor de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Inhoudelijk is het toepassingsgebied evenwel gelijk gebleven. In het gewijzigde Commissievoorstel is namelijk opgenomen dat lidstaten bepaalde beperkingen dienen op te heffen ten aanzien van de gunning van “opdrachten voor de uitvoering van werken voor rekening van de staat, diens territoriale lichamen en de in de bijlage genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen, of voor rekening van concessiehouders daarvan”. Daaraan is toegevoegd dat de richtlijn van toepassing is op anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden die zijn vermeld in bijlage I van het Algemeen Programma Vestiging, klasse 40 ISIC.¹¹

7 Art. 2 sub a Commissievoorstel.

8 Het advies is van 9 december 1964; *PbEG* 1965, p. 150. Het Economisch en Sociaal Comité heeft naar aanleiding van het Commissievoorstel zijn advies uitgebracht. Hierin overweegt het Comité dat “aangezien het Verdrag van Rome de overheidsopdrachten niet vermeldt, een communautaire regeling in het bijzonder nodig is voor de liberalisatie van die werkzaamheden, welke meer dan andere aan de invloed van de staten zijn onderworpen” (lees: werkzaamheden verricht op grond van een overheidsopdracht voor werken). Het Comité stelt voor om bij de definitie van ‘werkzaamheden’ enkel te verwijzen naar klasse 40 en niet naar groep 400 (iedere klasse is onderverdeeld in zogenoemde groepen). Dit zou de harmonisatie van de terminologie ten goede komen. Voorts waarschuwt het Comité voor een beperkte uitleg van het begrip ‘werken’, omdat op dat moment de richtlijn inzake overheidsopdrachten voor leveringen nog niet is goedgekeurd. Overheden zouden opdrachten namelijk kunnen splitsen in de eigenlijke tenuitvoerlegging en de verwerkte materialen (leveringen). Alsdan worden de leveringen aan de communautaire concurrentie onttrokken.

9 *PbEG* 1965, p. 883. Het Parlement is zeer kritisch over de gang van zaken: de Commissie zou door al te grote toegeeflijkheid te ver zijn gegaan bij het streven naar een compromis, alvorens zij het Parlement om advies vroeg. Ook is volgens het Parlement met name de liberalisatierichtlijn (71/304/EEG) veel te ingewikkeld en is een eenvoudiger en vooruitstrevender oplossing gewenst. De complexiteit betreft met name het quotasysteem: het Parlement stelt voor dit systeem in zijn geheel te schrappen, althans te vereenvoudigen. Evenals het Comité waarschuwt het Europees Parlement verder voor een splitsing van werken en leveringen.

10 COM(65) 228 def.

11 Art. 2 lid 1 gewijzigd Commissievoorstel. Overigens bevatte het gewijzigde Commissievoorstel nog de volgende toevoeging: “Deze werkzaamheden omvatten de uitvoering voor rekening van de in artikel 1 bedoelde bouwmeesters [de staat, territoriale lichamen en in de bijlage genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen - PH] van alle werkzaamheden in verband met de bouw, het onderhoud en het slopen van de werken.” Deze toevoeging is niet overgenomen in de definitieve richtlijn.

De definitieve richtlijn is in lijn met het gewijzigde Commissievoorstel en bevat de volgende bepaling:

“De Lid-Staten heffen ten gunste van de in elk der titels I van de Algemene Programma’s vermelde natuurlijke personen en vennootschappen die als dienstverlener optreden dan wel optreden door bemiddeling van agentschappen of filialen, hierna begunstigden genoemd, de in elke der titels III van bedoeld programma’s beoogde beperkingen op ten aanzien van de toegang tot, de gunning van de uitvoering van of de deelneming aan de uitvoering van opdrachten voor de uitvoering van werken voor rekening van de Staat, de territoriale lichamen en de publiekrechtelijke rechtspersonen.”

Voor wat betreft het type werkzaamheden dat onder de richtlijn valt, vermeldt artikel 2 van de definitieve tekst het volgende:

“De bepalingen van deze richtlijn zijn van toepassing op de anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden die vermeld zijn in bijlage I van het Algemene Programma voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging, klasse 40. Deze werkzaamheden komen overeen met die welke zijn opgesomd in klasse 40 van de “Systematische indeling van de industrietakken van de Europese Gemeenschappen “ (N.I.C.E.); zij zijn weergegeven in de bijlage van deze richtlijn.”

In de bijlage van de richtlijn is klasse 40 verder uitgesplitst in een aantal groepen, zoals algemene bouwnijverheid en burgerlijke en utiliteitsbouw. Per groep is vervolgens aangegeven welke typen bedrijven daartoe behoren. Voorbeelden daarvan zijn sloperijen van bouwwerken (algemene bouwnijverheid) en dakdekkersbedrijven (burgerlijke en utiliteitsbouw).

5.1.1.2 Richtlijn Werken (71/305/EEG)

Een definitie van overheidsopdrachten voor werken komt uiteindelijk met de vaststelling van de eerste richtlijn die verplichtte tot het bieden van gelijke kansen, de Richtlijn Werken. In de definitie wordt verwezen naar de Liberalisatierichtlijn. Het oorspronkelijke Commissievoorstel verwees nog naar de ruime omschrijving van ‘werken’ uit het Commissievoorstel voor de Liberalisatierichtlijn.¹²

“Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken zijn schriftelijke overeenkomsten tussen de ondernemer¹³ enerzijds en de onder b) van onderhavig

12 Art. 1 onder a van het Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233.

13 Het begrip ‘ondernemer’ moet volgens de Commissie in de ruimste betekenis worden opgevat, en omvat ook ‘onderneming’, ‘ambachtsman’ en ‘vennootschap’ in de zin van art. 58 van het EEG-Verdrag. Art. 1 lid 2 Commissievoorstel. Art. 58 van het EEG-Verdrag luidt: “De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een Lid-Staat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur

artikel gedefinieerde aanbestedende diensten anderzijds, welke de bouw, het onderhoud of het slopen betreffen van een werk als bedoeld in artikel 2 b) van de [Liberalisatierichtlijn Werken] (...);”

In de definitieve Richtlijn Werken van 26 juli 1971 is evenwel een andere definitie opgenomen, waarin met name is toegevoegd dat het overeenkomsten ‘onder bezwarende titel’ betreft. Ook is de uiteindelijke definitie aangepast op de tekst van de definitieve Liberalisatierichtlijn, zodat de definitie enkel nog betrekking heeft op de werkzaamheden uit klasse 40 ISIC (en NICE)¹⁴ en niet (meer) op de ruim omschreven ‘werken’ uit het voorstel voor de Liberalisatierichtlijn. De uiteindelijke definitie luidt:¹⁵

“In de zin van deze richtlijn:

a) zijn “overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken”: schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer – natuurlijk persoon of rechtspersoon – enerzijds, en een onder b) omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op een der werkzaamheden als bedoeld in artikel 2 van de [Liberalisatierichtlijn Werken] (...);”

De definitie van een overheidsopdracht voor werken had aldus in de oorspronkelijke Commissievoorstellen uit de jaren zestig van de vorige eeuw nog betrekking op “alle werken of bestanddelen van deze werken in of op de grond”, maar is verdwenen in de Liberalisatierichtlijn Werken en is in de Richtlijn Werken geconcretiseerd tot de werkzaamheden en de daarbij behorende bedrijven uit klasse 40 van de NICE.

of hun hoofdvesting binnen de Gemeenschap hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de Lid-Staten. Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

14 Via de in het Commissievoorstel opgenomen koppeling met het begrip ‘werk’ in de zin van het Commissievoorstel voor de Liberalisatierichtlijn Werken, had de Richtlijn Werken oorspronkelijk kort gezegd betrekking op ‘alle werken in of op de grond’. De overige relevante wijzigingen strekken ertoe de tekst te laten aansluiten bij de (definitieve) tekst van Richtlijn 71/304/EEG. Zo is “welke de bouw, het onderhoud of het slopen betreffen van een werk als bedoeld in artikel 2 b) van [Richtlijn 71/304/EEG]” gewijzigd in “die betrekking hebben op een der werkzaamheden als bedoeld in artikel 2 van [Richtlijn 71/304/EEG]”. De verwijzing naar art. 2 in plaats van art. 2 b) komt voort uit de wijzigingen gedurende de totstandkoming van Richtlijn 71/304/EEG. Ook de verwijzing naar “werkzaamheden” in plaats van “de bouw, het onderhoud of het slopen betreffen van een werk” komt voort uit de wijzigingen gedurende de totstandkoming van Richtlijn 71/304/EEG.

15 Art. 1 sub a) Richtlijn 71/305/EEG, *PbEG* 1971, L-185/5.

5.1.2 Uitbreiding reikwijdte

In de daaropvolgende periode is de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken uitgebreid. De aanleiding daarvoor was de impasse in de voltooiing van de interne markt en het door de Raad gestelde doel dat alsnog in 1992 te bereiken. In dat kader startte de Commissie met de uitbreiding van de reikwijdte, hetgeen met name nodig was omdat onderzoek had uitgewezen dat de letter noch de geest van de aanbestedingsrichtlijnen werd nageleefd en projecten doelbewust werden gesplitst om de richtlijn te ontduiken.¹⁶ De uitbreiding voltrok zich in een aantal stappen, die hierna achtereenvolgens aan de orde komen.

5.1.2.1 *Vademecum (1987)*

Zo publiceerde de Commissie ter voorlichting een vademecum voor overheidsopdrachten in de Gemeenschap.¹⁷ Dit vademecum betreft de interpretatie van de Commissie van de Verdragsbeginselen en de op dat moment geldende aanbestedingsrichtlijnen, waaronder de Richtlijn Werken.¹⁸ Volgens de Commissie bepaalt deze richtlijn alleen dat een overeenkomst voor de uitvoering van werken schriftelijk en onder bezwarende titel moet worden gesloten; ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst vermeldt de richtlijn niets. De Commissie vervolgt:¹⁹

“Daar geen beperkingen zijn opgenomen, is de werkingssfeer van de richtlijn derhalve de ruimst denkbare en vallen alle soorten van overeenkomsten die de contracterende partijen maar kunnen bedenken, eronder. De keuze van de wijze waarop de verrichting wordt gefinancierd, wordt eveneens overgelaten aan de aanbestedende dienst, die uit eigen middelen kan putten, het nodige kapitaal kan lenen, dan wel, bij voorbeeld, de zorg voor de financiering van het project geheel aan de aannemer kan overlaten.”

Gelet hierop moeten volgens de Commissie eveneens als overeenkomsten in de zin van de Richtlijn Werken worden beschouwd:²⁰

“overeenkomsten waarbij een aanbestedende dienst een privaatrechtelijk persoon zowel het ontwerp als de uitvoering van een werk toevertrouwt, alsmede overeenkomsten waarbij een aanbestedende dienst zowel de financiering als de

16 Zie Mededeling van de Commissie aan de Raad, Overheidsopdrachten in de Gemeenschap, 10 februari 1987, COM(86) 375 def., zoals besproken in paragraaf 3.1.5.2.

17 Mededeling van de Commissie – Vademecum overheidsopdrachten in de Gemeenschap, *PbEG* 1987, C-358/1. De onderstaande verwijzingen naar paginanummers verwijzen naar de paginanummers van de digitale publicatie en stemmen niet noodzakelijkerwijs overeen met de paginanummers van het *PbEG*.

18 De Commissie had ten tijde van het vademecum reeds haar voorstel voor wijziging van Richtlijn 71/305/EEG naar de Raad verzonden (zie hierna). Omdat het vademecum evenwel ziet op interpretatie van Richtlijn 71/305/EEG, wordt het hier reeds besproken.

19 Vademecum 1987, p. 28.

20 Vademecum 1987, p. 28.

uitvoering van werkzaamheden, al dan niet gepaard gaande met een ontwerp-opdracht, uitbesteedt.”

5.1.2.2 *Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)*

Deze uitbreiding van de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken is ook terug te zien in het Commissievoorstel voor de Wijzigingsrichtlijn Werken.²¹ In de toelichting daarop is over het toepassingsgebied het volgende te lezen:²²

“Het uitgangspunt van de wijziging die door de Commissie aan de Raad wordt voorgesteld, is de uitbreiding van het toepassingsgebied van de richtlijn tot alle contractvormen die zich de afgelopen tien jaar hebben ontwikkeld en die leiden tot het plaatsen van steeds ruimere opdrachten, die niet alleen het eigenlijke bouwen omvatten, maar ook bijvoorbeeld het ontwerp, de financiering, het ‘management’ (directie van de werkzaamheden) en andere aan de openbare werken verbonden diensten.”

De Commissie achtte het dan ook dienstig om het begrip ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ beter te omschrijven, met name om het begrip uit te breiden tot nieuwe contractvormen.²³ Het Commissievoorstel bevat daartoe de als volgt gewijzigde definitie van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken:²⁴

“schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer – natuurlijk persoon of rechtspersoon – enerzijds en een onder b) omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp en de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden, dan wel nog op het opleveren met welke middelen ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde behoeften voldoet.”

De in bijlage I vermelde werkzaamheden betreffen klasse 50 van de NICE, die overeenkomt met de vroegere klasse 40 van de NICE en ISIC (‘bouwnijverheid’).

21 Commissievoorstel Wijzigingsrichtlijn Werken d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def.

22 Voorstel van de Commissie d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., toelichting, p. 2.

23 Commissievoorstel, zesde overweging. Zie ook het hierna te bespreken *Ballast Nedam*-arrest (HvJ EG 14 april 1994, zaak C-389/92). Het ‘beter omschrijven’ is volgens de Commissie dienstig met het oog op de noodzakelijke verbetering en uitbreiding van de in de bestaande richtlijnen opgenomen waarborgen inzake de doorzichtigheid van de procedures en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken (aldus het Commissievoorstel, vijfde overweging). Het doel van die verbetering en uitbreiding is een beter toezicht op de naleving van uitzonderingsbepalingen en het verminderen van verschillen in mededingingsvoorwaarden tussen onderdanen van de lidstaten.

24 Voorstel van de Commissie d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., tekstvoorstel p. 2.

Dit deel van de definitie is inhoudelijk dan ook gelijk aan de Richtlijn Werken. Nieuw is de toevoeging dat ook het ontwerp – mits gecombineerd met de uitvoering – onder het toepassingsgebied valt, alsook het laatste deel van de definitie ('het opleveren met welke middelen dan ook' etc.). Uit de toelichting blijkt dat het tekstvoorstel volgens de Commissie een 'actualisering' betreft om te benadrukken dat de Richtlijn Werken eveneens van toepassing is op de "nieuwe vormen van overeenkomsten voor de gunning van opdrachten, zoals bijvoorbeeld projectontwikkelingsovereenkomsten, 'management'-overeenkomsten, die niet alleen betrekking hebben op het eigenlijke bouwen, maar ook op financiële aspecten, organisatie en directie van de werken, enz." Aldus wordt volgens de Commissie verduidelijkt dat de richtlijn eveneens geldt voor opdrachten, waarbij de aanbestedende dienst aan een derde, behalve de uitvoering van de werken, ook andere taken die op de aanbestedende dienst rusten, toevertrouwt.²⁵ Het doel om het toepassingsgebied van de Richtlijn Werken uit te breiden tot dergelijke contractvormen is ook als volgt bevestigd in de Raadswerkgroep Economische Vraagstukken (Vestiging en Diensten), die het Commissievoorstel op 5 en 6 februari 1987 besprak ter voorbereiding van het gemeenschappelijk standpunt van de Raad:²⁶

"Deze formulering ['het opleveren met welke middelen dan ook' – PH] verdient evenwel nadere bezinning, aangezien hieronder de nieuwe, uiteenlopende soorten van overeenkomsten vallen, waarbij de aanbestedende diensten hun taak geheel of gedeeltelijk delegeren (leiding van de werken, beheer van de investeringen), dan wel de ondernemingen belasten met opdrachten die verschillende fasen van de produktie van het werk omvatten. Het gaat om overeenkomsten die ertoe strekken de mededingingsprocedure te beperken tot een niveau, dat dikwijls ver vóór het produktieproces is gesitueerd, en aldus aan het toepassingsgebied van de vigerende richtlijn kunnen ontsnappen; (...)."

Overigens liet een aantal delegaties tijdens de volgende bijeenkomst van de raadswerkgroep weten dat de bedoeling van de definitie van 'overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken' nog onvoldoende uit de verf kwam.²⁷ Met name de zinsnede 'met welke middelen dan ook' achtten zij te vaag om de nieuwe vormen van overeenkomsten te dekken die onder het richtlijnvoorstel moeten vallen. Deze kanttekeningen hebben evenwel niet tot wijziging van de definitie op dit punt geleid.

25 Voorstel van de Commissie d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., toelichting p. 5.

26 Zie resultaat besprekingen d.d. 23 februari 1987, document 4875/87 (MAP 2). Overigens moet bedacht worden dat destijds de Richtlijn Diensten nog niet bestond, zodat de relatie tussen een aanbestedende dienst en een projectontwikkelaar niet reeds als overheidsopdracht voor diensten onder de werking van het Europese aanbestedingsrecht viel. Zie hierover ook Skilbeck 1996.

27 Bespreking van 7 en 8 mei 1987; zie resultaat besprekingen d.d. 1 juni 1987, document 6862/87 (MAP 7).

Gedurende het wetgevingstraject is de definitie van een overheidsopdracht voor werken nog een aantal maal gewijzigd. Zo werd door de raads werkgroep toegevoegd dat de werkzaamheden niet alleen betrekking kunnen hebben op de in de bijlage vermelde werkzaamheden, maar ook op een ‘werk’.²⁸ Ook werd ‘het opleveren’ gewijzigd in ‘het laten uitvoeren’.²⁹ De ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde behoeften’ werden in een laat stadium nog gewijzigd in ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’.³⁰

In de uiteindelijke Wijzigingsrichtlijn Werken van 18 juli 1989 is in de considerans opgenomen dat het dienstig is het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken beter te omschrijven, met name om daarbij rekening te houden met de nieuwe vormen van overeenkomsten voor de gunning van opdrachten.³¹ De definitie van overheidsopdrachten voor werken luidt:

-
- 28 Dit blijkt uit de tekst van de raads werkgroep Economische Vraagstukken (Vestiging en Diensten) naar aanleiding van haar werkzaamheden op 7, 8, 16 en 17 juni 1988; zie toezending van teksten, document 7368/88 (MAP 15). Een toelichting op deze toevoeging ontbreekt.
- 29 Tekst van de raads werkgroep Economische Vraagstukken (Vestiging en Diensten) naar aanleiding van haar werkzaamheden op 7, 8, 16 en 17 juni 1988; zie toezending van teksten, document 7368/88 (MAP 15). Deze wijziging werd niet overgenomen in het Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 21 juni 1988, COM(88) 354 def. Niettemin bracht de raads werkgroep deze wijziging wederom aan in het gewijzigde Commissievoorstel; zie resultaat besprekingen d.d. 3 augustus 1988, document 7912/88 (MAP 17).
- 30 In de ontwerprichtlijn die het Comité van Permanente Vertegenwoordigers zond aan de Raad naar aanleiding van overleg op 5 oktober 1988; zie toezending teksten d.d. 10 oktober 1988, document 8590/88 (MAP 24). Dit document bevat evenwel geen toelichting op deze wijziging. In het daaraan voorafgaande verslag van de Raads werkgroep aan het Comité van Permanente Vertegenwoordigers en in de daaropvolgende bijeenkomsten van dit Comité en een ad hoc Raads werkgroep in september 1988 zijn geen opmerkingen gemaakt over de definitie van overheidsopdrachten voor werken (zie resp. documenten 8082/88 (MAP 19), 8295/88 (MAP 21) en 8408/88 (MAP 22)).
- 31 Richtlijn 89/440/EEG, *PbEG* 1989 L-210/1. In de tussentijd heeft het Europees Parlement in tweede lezing een aantal amendementen aangebracht op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad (*PbEG* 1989 C-69/69). De Commissie stelde vervolgens naar aanleiding van het gemeenschappelijk standpunt en de amendementen van het Europees Parlement een opnieuw gewijzigd voorstel vast (opnieuw behandeld voorstel d.d. 4 april 1989, COM(89) 141 def. Zie voor de tekst van het voorstel voor de richtlijn ook *PbEG* 1989 C-115/50). Dit opnieuw gewijzigde voorstel werd besproken in een ad hoc Raads werkgroep, hetgeen uiteindelijk leidde tot het verslag van het Comité van Permanente Vertegenwoordigers aan de Raad van juni 1989 (zie resultaat besprekingen d.d. 8 mei 1989, document 6479/89 (MAP 19) en verslag d.d. 22 mei 1989, document 6710/89 (MAP 22) respectievelijk verslag d.d. 9 juni 1989, document 7224/89 (MAP 32)). In geen van deze stukken c.q. besprekingen worden inhoudelijke opmerkingen gemaakt over de definitie van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

“schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer enerzijds, en een onder b) omschreven 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 onder 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;”

Onder c) van datzelfde artikel is opgenomen wat onder een ‘werk’ wordt verstaan, te weten:

“het produkt van bouw – dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”.

De uitbreiding van de reikwijdte was kennelijk politiek niet onomstreden. In de considerans van het Commissievoorstel was immers nog opgenomen dat het begrip overheidsopdracht voor werken beter werd omschreven “met name om het begrip uit te breiden tot de nieuwe vormen van overeenkomsten”, terwijl dat volgens de achtste overweging van de definitieve richtlijn met name het geval was “om daarbij rekening te houden met de nieuwe vormen van overeenkomsten”. Hoewel de reikwijdte van een overheidsopdracht voor werken in de uiteindelijke richtlijn niet beperkter is dan die in het Commissievoorstel, was het blijkbaar opportuun om deze niet als ‘uitbreiding’ te beschouwen maar als ‘verduidelijking’. Zo werd de uiteindelijke overweging in de richtlijn in ieder geval opgevat door advocaat-generaal Gulmann in zijn conclusie in de *Ballast Nedam*-zaak, waarin hij overwoog:³²

“Daar het volgens de achtste overweging van de considerans van richtlijn 89/440 gaat om een precisering en dus waarschijnlijk niet om een verruiming van het begrip overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, mag die definitie derhalve in aanmerking worden genomen voor een uitspraak in de onderhavige zaak, ook al is zij pas na het voor het hoofdgeding relevante tijdstip vastgesteld.”

Het als verduidelijking beschouwen van wat in feite een uitbreiding is, heeft niet ertoe geleid dat de Commissie is afgeweken van haar standpunt dat de wijziging van de definitie van overheidsopdrachten voor werken was bedoeld om ook opdrachten te omvatten waarbij de aanbestedende dienst aan een derde, behalve

32 Conclusie van de A-G van 24 februari 1994, zaak C-389/92 (*Ballast Nedam*), para. 24. Het Hof lijkt in die opvatting mee te gaan; zie HvJ EG 14 april 1994, zaak C-389/92 (*Ballast Nedam*), r.o. 14. Op zichzelf is een dergelijke ‘verduidelijking’ van het Europese recht zoals dat eigenlijk altijd al was, maar wat in feite een uitbreiding daarvan inhoudt, het Hof niet vreemd. Zo geldt de uitleg die het Hof aan een voorschrift van Europees recht geeft in het kader van een prejudiciële vraag in beginsel als een verklaring en precisering van “de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast”; zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79 (*Denkavit*), r.o. 16.

de uitvoering van de werken, ook andere taken die op hem rusten, toevertrouwt.³³ Jaren later (in 1991) stelde de Commissie namelijk het volgende over de definitie van overheidsopdrachten voor werken na wijziging door de Wijzigingsrichtlijn Werken:³⁴

“Met deze zeer ruime definitie hebben de opstellers van de richtlijn willen voorkomen dat de aanbestedende dienst zich op de een of andere wijze aan de toepassing van de richtlijn kan onttrekken. ‘Laten uitvoeren met welke middelen dan ook’ heeft aldus met name betrekking op vastgoedprojecten waarbij een projectontwikkelaar zich ertoe verbindt een gebouw op te trekken dat aan tevoren door de aanbestedende diensten vastgestelde eisen voldoet, zelf de voorfinancieringslasten te dragen en dan op korte of lange termijn de eigendom over te dragen. Een overheidsopdracht in de zin van de onderhavige richtlijn zou ook zijn een eenzijdige verbintenis, aangegaan door een aanbestedende dienst, om later een nog op te trekken gebouw te kopen, dat niet zou worden opgetrokken indien deze aanbestedende dienst deze eenzijdige verbintenis niet was aangegaan en niet tevoren de toekomstige functies van een dergelijk gebouw had omschreven.

Slechts aankopen door een aanbestedende dienst van reeds bestaande werken die niet zijn gebouwd om aan tevoren door die dienst vastgestelde eisen te voldoen, vallen buiten de werkingsfeer van de richtlijn.”³⁵

In 1997 herhaalde de Commissie dit standpunt in haar Handleiding Werken. Daarin wees de Commissie vervolgens erop dat de praktijk laat zien dat aanbestedende diensten in veel gevallen bij voorkeur een aannemer inschakelen om het ontwerp voor de door de koper gewenste werken op te stellen en de gehele uitvoering van de werken te coördineren.³⁶ Ook sluiten aanbestedende diensten dikwijls bij voorkeur een projectontwikkelings- of managementovereenkomst op

33 Voorstel van de Commissie d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., toelichting p. 5.

34 Europese Commissie, Overheidsopdrachten en communautaire financiering, 1991, p. 47 e.v. De brochure had als subtitel ‘Hoe moet de vragenlijst “overheidsopdrachten” (*PbEG* C22 van 28.1.1989) worden ingevuld?’ De betreffende vragenlijst diende te worden ingevuld door diegenen die communautaire steun aanvragen en op wie de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn. Arrowsmith leidt uit deze toelichting van de Commissie af, dat de bepaling ‘het laten uitvoeren met welke middelen dan ook (etc.)’ was ingevoerd juist om deze situaties te omvatten (realisatie op grond van aannemer, gevolgd door overdracht van het werk aan de aanbestedende dienst na realisatie); Arrowsmith 2005, p. 303.

35 Van Marissing is kritisch ten aanzien van het voorbeeld waarbij de aanbestedende dienst een eenzijdige verbintenis aangaat, aangezien bij een eenzijdige verbintenis geen sprake is van een schriftelijke overeenkomst (waarbij twee partijen moeten zijn betrokken); zie Van Marissing 1995, p. 32-33. Daarnaast is bij een dergelijke eenzijdige verbintenis ook geen sprake van de hierna te bespreken – en vereiste – verplichting voor de aannemer tot uitvoering van de werken.

36 Handleiding Werken, 1997, beschikbaar op <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/works_nl.pdf>. De handleiding bevat een overzicht en de uitleg van de Commissie van de voorschriften inzake overheidsopdrachten voor

grond waarvan een aannemer het werk volledig financiert en uitvoert en waarvoor de betreffende aannemer later door de koper wordt vergoed.³⁷ Beide situaties vallen volgens de Commissie onder de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, te weten respectievelijk onder “ontwerp en uitvoering” en het “laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet”.

Over het toepassingsgebied van de definitie van een overheidsopdracht voor werken stelde de Commissie bovendien het volgende:

“Door deze nieuwe definities van het voorwerp van de overeenkomst en meer in het bijzonder door de laatste [het laten uitvoeren met welke middelen dan ook etc. - PH], heeft de communautaire wetgever goed aangegeven dat elke overeenkomst die mede betrekking heeft op de uitvoering van werken op het gebied van algemene bouwnijverheid en/of water- en wegenbouw, al dan niet gepaard gaande met andere taken, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken vormt. Alle nieuwe vormen van overeenkomsten waarbij de aanbestedende dienst er de voorkeur aan geeft een groter of kleiner aantal taken – bij voorbeeld financiering, aankoop van grond, opstelling van ontwerpen, enz. – aan de aannemer over te laten om aldus zijn traditionele taak bij de uitvoering van openbare werken te verlichten, vallen onder het begrip ‘laten uitvoeren’. De werkingssfeer van de richtlijn is dus zo ruim mogelijk om alle mogelijke overeenkomsten te omvatten die door de aanbestedende dienst zouden kunnen worden overwogen om aan zijn specifieke behoeften te voldoen.”

Deze uitleg van de Commissie uit de jaren negentig is tot op heden ongewijzigd gebleven. Zo stelde de Commissie in het groenboek over de modernisering van de aanbestedingsregels uit 2011 over het derde en laatste element van de definitie van een overheidsopdracht voor werken, te weten ‘het laten uitvoeren met welke middelen dan ook, etc.’ dat dit “werd toegevoegd om te verzekeren dat de definitie ook geldt voor gevallen waarin de werken niet door de contractant zelf, maar door derden namens de contractant worden uitgevoerd”.³⁸

Vertaald naar de contractvormen die in de huidige praktijk voorkomen, strekte de uitbreiding van de reikwijdte in 1989 dus ertoe om niet alleen klassieke aannemingsovereenkomsten maar ook geïntegreerde contracten te omvatten, zoals Design & Construct, turnkey-overeenkomsten en DBFM (Design, Build, Finance and Maintain).³⁹ Het hier relevante verschil met de klassieke contractvormen is dat bij deze geïntegreerde contracten de aannemer niet alleen verantwoordelijk is

de uitvoering van werken, de (geconsolideerde) Richtlijn Werken 93/37/EEG en de daaraan ten grondslag liggende algemene Verdragsbeginselen.

37 Handleiding Werken, p. 12.

38 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’ d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def., p. 8.

39 Zie ook Hebly & Heijnsbroek 2010, p. 208.

voor de uitvoering van de werken zelf (maar bijvoorbeeld ook voor het ontwerp en de financiering) en/of de aannemer niet zelf de werken uitvoert (bijvoorbeeld omdat hij een projectontwikkelaar is en voor de werken een aannemer inschakelt).

5.1.2.3 *Functionele benadering (2001)*

Behalve de Commissie stond ook het Hof een ruime uitleg voor van de definitie van overheidsopdrachten voor werken. In het *Scala*-arrest heeft het Hof ten aanzien van die definitie, zoals gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn Werken, overwogen dat deze zo moet worden uitgelegd dat “het nuttige effect van de richtlijn wordt verzekerd”.⁴⁰ Met andere woorden, het Hof vereist een functionele uitleg van het begrip overheidsopdracht voor werken in het licht van de doelstellingen van de richtlijn, in plaats van een formalistische (en derhalve strikte) uitleg.⁴¹ De Commissie heeft dat later ook bevestigd.⁴²

Een dergelijke ruime, functionele benadering is ook terug te vinden in de Nederlandse jurisprudentie. Kort voor het *Scala*-arrest wees het gerechtshof in Den Haag een arrest over de realisatie van infrastructuur in de gebiedsontwikkeling Mortierepolder te Middelburg.⁴³ Het hof paste daarin een ruime uitleg toe van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ door niet formalistisch naar de eigenschappen van de overeenkomst in kwestie te kijken, maar door het eindresultaat van die overeenkomst te bezien in het licht van het doel van de destijds toepasselijke aanbestedingsrichtlijn, te weten de bevordering van een open markt en eerlijke mededinging. Langs die weg kwam het hof tot de conclusie dat sprake was van een overheidsopdracht.⁴⁴

5.1.2.4 *Aanbestedingsrichtlijn (2004)*

Sinds de Wijzigingsrichtlijn Werken is de definitie van een overheidsopdracht voor werken inhoudelijk niet meer gewijzigd in de Europese aanbestedingswetgeving. Wel is duidelijk geworden uit de aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten voor diensten uit 1992 (‘Richtlijn Diensten’)⁴⁵ dat opdrachten met betrekking tot verwerving of huur van onroerend goed door een aanbestedende dienst niet zijn

40 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 52 en 85. Zie over dit arrest ook Dischendorfer 2001.

41 Het Hof heeft een dergelijke functionele uitleg ook toegepast bij de definitie van een aanbestedende dienst; zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beenjes*), r.o. 11, HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-214/00 (*Commissie/Spanje*), r.o. 53 en HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-574/10 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 40.

42 Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def., p. 6. Volgens de Commissie geldt hetzelfde voor de onderdelen van de definitie van een concessieovereenkomst voor werken.

43 Hof Den Haag 31 januari 2001, *LJN* AB0451 (*Mortierepolder*).

44 Zie hierover verder paragraaf 5.6.4.2.

45 Richtlijn 92/50/EEG, *PbEG* 1992, L-209/1. Tot die tijd gold voor diensten als zodanig geen Europese aanbestedingsplicht.

te beschouwen als overheidsopdrachten voor werken,⁴⁶ leveringen,⁴⁷ of diensten.⁴⁸ Dit type overheidsopdrachten is namelijk als afzonderlijke categorie – d.w.z. naast overheidsopdrachten voor leveringen of werken – uitgesloten van de Richtlijn Diensten.⁴⁹

In 1996 begon de Commissie met een herziening van het Europese aanbestedingsbeleid. Zij publiceerde in dat jaar het groenboek ‘De overheidsopdrachten in de EU: beschouwingen over een toekomstig beleid’.⁵⁰ Daarin wijst de Commissie erop dat het niet eenvoudig is gebleken om het begrip ‘overheidsopdracht’ af te bakenen.⁵¹ De richtlijnen bevatten volgens de Commissie een ruime omschrijving, “zodat allerhande schriftelijke contracten onder bezwarende titel die tussen een aanbestedende dienst en een onderneming worden gesloten, in de werkingssfeer van de communautaire regeling komen te vallen”. Hetzelfde geldt voor het begrip ‘werk’, “waarvoor een aantal elementen weliswaar in de tekst van de richtlijn te vinden zijn, doch dat in bepaalde concrete gevallen voor uiteenlopende interpretaties vatbaar blijkt”.

Volgens de Commissie zijn de begrippen in de richtlijn enigszins generiek van aard omdat zij in zeer uiteenlopende situaties en nationale rechtsstelsels moeten worden toegepast. De Europese wetgever diende met deze diversiteit rekening te houden. Gelet daarop, aldus de Commissie, moeten bij de interpretatie van de betreffende begrippen de “geest en de doelstellingen van de wetgever getrouw in acht worden genomen”.⁵² Met andere woorden, de begrippen moeten functioneel worden uitgelegd.

Niettemin is de definitie van een overheidsopdracht voor werken inhoudelijk ongewijzigd overgenomen in de Aanbestedingsrichtlijn. Deze definitie luidt als volgt:⁵³

-
- 46 De Commissie had zich al bij de totstandkoming van de Wijzigingsrichtlijn Werken op dit standpunt gesteld. Tijdens het overleg van de raads werkgroep op 10 en 11 mei 1988 stelde zij dat overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken zoals bedoeld in de richtlijn niet de aankoop van onroerend goed omvatten; zie resultaat besprekingen d.d. 23 mei 1988, document 6384/88 (MAP 10).
- 47 Zie in dat verband ook Wedekind 1993, die – onder verwijzing naar toelichting van de Nederlandse overheid – stelt dat de Richtlijn Leveringen slechts de aanschaf van roerende goederen bestrijkt.
- 48 Door de verbondenheid van onroerend goed met een specifieke geografische locatie, werd grensoverschrijdende mededinging niet goed mogelijk geacht; zie de considerans en Trepte 2007, p. 244.
- 49 De rechtvaardiging van deze uitzondering is terug te vinden in de overwegingen: “Overwegende dat opdrachten met betrekking tot de verwerving of huur van onroerende zaken dan wel betreffende de rechten op deze zaken bijzondere kenmerken vertonen, waardoor het niet dienstig is aanbestedingsvoorschriften daarop toe te passen;”
- 50 COM(1996)583 def., p. 11, hierna ook: Groenboek 1996.
- 51 COM(1996)583 def., p. 11.
- 52 Groenboek 1996, p. 11.
- 53 Richtlijn 2004/18/EG, PbEU 2004, L-133/114.

“Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

‘Overheidsopdrachten voor werken’ zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

Een ‘werk’ is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

In de toelichting op het Commissievoorstel voor de Aanbestedingsrichtlijn is vermeld dat in de nieuwe definitie nader is aangeduid dat het begrip overheidsopdrachten voor werken ook van toepassing is op “overeenkomsten met meer economische subjecten”, dat wil zeggen een of meer ondernemers.⁵⁴ De definitie zoals uiteindelijk opgenomen in de richtlijn wijkt inhoudelijk niet af van het Commissievoorstel. Gedurende de totstandkomingsgeschiedenis zijn ook geen wijzigingen voorgesteld ten aanzien van de definitie, behoudens enkele wijzigingen met betrekking tot de samenhang tussen het ontwerp (diensten) en de uitvoering (werken).⁵⁵

5.1.2.5 Verdere uitbreiding (2005 - 2009)

Terwijl de aanbestedingswetgeving inhoudelijk niet meer veranderde, zaten de Commissie en het Hof echter niet stil. Zo begon de Commissie in 2005 een inbreukprocedure tegen Nederland met betrekking tot de gebiedsontwikkeling Vathorst in Amersfoort.⁵⁶ Het betrof de ontwikkeling van een VINEX-locatie even buiten Amersfoort. De gemeente had een PPS gevormd met een aantal markt-

54 Commissievoorstel 30 augustus 2000, COM(2000)275 def./2, p. 14. Aan het Commissievoorstel ging nog de mededeling van de Commissie ‘De overheidsopdrachten in de Europese Unie’ vooraf, COM(1998)143 def. In deze mededeling worden geen opmerkingen gemaakt ten aanzien van de definitie van overheidsopdrachten voor werken.

55 Zie Hebly 2007, p. 307 e.v. Overigens had het Economisch en Sociaal Comité nog aangegeven dat het Comité het “in dit verband noodzakelijk [acht] dat er een nauwkeurigere definitie van overheidsopdrachten wordt gegeven en dat o.m. wordt verduidelijkt wat in artikel 1 met ‘opdrachten (...) die betrekking hebben op (...) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk’ wordt bedoeld”; zie Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het “Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken”*, PbEG 2001, C 193/7, para. 3.4.

56 De ingebrekestelling dateert van 16 maart 2005, zaak 2003/5274; op 15 mei 2009 heeft de Commissie de inbreukprocedure gesloten. Zie over deze inbreukprocedure

partijen die op die locatie grond in eigendom hadden en de afspraken daaromtrent vastgelegd in de Grondexploitatie- en Realiseringsovereenkomst Vathorst (GROK). De Commissie was onder meer van mening dat de gemeente op basis van de GROK onderhands overheidsopdrachten voor werken verleende voor de projectontwikkeling (realisatie van woningen en commerciële voorzieningen).⁵⁷

De opvatting van de Commissie dat de realisatie van dergelijk ‘privaat’ vastgoed ook kon worden aangemerkt als overheidsopdracht voor werken werd vervolgens ogenschijnlijk bewaarheid door het Hof. Dat leek namelijk met het *Auroux/Roanne*-arrest uit 2007 de deur open te zetten voor een verdere uitbreiding van de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken.⁵⁸ Dit arrest ging kort gezegd over de (prejudiciële) vraag of de overeenkomst die de gemeente Roanne onderhands had gesloten met SEDL (een vennootschap met gemengd publiek en privaat kapitaal) moest worden aangemerkt als overheidsopdracht voor werken. Op grond van de overeenkomst zou SEDL een multifunctionele accommodatie bouwen, met naastgelegen parkeergelegenheid.⁵⁹ Als onderdeel daarvan zou SEDL in de eerste fase van het project een multiplexbioscoop en bedrijfsruimten laten bouwen en aan derden verkopen. Ook zou SEDL een parkeerterrein, toegangswegen en openbare ruimten laten realiseren en aan de gemeente overdragen.

De kennelijke uitbreiding van de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken schuilt met name in het antwoord dat het Hof op deze prejudiciële vraag geeft. Het Hof antwoordt namelijk dat:⁶⁰

“een overeenkomst waarbij een eerste aanbestedende dienst een tweede aanbestedende dienst belast met de uitvoering van een bouwwerk, een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van artikel 1, sub a, van de richtlijn vormt, ongeacht of daarin al dan niet wordt bepaald dat de eerste aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van het gehele bouwwerk of van een gedeelte ervan.”

Boot & Ubink 2005 en Hoek 2009. Op onderdelen van deze inbreukprocedure wordt later in dit hoofdstuk nader ingegaan.

- 57 Hetzelfde gold voor de locatieontwikkeling (bouw- en woonrijp maken). De Nederlandse regering bleek het daar echter mee eens te zijn in zijn reactie van 19 juli 2005 en zegde toe dat deze werkzaamheden in het vervolg conform de aanbestedingsrichtlijnen zouden worden aanbesteed. Verder maakte de Commissie met name nog bezwaar tegen overeenkomsten die de gemeente had gesloten in verband met de sanering.
- 58 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*). Onderdelen van dit arrest worden later in dit hoofdstuk nog nader besproken.
- 59 In het arrest wordt gesproken over een ‘recreatiepark’, hetgeen wat verwarrend is. Het gaat in feite om één bouwmassa met daarin een aantal verschillende functies en daarnaast parkeergelegenheid. Inmiddels is zelfs met *Google Street View* goed te zien dat het gaat om wat in Nederland zou heten een ‘multifunctionele accommodatie’ of ‘MFA’ (het gebouw is gelegen aan de Cours de la Republique 2 te Roanne).
- 60 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 47.

Dit antwoord heeft nogal wat stof doen opwaaien.⁶¹ De consequentie van dit antwoord zou namelijk kunnen zijn dat ook als de overheid aan een marktpartij grond uitgeeft en de marktpartij opdraagt op die grond voor eigen rekening en risico commercieel vastgoed te realiseren dat deze marktpartij vervolgens verkoopt aan derden, sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Dergelijke overeenkomsten werden in de praktijk echter niet als overheidsopdrachten beschouwd.⁶² Deze ruime interpretatie van *Auroux/Roanne* zou weliswaar tot gevolg hebben dat de overheid voor meer gronduitgiftes gelijke kansen moet bieden (hetgeen in dit onderzoek wordt bepleit), maar het houdt ook in dat de vereisten van een overheidsopdracht voor werken zoals die in de Aanbestedingsrichtlijn zijn opgenomen, worden losgelaten. Zoals hierna zal blijken, schiet het middel dan het doel voorbij; gezocht moet worden naar andere middelen om bij dergelijke gronduitgifte alsnog gelijke kansen te waarborgen.

Een andere uitbreiding is terug te vinden in het recentere *KölnMesse*-arrest. Daarin heeft het Hof geoordeeld dat de huur van vier nog conform de eisen van de overheid te realiseren expositiehallen een overeenkomst voor werken vormde.⁶³ Het Hof bevestigde daarmee het standpunt dat de Commissie reeds had ingenomen in haar Handleiding Werken uit 1997. In hetzelfde arrest overwoog het Hof bovendien dat voor de kwalificatie als overheidsopdracht voor werken irrelevant was of de overheid op enig moment de expositiehallen al dan niet in eigendom zou (kunnen) verkrijgen.⁶⁴

61 Zie onder meer Ritsema van Eck & Hebly 2007; Mollen 2007; Fischer-Braams 2007; Elvin & Banner 2008. Zie ook Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), ICER Rapport Auroux, oktober 2008, bijlage bij brief van de minister van BZK van 11 oktober 2008, kenmerk 2008-0000483938, evenals de Kamervragen met betrekking tot het *Auroux/Roanne*-arrest en het ICER-rapport, *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 862 en *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1353. Het kabinet heeft op 26 september 2008 ingestemd met verzending van het rapport, zo valt te lezen in *Kamerstukken II* 2008/09, 27 581, nr. 36, p. 2.

62 Zie hierover verder paragraaf 5.8.

63 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*). Zie ook Davey 2010. Het arrest is het gevolg van een inbreukprocedure uit 2005 (zaaknummer 2005/4955); zie de persberichten van de Europese Commissie IP/06/1375 en IP/07/917 van resp. 12 oktober 2006 en 27 juni 2007. De gemeente Keulen had met GKM-GbR, een particuliere investeringsmaatschappij, een huurovereenkomst gesloten voor vier expositiehallen (te exploiteren door KölnMesse). GKM-GbR zou deze hallen (laten) realiseren conform de specifieke eisen van de gemeente. In ruil daarvoor zou de gemeente gedurende de looptijd van de huurovereenkomst (30 jaar) een maandelijks huur betalen.

64 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 62, onder verwijzing naar het antwoord op de eerste prejudiciële vraag in *Auroux/Roanne*. Zie ook de conclusie van de A-G van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), para. 90-93. De A-G stelt onder meer dat de doelstellingen van de Richtlijn Werken “in het gedrang [kunnen] komen wanneer de aanbestedende dienst werken aanbesteedt waarop hij zodra zij gereed zijn – op kleinere of grotere schaal – zaken- of verbintenisrechtelijke rechten verkrijgt.”

5.1.3 Begrenzing reikwijdte

Aan de uitbreiding van de reikwijdte van een overheidsopdracht voor werken lijkt recent een einde te zijn gekomen. In plaats van verdere uitbreiding is een trend waarneembaar waarbinnen het Hof en de Commissie juist de buitengrenzen bepalen van het begrip overheidsopdracht voor werken, daartoe gesteund door het Parlement. Tekenend daarvoor is de kritiek van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak *Müller* op de uitsluitend functionele uitleg van de Aanbestedingsrichtlijn waar de Commissie voor pleitte en waarbij alleen rekening wordt gehouden met de wezenlijke doelstellingen van die richtlijn.⁶⁵ Volgens de advocaat-generaal leidde de uitsluitend functionele uitleg van de Commissie ertoe dat iedere waarde-toename van onroerend goed, wanneer die aan een activiteit van de overheid kan worden toegerekend, aan de bepalingen van de Aanbestedingsrichtlijn zou moeten worden onderworpen. In dat geval bestaat het gevaar dat moet worden aangenomen dat “elke stedenbouwkundige activiteit” onder de richtlijn valt, hetgeen in de visie van de advocaat-generaal absurd zou zijn. Door de richtlijn uitsluitend functioneel uit te leggen, ging de Commissie dan ook voorbij aan de objectieve voorwaarden voor toepassing die in de richtlijn zelf worden genoemd. De advocaat-generaal concludeerde vervolgens:⁶⁶

“Hoewel het begrip overheidsopdracht voor werken ruim moet worden uitgelegd teneinde mogelijke misbruiken te voorkomen, kan het (...) niet onbeperkt worden verruimd. Bij een dergelijke ‘functionalistische’ uitlegging mag niet zonder meer aan de grenzen van de werkingssfeer van de richtlijn worden voorbijgegaan. Hoewel het hoofddoel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten immers inderdaad erin bestaat, de mededinging tussen ondernemingen te bevorderen en de markten open te stellen, is het tevens juist dat buiten de werkingssfeer van de richtlijn dat doel met andere passende wetgevingsinstrumenten moet worden nagestreefd, zonder dat de werkingssfeer van de bepalingen inzake overheidsopdrachten te zeer wordt verruimd.

De grenzen van die werkingssfeer – die absolute grenzen voor de toepasselijkheid van de bepalingen van de richtlijn moeten vormen – dienen dus met een zekere nauwkeurigheid te worden afgebakend.”

Met andere woorden, de functionele benadering moet worden toegepast om de objectieve voorwaarden voor toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn uit te leggen, maar laat onverlet dat de toepasselijkheid van de Aanbestedingsrichtlijn als zodanig enkel afhangt van de daarin genoemde voorwaarden. Voor het bieden van gelijke kansen voor overeenkomsten die *buiten* de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn vallen (zoals zuivere gronduitgifte), moeten volgens Mengozzi andere wetgevingsinstrumenten dan de Aanbestedingsrichtlijn worden nagestreefd. In deel B van dit onderzoek wordt op dat laatste nader ingegaan.

65 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 36-39 en 50-51.

66 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 50-51.

Het Gerecht heeft advocaat-generaal Mengozzi in bovenstaande begrenzing van de reikwijdte van de Aanbestedingsrichtlijn gevolgd.⁶⁷ Ook volgens het Gerecht is het toepassingsgebied van een aanbestedingsrichtlijn niet onbegrensd en is een uitsluitend functionele uitleg van de richtlijn, enkel verricht in het licht van de basisdoelstellingen daarvan, niet toegelaten. Het toepassingsgebied van die richtlijn moet daarom niet alleen worden bepaald op grond van de doelstellingen daarvan, maar evenzeer onder verwijzing naar de daarin genoemde objectieve voorwaarden, aldus het Gerecht.

In navolging van Mengozzi tekende advocaat-generaal Jääskinen in de zaak *Commissie/Spanje* het volgende op:⁶⁸

“Daarom moet het Hof zich bij de beoordeling of deze zaak vragen inzake overheidsopdrachten doet rijzen, dus bij het onderzoek of deze regelingen onder de betrokken richtlijnen vallen, ervoor behoeden de betekenis van bepaalde criteria van de richtlijnen betreffende overheidsopdrachten niet uit te rekken teneinde deze afspraak binnen de werkingssfeer van de regeling inzake overheidsopdrachten te doen vallen. Dit zou een procrustesoplossing zijn.”

Ook het Hof toonde zich niet ongevoelig voor bovenstaande woorden van Mengozzi. In het *Müller*-arrest van 25 maart 2010 heeft het Hof de overheidsopdracht voor werken duidelijk begrensd.⁶⁹ In dat arrest stelde het Hof vast dat grondverkoop door de overheid geen overheidsopdracht voor werken vormt.⁷⁰ Tevens overwoog het Hof dat het begrip ‘overheidsopdrachten voor werken’ in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn vereist dat de in het kader van de opdracht uit te voeren werken “in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd zonder dat de prestatie evenwel noodzakelijkerwijze bestaat in de verkrijging van een materieel of fysiek voorwerp”.⁷¹ Bovendien moet de aanbestedende dienst de uitvoering van de werken door diens wederpartij in rechte kunnen vorderen, aldus het Hof.⁷² Tot slot overwoog het Hof dat een aanbestedende dienst eerst eisen heeft gesteld aan een werk “wanneer hij maatregelen heeft genomen

67 Gerecht EU 16 december 2011, zaak T-488/10 (*Frankrijk/Commissie*), r.o. 62-63. Het arrest ging over de gesubsidieerde renovatie en uitbreiding van een Club Med vakantiepark op Martinique.

68 Conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), para. 77. De A-G legt in de bijbehorende voetnoot uit dat Procrustes in de Griekse mythologie een meedogenloze smid en rover uit Attica was die mensen verminkte door ze uit te rekken of hun benen af te hakken wanneer ze niet in een ijzeren bed pasten.

69 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*). Zie ook Brown 2010a en 't Hart & Albers 2010. Dit arrest bracht overigen mee dat de daaraan voorafgaande zogenoemde Duitse ‘Ahlhorn-jurisprudentie’ grotendeels achterhaald was; zie over die jurisprudentie: Korthals Altes 2010.

70 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 41.

71 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 54; bevestigd in HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 75.

72 De wijze waarop de uitvoering kan worden afgedwongen is evenwel een kwestie van nationaal recht; zie HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 62-63.

om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen”.⁷³ Op ieder van deze elementen wordt later in dit hoofdstuk nog dieper ingegaan. Voor hier volstaat het om vast te stellen dat deze elementen laten zien dat het Hof – na *Auroux/Roanne* – de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken nu duidelijk wilde begrenzen.

Het Europees Parlement liet in een niet-wetgevende resolutie over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten van 18 mei 2010 weten, verheugd te zijn met dit arrest en de daaraan voorafgaande conclusie van advocaat-generaal Mengozzi.⁷⁴ Het Parlement ondersteunde de begrenzing van de ‘overheidsopdracht voor werken’ als volgt:⁷⁵

“[Het Parlement] is van oordeel dat de ruime en ambitieuze doelstellingen van de richtlijn, die bij de uitlegging ervan weliswaar in het achterhoofd moeten worden gehouden, met een beroep op het doel van die tekst evenwel niet tot de conclusie mogen leiden dat de werkingssfeer ervan onbeperkt kan worden uitgebreid, en dat anders het gevaar bestaat dat elke stedenbouwkundige activiteit onder de richtlijn komt te vallen: de maatregelen waarmee de bebouwingmogelijkheid wordt geregeld, wijzigen immers per definitie en zelfs substantieel de waarde van de grond waarop zij betrekking hebben;

[Het Parlement] is van mening dat het aanbestedingsrecht de afgelopen jaren is doorgedrongen tot gebieden die oorspronkelijk niet tot de openbare aanbestedingen gerekend werden en beveelt daarom aan het kenmerk van de aanbesteding bij de toepassing van de bepalingen van aanbestedingsrecht weer sterker op de voorgrond te plaatsen;”

Een andere recente begrenzing betreft het onderscheid tussen overheidsopdrachten en de enkele financiering van activiteiten door de overheid, die niet resulteert in een overheidsopdracht. In de gids van de Commissie over diensten van algemeen economisch belang (DAEB) van eind 2010, stelt de Commissie dat de regels voor overheidsopdrachten van toepassing zijn, zodra er een verplichting is om een bepaalde dienst te verlenen in ruil voor een beloning, onafhankelijk van het

73 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 67.

74 Resolutie van het Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI)), *PbEU* 2010, C-161 E/38. Het Parlement wijst erop dat “de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen als gevolg van een zeer vergaande interpretatie van het arrest van het EHvJ in de zaak *Roanne* (C-220/05), door met name de Duitse gerechten, uitgebreid tot terreinen waarvoor de richtlijnen niet bedoeld zijn”. In de ontwerpresolutie van 5 februari 2010 (d.w.z. voorafgaand aan het arrest) was nog opgenomen dat het Parlement het eens is met de overwegingen van A-G Mengozzi, in het bijzonder punt 35 en 36.

75 Resolutie van het Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI)), *PbEU* 2010, C-161 E/38. Zie voor de ontwerpresolutie en bijbehorende toelichting: Europees Parlement, *Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI))*, A7-0151/2010, 10 mei 2010.

algemene belang van de dienst.⁷⁶ De enkele financiering (zonder een dergelijke verplichting) van een activiteit leidt daarentegen in de regel ertoe dat géén sprake is van een overheidsopdracht (of concessieovereenkomst). In aanvulling daarop geeft de Commissie aanwijzingen voor het bestaan van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor diensten, die op zichzelf naar analogie kunnen worden toegepast op overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken, aangezien beide definities op de relevante punten overeenkomen.⁷⁷ Volgens de Commissie kan een contract onder de toepassing vallen van de definities van overheidsopdrachten voor diensten of van concessieovereenkomsten indien:

- “a) het contract tot doel heeft behoeften te vervullen die vooraf door de overheidsinstantie binnen haar bevoegdheden zijn bepaald;
- b) de kenmerken en praktische uitvoering van de dienst nader door de betrokken overheidsinstantie worden bepaald;
- c) het contract een vergoeding voor die dienstverrichting bevat (betaling van een prijs of de toekenning van een recht om een dienst te exploiteren die wordt bekostigd uit door gebruikers verschuldigde bijdragen);
- d) de overheidsinstantie het initiatief neemt om op zoek te gaan naar een dienstverrichter aan wie die dienst kan worden toevertrouwd;
- e) het contract sancties bevat indien de contractuele verplichtingen niet worden nagekomen, om zo te garanderen dat de dienst die aan een derde is toevertrouwd, correct wordt vervuld, zodat wordt voldaan aan de eisen van de overheidsinstantie (geldboeten, schadevergoedingen enz.)”

Hoewel deze aanwijzingen niet bindend zijn en uiteraard niet af kunnen doen aan de voorwaarden voor toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn die de richtlijn zelf noemt, wordt hiermee wel duidelijk dat de Commissie erkent dat er grenzen zijn aan de reikwijdte van die richtlijn.

5.1.3.1 Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)

Passend binnen de ontwikkeling dat het Hof en later ook de Commissie de buitengrenzen bepalen van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’, is het groenboek voor de modernisering van de Aanbestedingsrichtlijn uit januari 2011.⁷⁸ In het groenboek stelt de Commissie dat de aanbestedingsregels in wezen zijn bedoeld

76 Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SEC(2010) 1545, 7 december 2010.

77 Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SEC(2010) 1545, 7 december 2010, p. 88.

78 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’ d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def.

om alle aanschaffingen door aanbestedende diensten te regelen.⁷⁹ Zij vraagt zich af of het Europese aanbestedingsrecht ook daartoe beperkt moet blijven (hetgeen nu strikt genomen niet het geval is, aldus de Commissie). Voorbeelden daarvan zijn gevallen waarin geen sprake is van aanschaffingen ter dekking van de specifieke behoeften van de aanbestedende dienst,⁸⁰ alsook gevallen waarin een verplichting wordt opgelegd om bepaalde diensten te verrichten op grond van een subsidie-overeenkomst teneinde het correcte gebruik van overheidsmiddelen te waarborgen (en niet om te voorzien in aankoopbehoeften van de subsidieverlenende overheid). De Commissie verwijst in dit kader ook naar de jurisprudentie van het Hof waaruit volgt dat een overheidsopdracht in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moet worden uitgevoerd.⁸¹ Dit leidt tot de vraag of dit criterium wettelijk moet worden verankerd of bijkomende/alternatieve voorwaarden moeten worden ingevoerd.

Verder merkt de Commissie op dat het misschien noodzakelijk zou kunnen zijn om de huidige definitie van een overheidsopdracht voor werken aan te passen en te vereenvoudigen. Op grond van de definitie in de Aanbestedingsrichtlijn kan een overheidsopdracht betrekking hebben op drie alternatieve typen werkzaamheden, die complex zijn en elkaar deels overlappen, aldus de Commissie.⁸²

Reacties Groenboek

Het groenboek heeft 623 reacties opgeleverd.⁸³ De Commissie destilleerde daaruit dat de meerderheid van de respondenten meende dat de Aanbestedingsrichtlijn moet worden beperkt tot daadwerkelijke aankopen door aanbestedende diensten. Volgens de Commissie is er ook enige steun om het criterium ‘rechtstreeks economisch belang’ te codificeren. Een aantal respondenten waarschuwde voor de moeilijkheden om het concept ‘rechtstreeks economisch belang’ te definiëren en toe te passen. Verder was een meerderheid voorstander voor het in stand houden van de huidige structuur en concepten, waaronder de definities. Substantiële wijzigingen zouden namelijk leiden tot rechtsonzekerheid, hetgeen de beoogde

79 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’ d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def., p. 6-7.

80 Onder verwijzing naar HvJ EU 18 november 2004, zaak C-126/03, r.o. 18.

81 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*) en HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*).

82 Kort gezegd: *i*) uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1, *ii*) uitvoeren een werk en *iii*) laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

83 Europese Commissie, ‘Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy. Towards a more efficient European Procurement Market. Synthesis of replies’, beschikbaar via <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf>. Voorbeelden van de ontvangen reacties zijn de reactie vanuit de aanbestedingswerkgroep van Houthoff Buruma en de reactie naar aanleiding van een expertmeeting van het Instituut voor Bouwrecht; laatstgenoemde reactie is ook gepubliceerd in *TBR* 2011/98.

vereenvoudiging teniet zou doen. Slechts enkelen pleitten voor een herziening en vereenvoudiging van de definitie van een overheidsopdracht voor werken.

Een aantal EU-instellingen heeft inmiddels ook gereageerd. Zo drong het *Comité van de Regio's* erop aan het toepassingsgebied van de Aanbestedingsrichtlijn te beperken tot aanschaffingen van de aanbestedende dienst zelf.⁸⁴ Het Comité vervolgt:

“Algemene afspraken over bijvoorbeeld gebiedsontwikkeling en subsidieverstrekking dienen buiten deze definitie te vallen. Het enkel stellen van eisen aan bijvoorbeeld een werk, brengt nog geen bezwarende titel en aanbestedingsverplichting met zich mee. Aanbestedende diensten dienen voor het uitvoeren van hun publieke taak namelijk vrij te zijn in het opnemen van eisen om sturing te kunnen geven. Het Comité beveelt verduidelijking aan van de definitie van aanbestedingsplichtige opdracht door middel van codificatie van de jurisprudentie op dit punt.”

Het Comité beveelt tevens aan om de definitie van overheidsopdrachten voor werken aan te passen en te vereenvoudigen.

De *Rekenkamer* was van mening dat het toepassingsgebied van de bestaande richtlijnen de rechtszekerheid van alle partijen aantast, in het bijzonder ingeval particuliere ondernemingen overheidssubsidies ontvangen.⁸⁵ Zij acht het van belang om in toekomstige EU-regelgeving inzake overheidsopdrachten het toepassingsbereik ervan te verduidelijken en om te voorkomen dat het onderscheid tussen overheidsopdrachten en subsidies vervaagt.

Het *Europees Parlement* pleitte voor nadere verduidelijking van het toepassingsgebied van de Aanbestedingsrichtlijn.⁸⁶ Het Parlement wijst er bovendien op dat “een procedure alleen als een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als er sprake is van een rechtstreeks voordeel voor de aanbestedende dienst”⁸⁷

84 Advies van het Comité van de Regio's over modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, *PbEU* 2011, C-192/4. Overigens heeft ook het Economisch en Sociaal Comité gereageerd op het groenboek. Daarbij gaat het EESC echter niet in op (de reikwijdte van) de definitie van overheidsopdrachten voor werken.

85 Rekenkamer, Advies nr. 4/2011 over het Groenboek van de Commissie betreffende de modernisering van het beleid inzake overheidsopdrachten, *PbEU* 2011, C-195/1.

86 Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement van 25 oktober 2011 betreffende modernisering van het beleid inzake overheidsopdrachten (2011/2048(INI))*.

87 In de toelichting bij de ontwerpresolutie wordt verwezen naar het criterium van een ‘rechtstreeks economisch belang’ zoals dat is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof (Verslag betreffende modernisering van het beleid inzake overheidsopdrachten (2011/2048(INI)) d.d. 5 oktober 2010, p. 17). Uit de resolutie noch de toelichting op de ontwerpresolutie blijkt echter of met ‘rechtstreeks voordeel’ iets anders wordt bedoeld als ‘in het rechtstreeks economisch belang’. Gelet hierop, kan ervan worden uitgegaan dat het Parlement dat niet heeft beoogd.

Commissievoorstel (2011)

In vervolg op de reacties op het groenboek heeft de Commissie op 20 december 2011 het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn gepubliceerd.⁸⁸ In de toelichting daarop geeft de Commissie aan dat de definitie van overheidsopdrachten voor werken is herzien in het licht van de rechtspraak van het Hof.⁸⁹ Tegelijkertijd wordt ernaar gestreefd de continuïteit te bewaren in het gebruik van begrippen die in de loop der jaren in de rechtspraak van het Hof zijn ontwikkeld en die welbekend zijn bij praktijkmensen, aldus de Commissie. Zij merkt daarbij op dat kleine afwijkingen van de bewoordingen of van de wijze van voorstelling zoals die in de vroegere richtlijnen bekend was, niet noodzakelijk een inhoudelijke verandering meebrengen maar te wijten kunnen zijn aan een vereenvoudiging van de teksten.

In de overwegingen bevestigt de Commissie de in de vorige paragraaf gesignaleerde begrenzingen als volgt:

“De aanbestedingsregels van de Unie zijn niet bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar uitsluitend die vormen die gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling. Onder verkrijging moet in ruimere zin het verkrijgen van de baten van de betrokken werken, leveringen of diensten worden verstaan, zonder dat de eigendom noodzakelijkerwijs hoeft te worden overgedragen aan de aanbestedende diensten. Bovendien valt het uitsluitend financieren van een activiteit, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer deze niet worden benut voor de voorgenomen doeleinden, doorgaans niet onder de aanbestedingsregels.”

De Commissie heeft dit uitgewerkt door het toepassingsgebied van de richtlijn te beperken tot ‘aanbestedingen’, die als volgt zijn gedefinieerd:

“Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken, leveringen of diensten door een of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.”

De definitie van een overheidsopdracht voor werken zelf is daarentegen ongewijzigd, met uitzondering van de derde mogelijkheid (het laten uitvoeren met welke middelen dan ook etc.), die in het Commissievoorstel is gewijzigd in “het verwezenlijken met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort en het ontwerp van het werk”.

88 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def.

89 Zie ook overweging 2: “(...) Er is ook behoefte aan verduidelijking van de basisbegrippen en -concepten om de rechtszekerheid te verhogen en om rekening te houden met een aantal aspecten van de desbetreffende vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.”

Het resultaat van het Commissievoorstel is dan ook dat de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht voor werken zelf nauwelijks is gewijzigd, maar dat het toepassingsgebied van de richtlijn duidelijk is begrensd door deze te beperken tot de verkrijging van werken. In het meest recente voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (het Herzien Vierde Compromisvoorstel) is het bovenstaande inhoudelijk gehandhaafd.⁹⁰

5.2 CUMULATIEVE ELEMENTEN VAN EEN OVERHEIDSOPDRACHT VOOR WERKEN

Uit de in de vorige paragraaf beschreven ontwikkeling volgt dat het begrip overheidsopdracht voor werken bestaat uit een aantal elementen. Deze elementen zijn grotendeels opgesomd in de definities van een ‘overheidsopdracht’ en een ‘overheidsopdracht voor werken’ uit de Aanbestedingsrichtlijn. Op grond van die definities is sprake van een ‘overheidsopdracht voor werken’ indien *i*) een aanbestedende dienst en *ii*) een aannemer⁹¹ *iii*) een schriftelijke overeenkomst sluiten *iv*) onder bezwarende titel en *iv*) die betrekking heeft op de uitvoering van werken. De uitvoering van werken bestaat uit *a*) het (ontwerpen en) uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 of *b*) van een werk, dan wel uit *c*) het laten uitvoeren van een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

In aanvulling daarop volgt uit (met name) het *Müller*-arrest dat op grond van deze definitie bovendien *v*) de aannemer verplicht moet zijn de werken uit te voeren en *vi*) deze werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moeten zijn.

Als deze elementen op volgorde worden gezet, blijkt dat sprake is van een ‘overheidsopdracht voor werken’ indien:

- a) een aanbestedende dienst;
- b) en een aannemer;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit
 - i. het (ontwerpen en) uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1; of

90 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012.

91 In de definitie van een overheidsopdracht in de Aanbestedingsrichtlijn wordt de term ‘ondernemer’ gebruikt. Uit art. 1 lid 8 Aanbestedingsrichtlijn blijkt dat de term ‘ondernemer’ zowel de termen ‘aannemer’, ‘leverancier’, als ‘dienstverlener’ dekt. De term ondernemer is louter ter vereenvoudiging van de tekst gebruikt. Verderop in de Aanbestedingsrichtlijn wordt niettemin gesproken over de ‘aannemer’ als het om overheidsopdrachten voor werken gaat; zie bijvoorbeeld art. 9 lid 4.

- ii. het (ontwerpen en) uitvoeren van een werk; *of*
- iii. het laten uitvoeren van een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Initiatief geen relevant element

Volgens bovenstaande opsomming is niet relevant of de aanbestedende dienst het initiatief heeft genomen voor het sluiten van de overeenkomst. In het Groenboek PPS uit 2004 schrijft de Commissie dat het voor de kwalificatie als overheidsopdracht niet uitmaakt of het initiatief van de ‘verrichtingen’ in kwestie afkomstig is van een marktpartij of van de overheid.⁹² In de DAEB-gids uit 2010 meent de Commissie echter dat een van de aanwijzingen voor het bestaan van een overheidsopdracht is dat “de overheidsinstantie het initiatief neemt om op zoek te gaan naar een dienstverrichter aan wie die dienst kan worden toevertrouwd”.⁹³ Ook advocaat-generaal Mengozzi achtte het in zijn conclusie bij het *Müller*-arrest relevant of de werken het resultaat zijn van een initiatief van het openbaar bestuur.⁹⁴

De tekst en totstandkomingsgeschiedenis van de definitie van een overheidsopdracht voor werken uit de aanbestedingswetgeving bieden echter geen aanknopingspunten om belang te hechten aan wie het initiatief heeft genomen. Bovendien zou dat element een beperking van de reikwijdte opleveren en zo het nuttig effect van de aanbestedingswetgeving in gevaar brengen in het geval dat een overeenkomst niet kwalificeert als overheidsopdracht voor werken om de enkele reden dat de overheid niet het initiatief daartoe had genomen.⁹⁵ Dat het initiatief in dit verband irrelevant is, wordt ook ondersteund door het *Müller*-arrest, waarin het Hof de betreffende overwegingen van Mengozzi niet overnam en uit niets liet blijken dat belang moet worden gehecht aan dit element.⁹⁶ Ook de Nederlandse rechter lijkt het initiatief irrelevant te achten.⁹⁷ Geconcludeerd moet dan ook worden dat het initiatief vanuit de aanbestedende dienst niet thuishoort in bovenstaand rijtje van cumulatieve elementen van een overheidsopdracht voor werken; het kan hoogstens een (niet-doorslaggevende) aanwijzing zijn dat de werken in het rechtstreeks economisch belang van de gemeente worden uitgevoerd.⁹⁸

92 Groenboek PPS, p. 14.

93 Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SEC(2010) 1545, 7 december 2010, p. 88.

94 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 52 e.v.

95 Vergelijk de functionele uitleg van het Hof zoals besproken in paragraaf 5.1.2.3.

96 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*).

97 Vzr. Rb. Maastricht 4 juni 2009, LJV BI6328 (*Voerendaal*). Zie voor een kritische noot ten aanzien van deze uitspraak in het algemeen 't Hart 2009. Algemene kritiek op de uitspraak is verder te vinden bij Mutsaers & Zweers-te Raaij 2009.

98 Zie in dat verband ook overweging 6a van het Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012. Daarin wordt kort gezegd overwogen dat vergunningen,

Cumulatieve elementen en functionele benadering

Bovenstaande elementen van een overheidsopdracht voor werken zijn cumulatief.⁹⁹ Dat betekent dat eerst als een overeenkomst voldoet aan alle elementen deze kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken. Het omgekeerde geldt dan dus ook: zodra een overeenkomst een van deze elementen niet bevat, vormt deze geen overheidsopdracht voor werken.¹⁰⁰ Gelet hierop, kan een aanbestedende dienst ervoor kiezen een overeenkomst zo vorm te geven dat niet aan alle elementen wordt voldaan en derhalve geen verplichting bestaat tot het bieden van gelijke kansen op grond van de aanbestedingswetgeving.¹⁰¹ Daarmee is overigens nog niet gezegd, dat de overheid niet uit andere hoofde verplicht is gelijke kansen te bieden, zoals hierna in Deel B aan de orde zal komen.

Dit laat bovendien onverlet dat bij de beoordeling of sprake is van een overheidsopdracht een functionele benadering moet worden gehanteerd.¹⁰² Zoals hierboven is aangegeven, moeten de elementen uit de definitie van een overheidsopdracht voor werken immers zo worden uitgelegd dat het nuttig effect van de Aanbestedingsrichtlijn wordt verzekerd, hetgeen betekent dat deze elementen functioneel moeten worden uitgelegd in het licht van de doelstellingen van de richtlijn. Bewuste omzeiling van de aanbestedingswetgeving is dan ook niet toe-

die normaal gesproken niet worden verleend op initiatief van de aanbestedende dienst, geen concessies vormen.

99 In dat verband wordt opgemerkt dat de Reiswijzer 2011 een (te) vereenvoudigd beeld schetst met de volgende passage: “Het Hof maakt ook duidelijk dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, cumulatief moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.”; zie Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 73.

100 Een voorbeeld hiervan is te vinden in Vzr. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451 (*PI/Ede II*), r.o. 4.11, waarin de voorzieningenrechter overwoog dat zonder een verplichting om de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren, geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken. Zo ook Rb. Arnhem 13 juli 2011, *LJN* BR4826, waarin de rechtbank overweegt: “Bij gebreke van een dergelijke overeengekomen tegenprestatie van de gemeente kan de als voorwaarde bij de verkoop van het perceel opgenomen bouwplicht niet worden beschouwd als overheidsopdracht. Daar komt bij dat ook de overeengekomen verplichting tot terugverkoop bij schending van de bouwplicht daaraan het karakter van een overheidsopdracht ontleemt.”

101 Zie Hof Arnhem 26 april 2011, *LJN* BQ3090, BR 2011/127 m.nt. R.A. Wuijster (*PI/Ede*): “Het hof stelt voorop dat de keuze van een overheidslichaam, zoals in dit geval de gemeente, om zich bij de vormgeving van haar contractuele relaties met private partijen mede te laten leiden door de wens geen opdrachten te geven of concessies te verlenen die meebrengen dat die opdracht of concessie openbaar moet worden aanbesteed, op zichzelf nog niet in strijd is met het (aanbestedings)recht.” Een vergelijkbare redenering lijkt ten grondslag te liggen aan Hof Arnhem 2 juni 2009, *LJN* BJ5616 (*Twello*).

102 Zie paragrafen 5.1.2.3 en 5.1.3.

gestaan.¹⁰³ In het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is dit uitgangspunt als volgt expliciet opgenomen:¹⁰⁴

“The design of the procurement shall not be made with the intention of excluding it from the scope of this Directive or of unduly favouring or disadvantaging certain economic operators or certain works, supplies or services.”

Deze functionele benadering heeft met name twee gevolgen. Ten eerste kan het tot gevolg hebben dat verschillende, opeenvolgende overeenkomsten die ieder op zich niet voldoen aan alle elementen van een overheidsopdracht voor werken, als geheel moeten worden beoordeeld en als zodanig wél een overheidsopdracht voor werken vormen. Dit kan worden afgeleid uit het *Mödling*-arrest van het Hof.¹⁰⁵ In die kwestie had de Oostenrijkse stad Mödling onderhands opdracht verleend aan AbfallGmbH, een rechtspersoon waarvan de stad alle aandelen in eigendom had. Vanwege deze eigendomsrelatie was deze onderhandse opdrachtverlening op zichzelf naar alle waarschijnlijkheid toelaatbaar.¹⁰⁶ Kort na deze opdrachtverlening droeg de stad echter 49% van haar aandelen in AbfallGmbH over aan Saubermacher AG, een volledig private onderneming. Vervolgens werd AbfallGmbH operationeel. Aangezien het aanbestedingsrecht geen betrekking heeft op aandelenoverdracht als zodanig,¹⁰⁷ was ook deze stap op zichzelf niet in strijd met het aanbestedingsrecht. Niettemin oordeelde het Hof dat op deze manier via een kunstmatige constructie die uit verschillende fasen bestond, een overheidsopdracht voor dienstverlening werd gegund aan een gemengde onderneming waarvan 49% van de aandelen in het bezit waren van een particuliere onderneming. Het Hof vervolgde:

“Een onderzoek van de gunning van de overheidsopdracht, zoals voorgesteld door de Oostenrijkse regering, uitsluitend op basis van de datum waarop deze plaats vond, zonder rekening te houden met de overdracht kort nadien van 49 % van de aandelen van AbfallGmbH aan Saubermacher AG, zou afbreuk doen aan het nuttig effect van richtlijn 92/50. Het door deze richtlijn nagestreefde doel, namelijk het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten, zou in het gedrang komen indien de aanbestedende diensten hun toevlucht zouden kunnen nemen tot kunstgrepen die de gunning van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan gemengde ondernemingen dienen te maskeren.”

103 Zie in dat verband ook Van Nouhuys & Straatman 2008; Fokkema 2009; Meesters 2011, p. 126.

104 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012, art. 15.

105 HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (*Mödling*).

106 De Oostenrijkse regering deed daartoe een beroep op de zogenoemde inbestedingsjurisprudentie; zie HvJ EG 10 november 2005, zaak C-29/04 (*Mödling*), r.o. 34-35.

107 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), r.o. 59.

In feite was in *Mödling* dus sprake van een ontoelaatbare splitsing van de opdracht van de stad aan Saubermacher AG in twee afzonderlijke handelingen die ieder op zichzelf beschouwd wel aanbestedingsrechtelijk toelaatbaar waren. Volgens advocaat-generaal Mengozzi kunnen bovenstaande overwegingen van het Hof zeker worden veralgemeend, zodat ervan mag worden uitgegaan dat ter voorkoming van rechtsmisbruik en ter garantie van de nuttige werking van het communautaire aanbestedingsrecht twee – ook in chronologisch opzicht – van elkaar onderscheiden handelingen als gelijktijdig of als één enkele rechtshandeling kunnen worden beschouwd.¹⁰⁸ Volgens hem is daarvoor vereist dat tussen beide handelingen niet te veel tijd verloopt en dat er overtuigende aanwijzingen zijn dat de aanbestedende dienst reeds bij de eerste handeling de bedoeling had de tweede handeling te verrichten. Bovendien kan alleen in het kader van een beoordeling achteraf terdege met alle genoemde aspecten rekening worden gehouden, tenzij sprake is van apert misbruik, waarbij de bedoeling om de voorschriften te omzeilen van meet af aan volkomen duidelijk is.

Gelet hierop, kan worden geconcludeerd dat het splitsen van een gronduitgifte-overeenkomst die een overheidsopdracht voor werken vormt, in meerdere overeenkomsten die ieder op zich niet als een dergelijke opdracht zijn te beschouwen, geen verschil maakt; de ‘losse’ overeenkomsten moeten dan alsnog geacht worden in aanbestedingsrechtelijk opzicht één overeenkomst te vormen. Om te bepalen of sprake is van een dergelijke splitsing, is met name relevant hoeveel tijd tussen het sluiten van de verschillende overeenkomsten verstrijkt en of bij voorbaat vaststond dat de overheid in kwestie al deze overeenkomsten zou sluiten.

Ten tweede heeft de functionele benadering gevolgen in een situatie waarin een aanbestedende dienst en een aannemer een overeenkomst wensen te sluiten die niet kwalificeert als overheidsopdracht voor werken. Om dat te bereiken sluiten zij een overeenkomst waarbij slechts één element van de overheidsopdracht voor werken ontbreekt. Zo is denkbaar dat zij in de overeenkomst niet expliciet opnemen dat de aannemer verplicht is de betreffende werken uit te voeren. Op grond van een formalistische benadering ontbreekt in dat geval een van de cumulatieve elementen en is derhalve geen sprake van een overheidsopdracht. Een functionele benadering zou echter tot de conclusie kunnen leiden dat wél sprake is van een overheidsopdracht. Dit zou het geval moeten zijn als *de facto* een dergelijke verplichting voor de aannemer bestaat en aldus praktisch gezien aan het ‘ontbrekende’ element wordt voldaan.

Hiervan was bijvoorbeeld sprake in het *KölnMesse*-arrest van het Hof.¹⁰⁹ In die kwestie had de gemeente Keulen een huurovereenkomst gesloten voor de huur van vier nog te bouwen expositiehallen. Deze huurovereenkomst bevatte echter geen uitdrukkelijke verplichting voor de verhuurder om de hallen te bouwen.¹¹⁰ Het Hof

108 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 105-106.

109 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*).

110 Conclusie van de A-G van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), para. 95.

bestedde aan het ontbreken van die verplichting geen aandacht en oordeelde dat sprake was van een overheidsopdracht voor werken. Dit is op zich ook niet verrassend omdat advocaat-generaal Trstenjak in haar conclusie al had aangegeven dat in de huurovereenkomst *de facto* sprake was van een bouwplicht, aangezien de verhuurder niet aan zijn huurrechtelijke verplichtingen kon voldoen als hij niet eerst de vier expositiehallen zou laten bouwen.¹¹¹

Een andere aanwijzing voor een dergelijke *de facto* bouwplicht is wanneer uit overige omstandigheden blijkt dat partijen duidelijk de bedoeling hebben dat de aannemer tot uitvoering van de werken overgaat, zoals een verbod om iets anders met of op de betreffende grond te doen, of een boete voor de aannemer als hij niet binnen bepaalde tijd start met de uitvoering. Met andere woorden, aanwijzingen dat de aannemer in feite niet de vrijheid heeft om niet over te gaan tot uitvoering van de werken. In dat geval duidt het formeel ontbreken van de verplichting in de overeenkomst op een kunstmatige constructie die is bedoeld om – in strijd met het aanbestedingsrecht – onderhands een overheidsopdracht te verstrekken. De beoordeling of sprake is van een rechtmatige vormgeving van de overeenkomst als niet-overheidsopdracht dan wel van een onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingswetgeving hangt niettemin sterk af van de omstandigheden van het geval; op voorhand kan dan ook niet uitputtend worden beschreven in welke gevallen deze beoordeling welke kant op zal uitvallen.

Uit het bovenstaande volgt dat ervoor moet worden gewaakt dat de beoordeling of sprake is van een overheidsopdracht voor werken niet enkel per element wordt uitgevoerd, waarbij ieder element afzonderlijk wordt ‘afgevinkt’. Ook het geheel van afspraken, bezien in het licht van het door partijen beoogde eindresultaat, moet bij deze beoordeling worden meegenomen. Dit kan ertoe leiden dat zelfs als op het eerste gezicht niet alle cumulatieve elementen aanwezig zijn, deze toch – langs de weg van de functionele benadering – aanwezig moeten worden geacht, zodat alsnog sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Tegen deze achtergrond kunnen nu de afzonderlijke elementen achtereenvolgens nader worden toegelicht.

5.3 AANBESTEDENDE DIENST

De verplichtingen uit de Europese aanbestedingswetgeving gelden enkel voor aanbestedende diensten. Dit begrip omvat de Nederlandse overheden, te weten de rijksoverheid, provincies, gemeenten en waterschappen, alsook samenwerkingsverbanden tussen deze overheden.¹¹² Daarmee is dit element in ieder geval aanwezig bij de in dit onderzoek besproken gronduitgifteovereenkomsten.

111 Conclusie van de A-G van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), para. 95.

112 Ook andere rechtspersonen kunnen als aanbestedende dienst kwalificeren. Dat is het geval als zij voldoen aan de criteria van een publiekrechtelijke instelling (zie art. 1 sub q Bao). Het gaat daarbij om rechtspersonen die sterk afhankelijk zijn van de overheid; zie bijvoorbeeld HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-237/99 (*HLM*), r.o. 44. Een publiekrechtelijke instelling kan ook sterk afhankelijk zijn van een andere publiekrechtelijke

5.4 AANNEMER

Op grond van de Aanbestedingsrichtlijn omvat de term ‘aannemer’ elke natuurlijke of rechtspersoon, elk openbaar lichaam, of elke combinatie van deze personen en/of lichamen, die de uitvoering van werken en/of werkzaamheden op de markt aanbiedt.¹¹³ Dit brengt mee dat ook een andere overheid of een publiek-private vennootschap¹¹⁴ een dergelijke ‘aannemer’ kan zijn.¹¹⁵ Voor dit onderzoek is relevant of de marktpartij waarmee de overheid een gronduitgifteovereenkomst sluit, als aannemer kan worden aangemerkt.

In dat kader is in de jurisprudentie van het Hof een aantal maal aan de orde geweest of het een vereiste is dat de aannemer ook daadwerkelijk zelf de werken uitvoert. Dat bleek niet het geval. Zo oordeelde het Hof in 1994 in het *Ballast Nedam*-arrest dat uit de Richtlijn Werken volgt dat “niet alleen een natuurlijke of rechtspersoon die de werken zelf uitvoert, naar een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan meedingen, doch ook een persoon die ze door agent-schappen of filialen laat uitvoeren of een beroep doet op al dan niet tot de onderneming behorende technici of organen, dan wel op een combinatie van aannemers, ongeacht haar rechtsvorm”.¹¹⁶ In het voorliggende geval mocht om die reden de Ballast Nedam Groep (een holdingmaatschappij) niet worden uitgesloten enkel omdat zij de werken zou laten uitvoeren door haar dochterondernemingen, die zelfstandige rechtspersonen waren.

In het *Scala*-arrest uit 2001 verduidelijkte het Hof dat de definitie van een overheidsopdracht voor werken zoals gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn Werken “niet vereist, dat de persoon die een overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten om als aannemer te kunnen worden aangemerkt; hij behoeft enkel in staat te zijn de betrokken prestatie te laten uitvoeren door de daartoe vereiste garanties te bieden”.¹¹⁷ Zonder overigens naar dit arrest te verwijzen, bevestigde

instelling in plaats van afhankelijk van de overheid; dat doet evenwel niet af aan het feit dat de ‘moeder’-publiekrechtelijke instelling uiteindelijk wel sterk afhankelijk moet zijn van de overheid.

- 113 In art. 1 sub d Bao geïmplementeerd als “een ieder die de uitvoering van werken op de markt aanbiedt”.
- 114 Ook wel ‘geïnstitutionaliseerde PPS’ genoemd. Zie hierover met name Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS)*, 5 februari 2008, C(2007)661, *PbEU* 2008, C-91/4 en HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*).
- 115 Dit was bijvoorbeeld het geval in HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*).
- 116 HvJ EG 14 april 1994, zaak C-389/92 (*Ballast Nedam*), r.o. 13. Zie ook HvJ EU 18 december 1997, zaak C-5/97 (*Ballast Nedam II*) waarin voornoemd arrest wordt bevestigd.
- 117 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 90.

het Hof deze ruime uitleg van het begrip ‘aannemer’ in het *Auroux/Roanne*-arrest uit 2007.¹¹⁸

Als gevolg van deze jurisprudentie zal het element ‘aannemer’ altijd aanwezig zijn als de wederpartij van de overheid verplicht is werken uit te (laten) voeren.

5.5 SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMST

Het element ‘schriftelijke overeenkomst’ vereist ten eerste dat de overeenkomst op schrift is gesteld. In het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn heeft de Commissie de volgende definitie van schriftelijk opgenomen.¹¹⁹

“‘schriftelijk’ staat voor elk uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, gereproduceerd en vervolgens meegegeeld, met inbegrip van informatie die via elektronische middelen wordt overgebracht en opgeslagen;”

Niet alleen is dit schriftelijkheidsvereiste een tamelijk binaire en daarmee eenvoudige aangelegenheid (het zal in de praktijk duidelijk zijn of een overeenkomst wel of niet op schrift staat), ook is het onwaarschijnlijk dat beide partijen ervoor zouden kiezen om hun afspraken niet op schrift te zetten, met name als het de uitvoering van werken van enige omvang betreft. Zelfs al zou dat het geval zijn, dan blokkeert de hierboven besproken functionele benadering een constructie die is opgezet om kwalificatie als overheidsopdracht voor werken op deze manier te omzeilen.¹²⁰ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin alle afspraken op schrift worden gesteld, met uitzondering van een verplichting om de werken uit te voeren, die mondeling wordt overeengekomen. Ook in dat geval moet de overeenkomst worden geacht een overheidsopdracht voor werken te vormen.

Ten tweede vereist het element ‘schriftelijke overeenkomst’ dat tussen de aanbestedende dienst en de aannemer een overeenkomst tot stand is gekomen. Het Hof heeft in dat kader duidelijk gemaakt dat de definitie van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken tot het gebied van het gemeenschapsrecht behoort (thans: Unierecht).¹²¹ Aangezien deze definitie voor haar strekking en draagwijdte geen uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten bevat, is de juridische kwalificatie (oftewel: de ‘etikettering’) van een overeenkomst naar het nationale recht van een lidstaat irrelevant om te beoordelen of de overeenkomst binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn valt.¹²² Eveneens irrelevant is de

118 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 38.

119 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), COM(2011) 896 def. Deze omschrijving is tot op heden ongewijzigd.

120 Zie over de functionele uitleg paragraaf 5.1.2.3.

121 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 40.

122 Zie HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 36, HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 40 en HvJ EG 29 oktober 2009,

kwalificatie die de aanbestedende dienst en de aannemer zelf aan de overeenkomst toekennen. Zo ging het Hof in het *KölnMesse*-arrest eraan voorbij dat de contractspartijen in dat geval de overeenkomst hadden geduid als huurovereenkomst en niet als overheidsopdracht.¹²³ Dit brengt mee dat een gronduitgifteovereenkomst op zichzelf een overheidsopdracht voor werken kan vormen, ook al noemen de betrokken partijen het niet zo en is de overeenkomst wellicht ook naar Nederlands recht niet als opdracht te beschouwen (maar bijvoorbeeld als koopovereenkomst); het enige wat voor deze beoordeling dus relevant is, is of alle elementen van een overheidsopdracht voor werken materieel aanwezig zijn.

Van een overeenkomst in de zin van de Europese aanbestedingswetgeving is sprake als het een meerzijdige rechtshandeling betreft tussen twee onderscheiden rechtspersonen. Het Hof heeft namelijk bepaald dat een eenzijdige rechtshandeling, waarbij de overheid eenzijdig verplichtingen oplegt, niet is aan te merken als overeenkomst.¹²⁴ Aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt als de overheid eenzijdig rechten toekent, zoals het geval is bij vergunningverlening (nog los van de omstandigheid dat de vergunningverlener de vergunninghouder niet tot een bepaald handelen kan dwingen, maar slechts tot het nalaten van handelen in strijd met de vergunning).¹²⁵ Het vereiste van twee onderscheiden rechtspersonen volgt uit de jurisprudentie van het Hof waarin het overwoog dat er enkel een overeenkomst kan zijn als deze is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een “persoon die daar rechtens van onderscheiden is”.¹²⁶ Gelet hierop, zal een gronduitgifteovereenkomst tussen een overheid en een marktpartij een overeenkomst vormen in de zin van de aanbestedingswetgeving.

zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 54.

123 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 54, 56 en 63.

124 Zie HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (*Asemfo*) en HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*). Dit is ook de stelling van A-G Mazák in zijn conclusie van 4 oktober 2012, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11 (*Libert*), para. 83-86. Zie voor een nationaal voorbeeld Hof Arnhem 2 juni 2009, *LJN* BJ5616 (*Twello*), waarin het hof overweegt dat ten aanzien van deze werkzaamheden in kwestie geen sprake zal zijn van een overeenkomst in de zin van een meerzijdige rechtshandeling als bedoeld in de definitie van een overheidsopdracht in de Aanbestedingsrichtlijn en het Bao, maar van een eenzijdige (gerichte) rechtshandeling. Een bijzonder geval vormt de situatie waarin het sluiten van een overeenkomst in feite onnodig is omdat de opdrachtnemer activiteiten verricht op grond van zijn eigen, rechtstreeks aan de wet ontleende bevoegdheden. In dat geval is ook geen sprake van een overeenkomst als bedoeld in de aanbestedingswetgeving; zie HvJ EU 18 december 2007, zaak C-532/03 (*Ierse Ambulancediensten*).

125 Dit wordt ondersteund door HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 56-57 waarin het Hof oordeelt dat tot de gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw met het oog op het algemeen belang (d.w.z. het verlenen van een bouwvergunning) niet behoort het ontvangen van een contractuele prestatie.

126 HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*), r.o. 49-50.

Voor de aanwezigheid van een overeenkomst is bovendien niet vereist dat de overheid vrij is in haar keuze voor de wederpartij. Dat maakte het Hof uit in het *Scala*-arrest waarin de gemeente Milaan voor het sluiten van een verkavelingsovereenkomst voor het *Teatro degli Arcimboldi* op grond van de Italiaanse wet gedwongen was deze overeenkomst te sluiten met de eigenaren van de te verkavelen terreinen.¹²⁷ Het Hof voegde daar bovendien nog aan toe dat aan het contractuele element niet afdeed dat een dergelijke verkavelingsovereenkomst onder het publiekrecht viel en werd gesloten in het kader van de uitoefening van overheidsgezag.¹²⁸

5.6 OVEREENKOMST ONDER BEZWARENDE TITEL

In het kader van het vrije verkeer van diensten stond in het EEG-Verdrag uit 1957:

“In de zin van dit Verdrag worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden (...).”

Ook in de latere versies van het Verdrag is deze bepaling opgenomen, zoals in het huidige VwEU.¹²⁹ De beperking van de werkingssfeer tot diensten ‘tegen vergoeding’ is ook terug te vinden in de Liberalisatierichtlijn Werken uit 1971. Deze richtlijn is beperkt tot de gunning en uitvoering van werken “voor rekening van” de overheid.¹³⁰ Een gelijkkluidende overweging werd opgenomen in de considerans van de daaropvolgende Richtlijn Werken en de huidige Aanbestedingsrichtlijn.

Deze beperking van het toepassingsgebied van de Europese aanbestedingswetgeving tot werken voor rekening van de overheid is nader uitgewerkt in de Richtlijn Werken – overigens pas na het gewijzigde Commissievoorstel. In de definitie van overheidsopdrachten voor werken werd namelijk toegevoegd dat het moet gaan om overeenkomsten ‘onder bezwarende titel’.¹³¹ De relatie met ‘werken voor rekening van de overheid’ is wellicht niet evident in de Nederlandse taalversie; andere taalversies sluiten daar duidelijker bij aan. Zo is in het Duits opgenomen dat het moet gaan om *entgeltliche Verträge* en in het Engels om *contracts for pecuniary interest*. De aldus vereiste geldelijke waarde van de overeenkomst wordt als volgt toegelicht door advocaat-generaal Trstenjak:¹³²

“Met de voorwaarde van overeenkomst onder bezwarende titel wordt beoogd die opdrachten van de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen uit te

127 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 71.

128 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 73.

129 Zie thans art. 57 VwEU. Zie verder over deze bepaling Craig & De Búrca 2011, p. 793 e.v.

130 Art. 1 Liberalisatierichtlijn Werken.

131 Deze zinsnede stond nog niet in het gewijzigde Commissievoorstel en moet derhalve nadien in het kader van de besluitvorming door de Raad zijn toegevoegd; zie Gewijzigd Commissievoorstel van 4 maart 1966, COM(66) 59 def.

132 Conclusie van de A-G van 14 april 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), para. 130.

sluiten die geen deel uitmaken van het economische leven, zoals bijvoorbeeld charitatieve diensten.”

Zoals in de vorige paragraaf bleek, is de juridische kwalificatie van een overeenkomst naar het nationale recht van een lidstaat irrelevant om te beoordelen of de overeenkomst binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn valt. Als gevolg daarvan is ook de uitleg van het element ‘onder bezwarende titel’ enkel een Europeesrechtelijke aangelegenheid en is de betekenis daarvan naar Nederlands recht niet relevant. Niettemin kan ter illustratie worden verwezen naar de definitie van een overeenkomst onder bezwarende titel die reeds in artikel 1350 van het Burgerlijk Wetboek uit 1836 was terug te vinden, te weten:¹³³

“Eene overeenkomst onder eenen bezwarenden titel is zoodanig eene welke ieder de partijen in de verpligting brengt om iets te geven, te doen, of niet te doen.”

Het Hof heeft in het *Scala*-arrest verduidelijkt dat met een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ wordt bedoeld “dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken”.¹³⁴ Later heeft het Hof in het *Auroux/Roanne*-arrest, onder verwijzing naar deze overweging, de bedoeling van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ ook vanuit het perspectief van de aannemer geformuleerd, namelijk “dat de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie krijgt”.¹³⁵ Advocaat-generaal Mengozzi drukte deze essentie van het begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ als volgt uit:¹³⁶

“Aan dit begrip ligt dus het idee ten grondslag van een uitwisseling van prestaties tussen de aanbestedende dienst, die een prijs betaalt (of, subsidiair, een gebruiksrecht verleent), en de opdrachtnemer, die de werkzaamheden of werken

133 Het volledige art. 1350 luidde: “Eene overeenkomst wordt aangegaan om niet, of onder eenen bezwarenden titel. De overeenkomst om niet is de zoodanige waarbij de eene partij aan de andere, zonder eenige baat, een voordeel toekent. Eene overeenkomst onder eenen bezwarenden titel is zoodanig eene welke ieder de partijen in de verpligting brengt om iets te geven, te doen, of niet te doen.” In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III*, nr. 84 is de volgende omschrijving opgenomen: “Een overeenkomst wordt aangegaan onder bezwarende titel of om niet, naargelang de prestatie van de een al dan niet rechtens verband houdt met een prestatie van de wederpartij, mits een dezer prestaties niet uitsluitend bestaat in de teruggave van het op grond van de overeenkomst ontvangene.”

134 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 77. Anders dan de Rechtbank Alkmaar meent, gaat het dus niet om een door de aanbestedende dienst bedongen tegenprestatie; zie Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN BQ2032 (EWF/Hoorn)*.

135 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 45, onder verwijzing naar HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 77. In dezelfde zin ook: Rb. Arnhem 13 juli 2011, *LJN BR4826 (Lingewaard)*.

136 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 77. A-G Jääskinen heeft zich hier later bij aangesloten; zie conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), para. 86.

moet uitvoeren. De overheidsopdracht heeft dus een voor de hand liggend wederzijds bindend karakter.”

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie moet leveren in ruil voor het uitvoeren van werken door de aannemer. Deze tegenprestatie van de aanbestedende dienst moet bovendien op geld waardeerbaar zijn.¹³⁷ Kort gezegd komt het er dus op neer dat de aanbestedende dienst de aannemer moet betalen voor de uitvoering van de werken. Om echter vast te kunnen stellen of bij een concrete gronduitgifte sprake is van een dergelijke op geld waardeerbare tegenprestatie van de overheid, moet een aantal aspecten daarvan nog nader worden onderzocht. Gebleken is namelijk dat de uitleg van dit element tot veel discussie heeft geleid.¹³⁸ Om die reden is het van belang om de verschillende aspecten van dit element afzonderlijk te onderscheiden en nader te analyseren. Zo is het de vraag of ook een ander dan de aanbestedende dienst de tegenprestatie kan leveren (paragraaf 5.6.1), of relevant is hoe de tegenprestatie wordt gefinancierd (paragraaf 5.6.2), op welk moment de tegenprestatie moet worden geleverd (paragraaf 5.6.3) en welke vormen de tegenprestatie kan aannemen (paragraaf 5.6.4).

5.6.1 ‘Leverancier’ van de tegenprestatie aan de aannemer

Het is van belang om te weten of het uitmaakt dat de aanbestedende dienst degene is die een tegenprestatie levert aan de aannemer, of dat voor een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ voldoende is dat een derde die tegenprestatie levert. In dat laatste geval zou er bijvoorbeeld bij gronduitgifte al een overeenkomst onder bezwarende titel zijn als de wederpartij van de overheid op de uitgegeven grond woningen bouwt en verkoopt aan derden, terwijl de overheid zelf geen tegenprestatie levert. De kopers van de woningen leveren dan namelijk een tegenprestatie voor het bouwen van de woningen door daarvoor een koopprijs te betalen. De relevantie van de ‘leverancier’ van de tegenprestatie heeft aldus grote gevolgen voor de praktijk. Op dit punt bestaat evenwel veel onduidelijkheid.

137 Bevestigd in Vzr. Rb. Roermond 10 januari 2013, *LJN BY8739 (Wee-Play/Roerdalen)*, r.o. 5.2.2. Zie ook Europese Commissie, Handleiding Werken, 1997, p. 12: “De tegenprestatie van de door de aannemer geleverde prestaties moet derhalve bestaan in een prijs of in elk geval in geld kunnen worden gewaardeerd.” En tevens Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def., p. 6: “Ook hoeft ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ niet altijd te betekenen dat de publieke partij rechtstreeks een prijs betaalt; de private partij kan ook een andersoortige economische tegenprestatie ontvangen.”

138 Zo wordt in het ICER Rapport Auroux de rechtspraak op dit punt meerduidig genoemd; zie Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *ICER Rapport Auroux*, 2008, p. 14. Zie verder met name onderstaande behandeling van de ‘leverancier’ van de tegenprestatie en van de betaling in rechten met betrekking tot de uit te voeren werken.

Zo lijkt het gerechtshof Den Haag in het *Mortierepolder*-arrest relevant te achten dat de uiteindelijk kopers van de woningen betalen voor de uitvoering van de openbare werken.¹³⁹ In de literatuur werd op basis hiervan vervolgens gesteld dat onder het begrip ‘bezwarende titel’ mede inkomsten van derden kunnen worden begrepen.¹⁴⁰ Een andere aanleiding om dat te veronderstellen is mogelijk bovenstaande wisseling in de benadering door het Hof van het perspectief van de aanbestedende dienst (*Scala*) naar dat van de aannemer (*Auroux/Roanne*). Deze wisseling zou wellicht zo kunnen worden uitgelegd dat het irrelevant is wie de tegenprestatie levert, zolang de aannemer voor de uitvoering van de door de aanbestedende dienst bedoelde werken een tegenprestatie krijgt.

Dit laatste was het standpunt van de Commissie in de inbreukprocedure tegen Nederland met betrekking tot de VINEX-locatie Vathorst in Amersfoort.¹⁴¹ Volgens de Commissie had de gemeente Amersfoort besloten een aantal werken in het kader van de projectontwikkeling te laten financieren en uitvoeren door marktpartijen die op de betreffende locatie grond in eigendom hadden. Deze marktpartijen zouden later door de koper of huurder van het betreffende vastgoed worden vergoed. Dit bracht de Commissie tot de volgende conclusie in de ingebrekestelling:¹⁴²

“Overeenkomstig de beginselen die het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen [in *Scala* – PH] heeft geformuleerd, verrichten de private marktpartijen dientengevolge geen prestatie om niet. Er bestaat dus een bezwarende titel, gezien het feit dat de private marktpartijen worden vergoed, ook indien dit geschiedt door een derde.”

Toch zijn er ook sterke aanwijzingen dat de tegenprestatie afkomstig moet zijn van de betreffende aanbestedende dienst en tegenprestaties van derden onvoldoende zijn. Zou namelijk de betreffende aanbestedende dienst geen tegenprestatie leveren, maar een derde wel, dan verdwijnt het *wederzijds* bindende karakter van de overeenkomst (tussen de aanbestedende dienst en de aannemer) en daarmee de overeenkomst onder bezwarende titel zoals hierboven beschreven. Immers, tegenover de prestatie van de aannemer staat dan geen tegenprestatie meer van de aanbestedende dienst.

Ter onderbouwing hiervan wordt verwezen naar het arrest *Commissie/Duitsland* uit 2010 dat ging over een regeling voor Duitse bedrijfspensioenen, waarbij werknemers van gemeenten een deel van hun loon bij een assuradeur konden omzetten

139 Hof Den Haag 31 januari 2001, *LJN* AB0451 (*Mortierepolder*).

140 Zie Bregman 2008a.

141 De ingebrekestelling dateert van 16 maart 2005, zaak 2003/5274. Zie hierover ook Boot & Ubink 2005 en Hoek 2009.

142 Overigens was de Nederlandse regering het niet eens met deze zienswijze; zie de brief van Nederlandse regering aan de Commissie van 19 juli 2005, kenmerk JIZ-18723/05. De regering baseerde zich daarbij echter niet op de ‘leverancier’ van de tegenprestatie, maar zij voerde aan dat – anders dan in *Scala* – de gemeente niet zal beschikken over de werken en deze geen openbare bestemming hebben.

in pensioenpremies.¹⁴³ De Duitse overheid betoogde dat het slechts een economische ruilbetrekking betrof tussen de assuradeur en de werknemer die voor omzetting van loon in pensioenpremies heeft geopteerd. De werkgever (lees: de gemeente) zou zich volgens Duitsland ertoe beperken de premies die hij met het oog op die omzetting op het loon van de werknemer heeft ingehouden, voor rekening van de werknemer over te maken aan die assuradeur. Advocaat-generaal Trstenjak ging hierin deels mee door vast te stellen dat niet de aanbestedende dienst, maar integendeel de desbetreffende werknemer in dienst van de gemeente de financiële prestatie ten behoeve van de assuradeur verricht en in ruil daarvoor rechten op pensioenuitkeringen van gelijke waarde verkrijgt.¹⁴⁴ Volgens haar stond dit er echter niet aan in de weg dat de overeenkomsten onder bezwarende titel waren; zij concludeerde dan ook dat de prestatie die de werknemers in dienst van gemeenten in het kader van de omzetting in pensioenpremies hebben verricht, volstaat om de door de aanbestedende diensten met de desbetreffende assuradeurs gesloten raamovereenkomsten te kwalificeren als overeenkomsten onder bezwarende titel in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen.¹⁴⁵ Het was volgens haar derhalve “niet noodzakelijk dat de aanbestedende diensten uiteindelijk zelf opkomen voor de kosten van de prestatie onder bezwarende titel”. Met andere woorden, ook derden konden volgens haar de tegenprestatie leveren.

Het Hof heeft zich vervolgens niet expliciet uitgelaten over de vraag of het voldoende zou zijn als een ander dan de aanbestedende dienst de tegenprestatie zou leveren aan de assuradeur, maar benadrukte in zijn arrest juist dat de gemeentelijke werkgever aan de assuradeur premies betaalt die hij op het aan de belanghebbenden verschuldigde loon heeft ingehouden.¹⁴⁶ Na aldus te hebben overwogen dat de gemeentelijke werkgever de premies betaalde (ook al was dit van het loon waarop de werknemers recht hadden), voegde het Hof daaraan toe dat de “omstandigheid dat de uiteindelijke begunstigen van de pensioenuitkeringen de werknemers zijn die voor die maatregel hebben geopteerd, (...) de bezwarende titel van een dergelijke overeenkomst niet op losse schroeven [kan] zetten”. Het Hof zegt hiermee in feite dat het een overeenkomst onder bezwarende titel betrof omdat de gemeente de premies betaalde en aldus de tegenprestatie leverde aan de opdrachtnemer (de assuradeur). Als het voor het Hof niet had uitgemaakt wie de tegenprestatie leverde (de gemeente of de werknemer), had het Hof eenvoudig kunnen aansluiten bij de advocaat-generaal. Uit het feit dat het Hof daar niet voor heeft gekozen, moet dan ook worden afgeleid dat het vereist is dat het de aanbestedende dienst is die de tegenprestatie levert en niet een derde.

143 HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 72 e.v.

144 Conclusie van de A-G van 14 april 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), para.128.

145 Conclusie van de A-G van 14 april 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), para.133.

146 HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 79.

Bevestiging kan eveneens worden gevonden in de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de *Commissie/Spanje*-zaak waarin het ging om Spaanse wetgeving op basis waarvan een projectontwikkelaar werken kon uitvoeren op grond van derden en zich in ruil voor de door hem uitgevoerde werken kon laten vergoeden door de betreffende grondeigenaren.¹⁴⁷ Mede omdat op die manier het de grondeigenaren zijn die betalen voor de uitgevoerde werken (en dus niet de overheid), was naar zijn mening niet voldaan aan de voorwaarden van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Op grond van het bovenstaande dient te worden geconcludeerd dat het de aanbestedende dienst is die de tegenprestatie aan de aannemer moet leveren en niet een derde. Voor zover het gerechtshof dat in *Mortierepolder* anders zag, moet dat dan ook onjuist worden geacht.

Dit neemt overigens niet weg dat de aanbestedende dienst deze ‘betaling’ via een derde zou kunnen laten lopen, bijvoorbeeld een bank. Met andere woorden, de aanbestedende dienst zou met een derde kunnen overeenkomen dat deze derde de aannemer rechtstreeks betaalt namens de aanbestedende dienst. Een dergelijke route van de betaling doet niet af aan het karakter daarvan, te weten een op geld waardeerbare tegenprestatie van (uiteindelijk) de aanbestedende dienst. Een andere uitleg zou bovendien ertoe leiden dat met behulp van een dergelijke route de Aanbestedingsrichtlijn eenvoudig kan worden omzeild, hetgeen wordt verhinderd door de functionele benadering.

5.6.2 Financiering van de tegenprestatie

De overheid behoeft de aan de aannemer te leveren tegenprestatie niet noodzakelijkerwijs uit openbare middelen te financieren. Dit volgt uit het *Commissie/Duitsland*-arrest uit 2004 dat ging over het onderhands sluiten van een overeenkomst voor het vervoer voor afvalstoffen tussen de stad München en een onderneming.¹⁴⁸ Dit vervoer was onderdeel van een opdracht voor afvalverwerking die de stad München had verkregen door een aanbestedingsprocedure te winnen die was georganiseerd door de Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH. De stad München betaalde de onderneming voor het afvalvervoer uit de opbrengsten die de stad verkreeg uit deze meeromvattende opdracht voor afvalverwerking. Volgens Duitsland viel de opdracht voor het afvalvervoer niet binnen het kader van de activiteiten van algemeen belang van de stad München, maar binnen dat van een afzonderlijke, duidelijk daarvan onderscheiden, economische activiteit die aan mededinging onderworpen is, te weten de exploitatie van de thermische centrale München-Noord (in het kader van de door de stad München gewonnen opdracht). Het Hof verwierp dit argument en oordeelde dat het gebruik van open-

147 Conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), para. 42-43 en 90.

148 HvJ EG 18 november 2004, zaak C-126/03 (*Commissie/Duitsland*).

bare middelen van de stad München “geen voorwaarde is voor het al dan niet bestaan van een overheidsopdracht”.¹⁴⁹ Hoewel dit arrest betrekking had op overheidsopdrachten voor diensten, moet worden aangenomen dat het evengoed van toepassing is op overheidsopdrachten voor werken, aangezien beide definities het gebruik van openbare middelen niet als voorwaarde noemen.

5.6.3 Moment van levering tegenprestatie

Het is goed mogelijk dat het leveren van de tegenprestatie door de aanbestedende dienst in tijd niet gelijk opgaat met het leveren van de prestatie door de aannemer. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een aannemer in opdracht van een gemeente een nieuw gemeentehuis realiseert en eerst na oplevering de betaling daarvoor ontvangt; tot die tijd dient de aannemer het werk voor te financieren en dus in feite voor eigen rekening uit te voeren. Bij de bespreking van de ontwikkeling van het begrip overheidsopdrachten voor werken kwam reeds aan de orde dat dergelijke constructies expliciet vallen onder de definitie van een overheidsopdracht voor werken zoals gewijzigd door de Wijzigingsrichtlijn Werken.¹⁵⁰ Ook heeft het Hof in het *Scala*-arrest geoordeeld dat een dergelijke voorfinanciering niet afdoet aan de kwalificatie als overheidsopdracht voor werken.¹⁵¹

Het ligt voor de hand dat deze irrelevantie van het moment van betaling evenzeer geldt als het niet om een betaling in geld gaat maar om een anderszins op geld waardeerbare tegenprestatie. Gelet hierop, is voor de aanwezigheid van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ niet relevant of de aanbestedende dienst en de aannemer gelijk oversteken voor wat betreft de door hen te leveren tegenprestatie respectievelijk prestatie. Met andere woorden, het moment van levering van de tegenprestatie door de aanbestedende dienst is irrelevant.

5.6.4 Vormen van tegenprestaties

De door de aanbestedende dienst te leveren tegenprestatie kan verschillende vormen aannemen. Voor een goed begrip van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ is het nuttig om een onderscheid te maken tussen *i)* rechtstreekse betaling in geld, *ii)* indirecte betaling in geld, *iii)* rechtstreekse betaling in natura en *iv)* indirecte betaling in natura. Deze verschillende vormen van tegenprestaties worden in het navolgende besproken.

149 HvJ EG 18 november 2004, zaak C-126/03 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 20.

150 Zie paragraaf 5.1.2.2 hierboven.

151 Zie HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 95: “Bovendien ontnemt noch de omstandigheid dat de infrastructurale voorzieningen door de vergunninghouder voor eigen rekening worden aangelegd, voordat hij ze overdraagt aan de gemeente, deze laatste niet de hoedanigheid van aanbestedende dienst met betrekking tot de aanleg van die voorziening.”

Daarnaast geldt dat als de tegenprestatie eruit bestaat dat de aanbestedende dienst *a)* aan de aannemer het recht verleent de uitgevoerde werken gedurende een bepaalde periode te exploiteren én *b)* de aanbestedende dienst daarbij het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de aannemer, geen sprake is van een overheidsopdracht maar van een concessieovereenkomst voor werken. Anders dan bij een overheidsopdracht kan de aannemer in dat geval niet van tevoren de waarde van de tegenprestatie van de aanbestedende dienst vaststellen. In paragraaf 6.9.1 wordt hier nader op ingegaan en wordt voorgesteld dit onderscheid te verduidelijken in de aanbestedingswetgeving.

5.6.4.1 Rechtstreekse betaling in geld

De meest voor de hand liggende vorm is een rechtstreekse betaling in geld van de aanbestedende dienst aan de aannemer, oftewel een aanneemsom. In dat geval is duidelijk dat sprake is van een op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst.

Deze betaling zou ook de vorm kunnen aannemen van een subsidie. Zoals hierboven aangegeven, is de kwalificatie naar nationaal recht niet relevant.¹⁵² Anders dan soms wordt gesuggereerd,¹⁵³ is de nationaalrechtelijke definitie van een subsidie uit de Awb derhalve niet van invloed op het al dan niet (eveneens) kwalificeren – naar Europees recht – als overheidsopdracht voor werken.¹⁵⁴ Dit betekent dat als een subsidie een op geld waardeerbare tegenprestatie vormt voor het uitvoeren van werken, dit een overeenkomst onder bezwarende titel oplevert (mits uiteraard ten minste *de facto* sprake is van een schriftelijke overeenkomst). Niet relevant is of de verstrekte tegenprestatie (ten minste) kostendekkend is.¹⁵⁵ Immers, ook bij een aanneemsom die lager dan marktconform is, zal onverminderd sprake zijn van een op geld waardeerbare tegenprestatie. Het ligt niet voor de hand dat zulks – naar Europees recht – anders zou zijn als de betaling niet in de vorm van een overeengekomen aanneemsom geschiedt maar in de vorm van een subsidie.¹⁵⁶

5.6.4.2 Indirecte betaling in geld

Een aanbestedende dienst kan een aannemer ook indirect betalen voor diens prestatie. Met indirect wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst niet iets geeft aan de aannemer, maar (deels) afziet van een aanspraak die hij op de aannemer heeft. De

152 Zie paragraaf 5.5.

153 Zie met name PIANOo-vakgroep Aanbestedingsrecht, *Subsidie of overheidsopdracht*, Visie 8, juli 2010.

154 Art. 4:21 Awb.

155 Vgl. HvJ EU 19 december 2012, zaak C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*), r.o. 29. Het Hof oordeelt daarin dat als de betaling van de aanbestedende dienst enkel kostendekkend is (en dus geen sprake is van winst), dat niet afdoet aan de aanwezigheid van het element ‘onder bezwarende titel’.

156 Zie verder over de begrippen subsidie en opdracht: Ten Kate & Van den Ende 2006; Drahmman 2011b.

aanbestedende dienst lijdt dan economisch nadeel.¹⁵⁷ Zo kunnen de aanbestedende dienst en de aannemer afspreken dat een bedrag dat de aannemer aan de aanbestedende dienst moet betalen, wordt verlaagd in ruil voor het uitvoeren van de werken. Dit kan bijvoorbeeld door de aannemer vrij te stellen van een verplichting om een bijdrage aan de aanbestedende dienst te betalen als hij besluit bepaalde werken voor de aanbestedende dienst uit te voeren, zoals in *Scala* het geval was.¹⁵⁸

Bij gronduitgifte vindt een indirecte betaling plaats als de aanbestedende dienst de door de aannemer te betalen grondprijs verlaagt, mits de aannemer bereid is bepaalde werken uit te voeren. Daarvoor maakt het niet uit of het gaat om een koopprijs, erfpachtcanon, huurprijs, etc. Een voorbeeld van een dergelijke verlaging is terug te vinden in de zaken *Mortierepolder* en *Cete/Aalsmeer* die in 2001 respectievelijk 2002 voor de Nederlandse rechter kwamen en waarin sprake was van een overheidsopdracht voor werken.¹⁵⁹ In die gevallen verkocht een gemeente grond aan een projectontwikkelaar voor de realisatie van woningen. In aanvulling daarop werd afgesproken dat de projectontwikkelaar op een deel van die grond openbare werken zou aanleggen (zoals infrastructuur). Dit deel van de grond diende de projectontwikkelaar na realisatie van de openbare werken om niet over te dragen aan de gemeente. Zonder deze uitvoering van de openbare werken, zou de gemeente alleen de grond bestemd voor de woningen hebben verkocht aan de projectontwikkelaar. De grondprijs zou in dat geval zijn verhoogd met de kosten die de gemeente moest maken om op de overige grond de openbare werken te laten uitvoeren door een derde, zo blijkt uit beide uitspraken. Hieruit volgt dat in de gekozen constructie de grondprijs in feite was verlaagd in ruil voor het uitvoeren van de openbare werken door de projectontwikkelaar. Het gerechtshof in *Mortierepolder* noemt deze verlaging weliswaar niet expliciet, maar dat volgt impliciet uit de door het hof gemaakte vergelijking van beide situaties. In het latere *Cete/Aalsmeer* overweegt de voorzieningenrechter wel expliciet dat de tegenprestatie van de gemeente bestaat in het op voorhand verrekenen van de kosten van de aanleg van de openbare werken met de anders aan de projectontwikkelaar in rekening gebrachte meerprijs voor de grond. In beide gevallen nam de rechter dan ook aan dat sprake was van een overeenkomst onder bezwarende titel.

157 Zie ook de conclusie van A-G Jääskinen van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), para. 89: “Er is sprake van indirecte financiering wanneer de aanbestedende dienst economische schade lijdt ten gevolge van de methode van financiering van de werken of diensten.”

158 Zie HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 84-85.

159 Hof Den Haag 31 januari 2001, *LJN* AB0451 (*Mortierepolder*) en Vzr. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, BR 2003/442 (*Cete/Aalsmeer*). Zie hierover verder Gerretsen, Hamming & Van de Meent 2001, die menen dat zonder verdiscontering in de koopprijs die het consortium aan de gemeente betaalde, geen sprake kan zijn van een bezwarende titel. Zo ook Straatman & Hebly 2005. Anders: Van Schaay 2004 en – na *Aurous/Roanne* – Heemskerck & Peeters 2007.

Een ander voorbeeld van een indirecte betaling in geld bij gronduitgifte is te vinden in de zaak *Noordwijk*.¹⁶⁰ Het ging daarbij om de verkoop van grond door de gemeente aan een woningcorporatie voor de realisatie van een gezondheidscentrum en sociale woningen. Volgens de voorzieningenrechter was de gemeente bereid om genoeg te nemen met een lagere dan de maximale opbrengst, in ruil voor de uitvoering van de door de gemeente gewenste werken. Deze overweging moet vermoedelijk worden gezien het in het licht van de stelling van de eiseres dat de grondprijs die de gemeente ontving minder dan marktconform was.¹⁶¹ Daarnaast lijkt nog van belang te zijn geweest dat de gemeente een ontwikkelingscompetitie had georganiseerd en haar wederpartij had gekozen aan de hand van een aantal criteria, waarbij de hoogte van de te ontvangen grondprijs niet doorslaggevend was. Volgens de voorzieningenrechter liet de gemeente namelijk “de plankwaliteit zwaarder (...) wegen dan het financiële aspect”.¹⁶² Dit lijkt erop te wijzen dat een andere gegadigde weliswaar een hogere grondprijs had geboden, maar vanwege de aangeboden plankwaliteit toch niet had gewonnen.¹⁶³ Door dan niet te kiezen voor de hoogste grondprijs, betaalde de gemeente indirect voor de uitvoering van de werken door de uiteindelijke winnaar. Volledigheidshalve moet worden benadrukt dat bij een wel ten minste marktconforme grondprijs en bij het ontbreken van concrete aanwijzingen dat een hogere grondprijs mogelijk was, niet valt in te zien dat sprake zou zijn geweest van een op geld waardeerbare tegenprestatie van de gemeente. Onder die omstandigheden zou het oordeel van de voorzieningenrechter onbegrijpelijk zijn.

5.6.4.3 *Rechtstreekse betaling in natura*

De volgende vorm waarin een op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst kan voorkomen betreft de rechtstreekse betaling in natura. Het gaat daarbij om gevallen waarin de aanbestedende dienst iets aan de aannemer geeft dat geen geld is, maar wel op geld waardeerbaar is. Ook in die gevallen is sprake van een op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst en derhalve van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’.¹⁶⁴ Daarbij is een na-

160 V.zr. Rb. Den Haag 24 september 2008, *LJN* BF4232 (*Noordwijk*).

161 V.zr. Rb. Den Haag 24 september 2008, *LJN* BF4232 (*Noordwijk*), r.o. 2.2. De marktconformiteit speelde een rol in het kader van de subsidiaire vordering, die – vanwege toewijzing van de primaire vordering – inhoudelijk niet in het vonnis is behandeld.

162 V.zr. Rb. Den Haag 24 september 2008, *LJN* BF4232 (*Noordwijk*), r.o. 3.7.

163 Uit het vonnis valt niet op te maken of daarvan inderdaad sprake was. Hetzelfde geldt voor het arrest in hoger beroep; zie Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN* BO2080 (*Noordwijk*).

164 Zie bijvoorbeeld A-G Kokott in haar conclusie van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 57, waar zij stelt dat “het begrip onder bezwarende titel ruim [moet] worden uitgelegd. Het heeft niet alleen betrekking op financiële tegenprestaties, doch eveneens op iedere soort van verbintenis waarin de aanbestedende dienst in ruil voor de opdracht tot uitvoering van werken treedt, bijvoorbeeld de toezegging van reële bijdragen aan de financiering van het project of ter dekking van eventuele verliezen bij de uitvoering daarvan.” Zie ook A-G Mengozzi in zijn conclusie van

der onderscheid te maken tussen betaling met *a)* (on)roerende zaken en *b)* rechten met betrekking tot de uit te voeren werken en *c)* overige rechten.

(On)roerende zaken

Zo kan de aanbestedende dienst, in ruil voor het uitvoeren van werken, de aannemer een (on)roerende zaak in eigendom overdragen, zoals een elders gelegen perceel grond.¹⁶⁵ In plaats van een geldbedrag, ontvangt de aannemer dan grond. Aan het karakter van een dergelijke betaling wordt niet afgedaan als de prestatie van de aannemer behalve uit het uitvoeren van de werken ook bestaat uit een betaling van een prijs voor de te ontvangen (on)roerende zaak. Zo kan het in het voorbeeld van de betaling met een elders gelegen perceel grond zo zijn, dat de aannemer daarvoor een prijs moet betalen. Voor zover die prijs minder bedraagt dan de marktconforme prijs voor die grond, moet worden aangenomen dat de aannemer nog steeds een rechtstreekse betaling in natura ontvangt (ter hoogte van het surplus). Indien de te betalen prijs gelijk is aan de marktconforme prijs, is van een betaling in natura voor de werken echter geen sprake meer. Tegenover de waarde van de grond staat dan de marktconforme prijs, zodat er geen surplus bestaat dat als betaling in natura voor de werken kan worden aangemerkt. De grondverkoop vormt dan (slechts) een reguliere grondtransactie en geen tegenprestatie voor de door de aannemer uit te voeren werken. Hetzelfde geldt uiteraard als de aannemer een hogere grondprijs dient te betalen.

Rechten met betrekking tot de uit te voeren werken

In plaats van het eigendomsrecht op een (on)roerende zaak, kan de aanbestedende dienst als tegenprestatie ook rechten met betrekking tot de uit te voeren werken overdragen aan de aannemer. Zo kan de aanbestedende dienst in ruil voor de uitvoering van de werken aan de aannemer het recht verlenen die werken gedurende bepaalde tijd te exploiteren. Een bekend voorbeeld daarvan is de aanleg en exploitatie van een tolweg; de aannemer kan door het heffen van tolgeden zijn kosten voor de aanleg terugverdienen. Onder dergelijke omstandigheden zal doorgaans overigens sprake zijn van een concessieovereenkomst voor werken in plaats van een overheidsopdracht voor werken. Dit zal verder aan de orde komen in hoofd-

17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 31. Hij stelt daarin dat de tegenprestatie niet noodzakelijkerwijs uit geld moet bestaan “maar alleszins economisch begrootbaar moet zijn”.

165 Zie de Handleiding Werken van de Commissie uit 1997. Een voorbeeld van een betaling met grond is te vinden in de conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*). Op grond van Spaanse wetgeving kon een projectontwikkelaar worden betaald in de vorm van geld of in de vorm van een perceel grond, zij het dat niet de aanbestedende dienst betaalde, maar de betrokken grondeigenaren. Zie over deze wetgeving en meer in het algemeen over gebiedsontwikkeling in Spanje verder het rapport *Anders maar niet beter. Evaluatie van gebiedsconcessies in vijf Europese landen*, 26 augustus 2008, <http://www.habiforum.nl/upload/documents/31371_Deloitte%20-%20evaluatie%20vijf%20gebiedsconcessies%20in%20vijf%20Europese%20landen.pdf> (laatst bezocht op 12 december 2012).

stuk 6, waar ook zal blijken dat het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ in beide gevallen is vereist.

Een ander voorbeeld van een betaling in rechten met betrekking tot de werken betreft de overdracht van het recht aan de aannemer om (een deel van) de werken aan derden over te dragen en daaruit inkomsten te verkrijgen. Het moet dan wel gaan om een recht waarover de aannemer niet al beschikt, bijvoorbeeld omdat hij de eigendom heeft over de werken; een aanbestedende dienst kan immers geen recht aan de aannemer verlenen dat de aannemer reeds bezit.¹⁶⁶

Een dergelijke rechtstreekse betaling in natura deed zich kennelijk voor in de zaak *Auroux/Roanne*.¹⁶⁷ De tegenprestatie van de gemeente Roanne in ruil voor de uitvoering van de werken door de aannemer, SEDL, bestond in de visie van het Hof onder meer uit het recht van SEDL om van derden inkomsten te verkrijgen als tegenprestatie voor de overdracht van de gerealiseerde bouwwerken.¹⁶⁸ Uit het arrest valt onvoldoende duidelijk af te leiden wat de exacte afspraken tussen de gemeente en SEDL waren, zodat niet goed mogelijk is te duiden waaruit dit recht van SEDL precies bestond. Vermoedelijk heeft dat ook eraan bijgedragen dat deze overweging van het Hof in de literatuur veel stof heeft doen opwaaien en nog steeds voor onduidelijkheid zorgt.¹⁶⁹ De meest aannemelijke verklaring voor deze argumentatie van het Hof is dat het kennelijk als uitgangspunt heeft genomen dat de gemeente (en niet SEDL) de inkomsten zou verkrijgen uit de verkoop van de werken aan derden. In afwijking van dat uitgangspunt zou de gemeente dan het recht aan SEDL hebben verleend om toch zelf deze inkomsten te verkrijgen. Als SEDL dat recht immers sowieso al had, kon de gemeente dat niet (nogmaals) aan haar overdragen. Het arrest noch de conclusie bieden echter voldoende feitelijke informatie om deze verklaring te kunnen toetsen.¹⁷⁰ Het Hof had er dan ook goed aan gedaan om deze stelling te motiveren. Dit neemt niet weg dat op basis van de beschikbare informatie moet worden aangenomen dat bovenstaande interpretatie de juiste is.

166 Vergelijk HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*).

167 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*).

168 De letterlijke tekst luidt: “Tot slot mag SEDL krachtens de overeenkomst als tegenprestatie voor de overdracht van de verwezenlijkte bouwwerken van derden inkomsten verkrijgen.”

169 Voor dit arrest leek men hier geen rekening mee te houden en werden inkomsten van derden als niet relevant beschouwd voor de vraag of sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Zie bijvoorbeeld Straatman & Hebly 2005; Bregman 2007a. Volgens Luteijn betrof deze overweging van het Hof zelfs een ‘slip of the pen’; zie Luteijn 2007. Zie hierover ook Europa Decentraal, *Factsheet PPS. Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling*, oktober 2007.

170 Het Hof noemt – zonder nadere toelichting – enkel dat SEDL ieder eventueel overschot op de eindbalans aan de gemeente diende te voldoen. De A-G noemt deze afspraak in het geheel niet.

Vergelijkbaar met de overdracht van bovenstaande rechten als tegenprestatie zijn bijvoorbeeld de overdracht van het recht om reclame-uitingen te mogen aanbren- gen op het gerealiseerde werk of om inkomsten te verwerven door vrijgekomen materialen te verwerken.¹⁷¹ In al die gevallen verleent de aanbestedende dienst aan de aannemer een op geld waardeerbare tegenprestatie in ruil voor de uitvoering van werken.

Veel minder duidelijk is of de op geld waardeerbare tegenprestatie ook kan bestaan uit het verlenen van een vergunning door de aanbestedende dienst. De gedachte zou dan zijn dat een aannemer en een aanbestedende dienst een overeenkomst sluiten op grond waarvan de aannemer verplicht is bepaalde werken uit te voeren en de aanbestedende dienst in ruil daarvoor toezegt de daarvoor benodigde (of een andere gewenste) vergunning te verlenen.¹⁷² Vergunningen stellen de aannemer immers in staat om geld te verdienen door bepaalde activiteiten te ontplooiën die zonder vergunning niet zouden zijn toegestaan. Gelet hierop, is een door de aannemer gewenste vergunning op geld waardeerbaar en zou de verlening daarvan een op geld waardeerbare tegenprestatie kunnen vormen. De vraag of vergunningverlening daadwerkelijk voldoende is om een overeenkomst onder bezwarende titel op te leveren, ligt nu bij het Hof voor in het kader van de inbreukprocedure Doornackers en speelde ook in de inmiddels afgesloten inbreukprocedure Het Nieuwe Landgoed.¹⁷³ Kort gezegd, stelde de Commissie zich in beide zaken op het standpunt dat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst (mede) bestond uit het verlenen van een bouwvergunning.

Aangenomen moet echter worden dat in Nederland vergunningverlening geen overeenkomst onder bezwarende titel kan opleveren. Reden hiervoor is dat naar Nederlands recht vergunningen een eigen publiekrechtelijk kader kennen waarin ook is bepaald onder welke omstandigheden een vergunning moet worden verleend. De discretionaire bevoegdheid van de vergunningverlener is daarmee doorgaans afwezig of slechts zeer beperkt.¹⁷⁴ Met andere woorden, de overheid

171 Zie D'Hooghe 2009, nr. 245.

172 Zie ook Paradissis 2003. Paradissis behandelt daarin de Engelse 'planning agreements' die in dit opzicht lijken op een vrijstelling op het geldende bestemmingsplan. Arrowsmith sluit zich hierbij aan; zie Arrowsmith 2005, p. 298 en 417. Niettemin meent Arrowsmith dat de aanbestedingsrichtlijnen onvoldoende op een dergelijke situatie zijn toegesneden en dat specifieke Europese regelgeving nodig is, als zou blijken dat in dergelijke gevallen discriminatie een serieus probleem vormt.

173 Zie over beide inbreukprocedures verder met name paragraaf 6.9.2.

174 Zie bijvoorbeeld voor de omgevingsvergunning art. 2.10 en 2.11 Wabo, die limitatieve weigeringsgronden bevatten ingeval de beoogde werken binnen het bestemmingsplan passen. Dit werd ook aangevoerd door de Nederlandse regering in haar reactie van 22 januari 2010 op de stellingen van de Commissie in de inbreukprocedure met betrekking tot het project 'Het Nieuwe Landgoed' te Ede. Indien de aannemer werken wil uitvoeren in afwijking van het bestemmingsplan, dan moet de gemeente in het kader van de omgevingsvergunningverlening beoordelen of de afwijking is toegestaan met het oog op een 'goede ruimtelijke ordening'; zie art. 2.12 Wabo.

heeft nauwelijks ruimte om over de verlening van vergunningen contractuele afspraken te maken. Zelfs als die ruimte wel bestaat, zal het gebruikmaken van de bevoegdheid tot vergunningverlening niet afhankelijk mogen worden gesteld van het uitvoeren van bepaalde werken door de aannemer/vergunninghouder, ervan uitgaande dat die bevoegdheid niet voor dat doel is verleend. Door het uitvoeren van de werken langs contractuele weg dan niettemin als voorwaarde voor de vergunningverlening te stellen, zou de betreffende overheid het verbod van détournement de pouvoir schenden, hetgeen tot nietigheid van die voorwaarde leidt.¹⁷⁵ Gelet hierop, is de verlening van een vergunning, zoals een omgevingsvergunning¹⁷⁶ of watervergunning,¹⁷⁷ niet afhankelijk van het uitvoeren van werken door de aannemer, zodat het vereiste ‘voor wat hoort wat’ karakter van de prestatie en tegenprestatie ontbreekt. De verlening van een vergunning vormt dan immers geen ‘beloning’ voor de uit te voeren werken, zoals een aanneemsom dat bijvoorbeeld wel is. Zo kan de houder van een omgevingsvergunning alsnog besluiten niet tot uitvoering van de werken over te gaan waarvoor de omgevingsvergunning is verkregen, zonder dat hij daarmee de vergunningverlening als zodanig aantast of onrechtmatig handelt. Dit neemt overigens niet weg dat de vergunningverlener de ‘ongebruikte’ omgevingsvergunning na ommekomst van de in de wet bepaalde termijn weer kan intrekken.¹⁷⁸

Bovendien is aannemelijk dat vergunningverlening in geen enkel geval kan leiden tot een overeenkomst onder bezwarende titel, omdat het verlenen van een vergunning de overheid niets kost, direct noch indirect. In dat geval lijkt geen sprake te zijn van de in de aanbestedingswetgeving bedoelde uitvoering van werken “voor rekening van” de overheid.¹⁷⁹ In lijn daarmee meent advocaat-generaal Jääskinen dat voor een overeenkomst onder bezwarende titel essentieel is dat de aanbestedende dienst economisch nadeel leidt; hij formuleerde dat als volgt in zijn conclusie bij *Commissie/Spanje*.¹⁸⁰

“Mijns inziens is voor een overeenkomst onder bezwarende titel vereist dat de aanbestedende dienst de economische nadelen draagt, ofwel positief in de vorm

175 Zie over deze grenzen aan het sluiten van een dergelijke bevoegdhedenovereenkomst met name HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 588 en Rb. Den Bosch 29 oktober 2008, *NJF* 2009, 77. Zie verder P.J. Huisman, *De bevoegdhedenovereenkomst: de overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid* (diss. VU), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012.

176 Deze is vereist om te mogen starten met de bouw en kan bovendien fungeren als ontheffing op het vigerende bestemmingsplan; zie art. 3.6 lid 1 sub c Wro.

177 Zie paragrafen 1 en 2 van hoofdstuk 6 van de Waterwet.

178 Art. 2.33 Wabo.

179 Vgl. Nijhof die erop wijst dat naar Nederlands recht slechts sprake kans zijn van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ als de overeenkomst voor beide partijen een vermogensvoordeel oplevert; zie Nijhoff 2000, p. 27.

180 Conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), para. 86-89.

van een betalingsverplichting jegens de ondernemer, ofwel negatief als een verlies van inkomsten of op een andere wijze verschuldigde middelen.”

Als de aanbestedende dienst aan de aannemer het recht overdraagt om inkomsten van derden te verkrijgen uit de verkoop van een deel van de werken, uit reclame-inkomsten, of uit de verwerking van vrijgekomen materialen, vormt dat in feite een verlies van inkomsten voor de aanbestedende dienst. Had de aanbestedende dienst dat recht namelijk niet overgedragen, dan had hij zelf die inkomsten van derden kunnen verkrijgen. Bij vergunningverlening is dat echter niet het geval, omdat de aanbestedende dienst niet zelf inkomsten kan verkrijgen als het de vergunning niet verleent en derhalve dus geen inkomsten verliest door de vergunningverlening.

Het Hof heeft zich evenwel nog niet uitgelaten over de vraag of een overeenkomst onder bezwarende titel vereist dat de aanbestedende dienst betaalt of inkomsten verliest. Niettemin sluit dat het beste aan bij ‘normale’ opdrachtverstrekking, waarbij de aanbestedende dienst de aannemer een aanneemsom betaalt voor het uitvoeren van werken. Als niet langer zou zijn vereist dat de tegenprestatie de aanbestedende dienst wat kost, wordt deze eigenschap van opdrachtverstrekking losgelaten. Zeker ook gelet op de overweging in de aanbestedingswetgeving dat een opdracht voor rekening van de aanbestedende dienst moet zijn, kan een dergelijke koerswijziging niet gerechtvaardigd worden geacht. Dit betekent dat de tegenprestatie niet alleen voor de aannemer op geld waardeerbaar moet zijn, maar ook voor de aanbestedende dienst. Het valt dan ook te verwachten dat het Hof in de zaak Doornakkers de Commissie op dit punt ongelijk zal geven.

Overige op geld waardeerbare tegenprestaties

Bovenstaande voorbeelden vormen geen uitputtende lijst met mogelijke op geld waardeerbare tegenprestaties. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval is het mogelijk dat de aanbestedende dienst als tegenprestatie een andersoortig recht verleent dan de hierboven genoemde voorbeelden. De aard van dat recht is daarbij verder niet relevant, zolang dit maar wordt verleend als tegenprestatie voor de uit te voeren werken en als zodanig voor beide partijen op geld waardeerbaar is. Een voorbeeld daarvan is de situatie waarin de aanbestedende dienst de aannemer het recht verleent om de uitrusting die de aanbestedende dienst voor de uitvoering van een opdracht ter beschikking stelt, ook voor andere werkzaamheden buiten de context van die opdracht te mogen gebruiken.¹⁸¹

Daarnaast is denkbaar dat de aanbestedende dienst in ruil voor de uitvoering van de werken door de aannemer bereid is bepaalde risico's van die aannemer over te nemen. Het gaat dan om risico's die zonder (andersluidende) afspraken daarentrent bij de aannemer zouden liggen en bovendien voor beide partijen op geld waardeerbaar zijn. Een voorbeeld daarvan is als de aanbestedende dienst het risico overneemt dat de door de aannemer te realiseren woningen niet binnen een bepaalde termijn aan derden worden verkocht, door overeen te komen dat de aanbestedende

181 Zie D'Hooghe 2009, nr. 245.

dende dienst na afloop van die termijn de onverkochte woningen van de aannemer zal kopen.¹⁸² Hetzelfde geldt vermoedelijk als de overheid en de aannemer bij een gronduitgifte ten behoeve van woningbouw overeenkomen dat de grondprijs na de verkoop van de woningen aan derden kan worden verlaagd, als blijkt dat de huizenprijzen in de tussentijd nog verder zijn gedaald en de aannemer dus lagere opbrengsten heeft kunnen genereren dan verwacht. Daarentegen lijkt onvoldoende te zijn als partijen enkel overeenkomen dat als op enig moment nog niet een bepaald percentage woningen is voorverkocht, de gronduitgifte ongedaan wordt gemaakt. Het economisch nadeel voor de aanbestedende dienst is dan immers niet evident, omdat hij de grond alsnog aan een ander kan verkopen. Met andere woorden, de aanbestedende dienst is dan slechts terug bij af.

5.6.4.4 *Indirecte betaling in natura*

Een betaling in natura zou niet alleen rechtstreeks, maar ook indirect kunnen worden voldaan. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn als de aannemer verplicht was de aanbestedende dienst een bepaald goed te leveren en de aanbestedende dienst hem vrijstelt van deze verplichting als hij bepaalde werken zal uitvoeren. Voor zover bekend, is een dergelijke constructie (nog) niet voor de Europese of Nederlandse rechter gekomen. Niettemin moet een dergelijke indirecte betaling in natura ook geacht worden een overeenkomst onder bezwarende titel op te leveren.

5.6.5 **Tussenconclusie overeenkomst onder bezwarende titel**

Uit het bovenstaande volgt dat het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ inhoudt dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie moet leveren in ruil voor het uitvoeren van werken door de aannemer. Deze tegenprestatie moet voor beide partijen een economische waarde vertegenwoordigen. Niet relevant is of de aanbestedende dienst voor de tegenprestatie openbare middelen moet aanwenden. Hetzelfde geldt voor de timing van de tegenprestatie: deze kan voorafgaan aan de prestatie van de aannemer, daarmee gelijktijdig zijn, of pas volgen na afloop daarvan.

Binnen deze kaders passen veel verschillende soorten tegenprestaties. Het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ moet dus ruim worden uitgelegd.¹⁸³ Niet alleen valt rechtstreekse betaling in geld hieronder, maar ook indirecte betaling in geld, alsmede rechtstreekse en indirecte betaling in natura. Een bezwarende

182 Zie de zaak *Auroux/Roanne*. De gemeente Roanne zou bij beëindiging van het project de onverkochte gronden en bouwwerken overnemen, evenals de tot dat moment door SEDL aangegane schulden. Dit leidt volgens A-G Kokott tot een overeenkomst onder bezwarende titel; zie haar conclusie van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 58. Het Hof gaat evenwel niet op dit punt in. Anders: Heemskerk & Peeters 2007; zij lezen dat wel in het arrest.

183 Zo ook A-G Kokott in haar conclusie van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 57.

titel ontbreekt daarentegen als geen separate tegenprestatie kan worden geïdentificeerd, bijvoorbeeld omdat – ook los van de uit te voeren werken – sprake is van een marktconforme gronduitgifte. Ook kan vergunningverlening geen overeenkomst onder bezwarende titel opleveren. Daarentegen leidt een lagere dan marktconforme opbrengst in beginsel tot een op geld waardeerbare tegenprestatie. Hetzelfde geldt als de opbrengst weliswaar marktconform is, maar de overheid kiest voor een wederpartij waarvan bekend is dat die een lagere grondprijs, canon of huur biedt dan een andere potentiële wederpartij.

Als overigens een aanbestedende dienst en een aannemer een overeenkomst sluiten op grond waarvan de aannemer werken zal uitvoeren die in eigendom van de aanbestedende dienst zullen komen, is het praktisch gezien onwaarschijnlijk dat daartegenover geen op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst zou staan.¹⁸⁴

5.7 VERPLICHTING TOT HET UITVOEREN VAN WERKEN

Het volgende element van een overheidsopdracht voor werken betreft de verplichting voor de aannemer om de betreffende werken uit te voeren; dit wordt ook wel aangeduid als het vereiste van een ‘bouwplicht’.¹⁸⁵ Het Hof oordeelde in het *Müller*-arrest dat de overeenkomst die de aanbestedende dienst en de aannemer sluiten een dergelijke verplichting moet bevatten, wil deze kunnen worden aangemerkt als overheidsopdracht voor werken.¹⁸⁶ Bovendien moet de aanbestedende

184 Zie in dat verband Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), ‘Scala, Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden’, juni 2003. Daarin wordt opgemerkt dat als een ontwikkelaar openbare voorzieningen aanlegt en financiert, het onwaarschijnlijk is dat hier geen enkele tegenprestatie door de overheid tegenover zou staan, aangezien ontwikkelaars in de regel op winst gerichte ondernemingen zijn en dat “de projectontwikkelaar in een filantropische rol [zou] brengen”.

185 Zie de in 2008 stopgezette inbreukprocedure met betrekking tot de realisatie van een hotel in Flensburg; persbericht van de Europese Commissie IP/08/867 van 5 juni 2008. De Commissie had besloten om een aanvankelijk gestarte inbreukprocedure weer te sluiten, aangezien het de gronduitgifteovereenkomst weliswaar de *intentie*, maar niet de *juridische verplichting* bevatte om tot realisatie over te gaan. In dat geval kon volgens de Commissie geen sprake zijn van een overheidsopdracht (of concessie-overeenkomst).

186 Zie HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*). In de door het Hof geherformuleerde prejudiciële vraag en het antwoord daarop voegt het Hof daaraan toe dat is vereist dat de aannemer zich ‘direct of indirect’ verbindt tot uitvoering van de werken. Met ‘indirect’ verbinden wordt bedoeld dat de aannemer jegens de aanbestedende dienst weliswaar de verplichting heeft de werken uit te voeren, maar hij deze niet zelf zal uitvoeren, maar daarvoor onderaannemers zal inschakelen. Dit volgt uit overweging 61 van het Hof, die bij een andere uitleg van ‘indirect verbinden’ overbodig zou zijn. ’t Hart en Albers noemen deze uitleg als mogelijkheid; zie ’t Hart & Albers 2010. Anders: Fokkema 2010a; hij meent – ten onrechte – dat met een indirecte verbintenis is bedoeld bijvoorbeeld een bouwverplichting onder de voorwaarde dat een bepaald

dienst de uitvoering van de werken zo nodig in rechte kunnen afdwingen. Dit is later ook in de Nederlandse jurisprudentie bevestigd.¹⁸⁷

Zonder een dergelijke afdwingbare verplichting zou weinig terecht komen van het wederzijds bindende karakter van een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ (de aannemer verricht een prestatie in ruil voor een tegenprestatie van de aanbestedende dienst).¹⁸⁸ Het spiegelbeeld daarvan is dat, naar moet worden aangenomen, de aanbestedende dienst verplicht dient te zijn tot het verrichten van de overeengekomen tegenprestatie indien de voorwaarden daarvoor door de aannemer zijn vervuld.

De verplichting tot het uitvoeren van werken staat als zodanig niet vermeld in de definitie van een overheidsopdracht voor werken uit de Aanbestedingsrichtlijn. Het Hof kon – bij gebrek aan die vermelding – dan ook weinig anders dan deze verplichting in te lezen in de vereiste ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ en het daarmee samenhangende wederzijds bindende karakter van de overeenkomst. Niettemin staat het al dan niet bestaan van een verplichting tot uitvoering los van het bestaan van een op geld waardeerbare tegenprestatie, zoals die hierboven is besproken. Een overeenkomst zonder verplichting is immers nog steeds een overeenkomst en ook het onverplicht uitvoeren van de daarin genoemde werken door de aannemer kan op zichzelf de aanbestedende dienst verplichten tot het verrichten van een overeengekomen op geld waardeerbare tegenprestatie, zodat ook zonder verplichting sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel. Om verdere verwarring te voorkomen, wordt de verplichting tot het uitvoeren van werken hier daarom als afzonderlijk element van een overheidsopdracht voor werken behandeld en wordt gekozen voor een enge benadering van het element ‘onder bezwarende titel’, namelijk beperkt tot de op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst.

Overigens is ook in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn de verplichting tot het uitvoeren van de werken niet als afzonderlijk element opgenomen. Aangezien aan dit element ook geen aandacht wordt besteed in de toelichtingen

voorverkooppercentage is gerealiseerd. De verwijzende rechter was overigens van mening dat de Aanbestedingsrichtlijn geen aanwijzingen bevat dat een bouwplicht is vereist; zie de verwijzingsbeschikking van 2 oktober 2008, kenmerk ‘VII-Verg 25/08’.

187 V.zr. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451 (*P1/Ede II*), r.o. 4.11: “Uit de hiervoor onder 4.8 tot en met 4.10 weergegeven overwegingen volgt dat indien aan de zijde van de aannemer geen verplichting bestaat de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren, de bezwarende titel als bedoeld in de definitie van een overheidsopdracht voor werken en dus ook in de definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken ontbreekt. In dat geval is er dus geen sprake van een overheidsopdracht voor een werk of een concessieovereenkomst voor een openbaar werk, hetgeen betekent dat er geen aanbestedingsplicht op grond van het Bao bestaat.” Zie ook Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032 (*EWf/Hoorn*) en het bijbehorende tussenvonnis: Rb. Alkmaar 26 november 2010, *LJN* BO5112.

188 Zie paragraaf 5.6.

op de verschillende versies van het richtlijnvoorstel, moet worden aangenomen dat geen wijziging in de huidige situatie is beoogd. Gelet hierop is onduidelijk waarom niet ervoor gekozen is de definitie van een overheidsopdracht voor werken op dit punt te verduidelijken, hetgeen eenvoudig had gekund door dit element daar expliciet aan toe te voegen.

5.7.1.1 *Onderscheid met subsidies en vergunningen*

Het vereiste van een verplichting tot het uitvoeren van werken maakt een eenvoudig onderscheid mogelijk tussen overheidsopdrachten voor werken enerzijds en subsidie- en vergunningverlening anderzijds.¹⁸⁹ Wiarda schreef in zijn proefschrift al dat een vergunning niet tevens een verplichting kan omvatten om de aan de vergunning verbonden voorwaarden te laten vervullen door de vergunninghouder.¹⁹⁰ Voor een dergelijke verplichting zal de overheid met de vergunninghouder een contraprestatie moeten overeenkomen, die vervolgens door de overheid als een zelfstandige verplichting kan worden gevorderd. In dat geval gaat de vergunning gepaard met een overeenkomst waarin die verplichting is opgenomen. Enkele vergunningverlening leidt derhalve niet tot opdrachtverstrekking.¹⁹¹

Hetzelfde geldt voor subsidieverlening. Een subsidieontvanger is in beginsel niet verplicht de gesubsidieerde activiteiten uit te voeren.¹⁹² Doet hij dat niet, dan zal de subsidie (slechts) op nihil worden vastgesteld of ingetrokken, waarna eventueel verleende voorschotten zullen worden teruggevorderd. Dit wordt uiteraard anders indien de subsidieverlening gepaard gaat met een uitvoeringsovereenkomst, waarin een verplichting tot uitvoering van de gesubsidieerde activiteit is opgenomen.¹⁹³

189 Dit neemt niet weg dat bij subsidie- en vergunningverlening in beginsel ook geen sprake zal zijn van een overeenkomst en om die reden niet van een overheidsopdracht voor werken. Zie voor een voorbeeld van een subsidie waarbij geen sprake was van een overeenkomst en derhalve van een overheidsopdracht: ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1191.

190 Wiarda 1939. Zie ook Ubink 2007.

191 Dit is ook de visie van de Commissie in het kader van de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Zie Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012, p. 3: “Situations where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, are normally not procurement but simple authorization schemes (e.g. licenses for medicines or medical services).” Deze zin is grotendeels overgenomen in de considerans; zie *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/ Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn)*, 14418/12, 2 oktober 2012, overweging 3.

192 Zie hierover ook PIANOo-vakgroep Aanbestedingsrecht, *Subsidie of overheidsopdracht*, Visie 8, juli 2010 en Drahmans 2011b. Zie over het onderscheid tussen een subsidie en een overheidsopdracht ook de DAEB-Gids uit 2010, zoals besproken in paragraaf 5.1.3.

193 Die mogelijkheid wordt geboden door art. 4:36 Awb. Dit artikel luidt als volgt: “1. Ter uitvoering van de beschikking tot subsidieverlening kan een overeenkomst worden

Als een gronduitgifteovereenkomst geen verplichting bevat voor de wederpartij van de overheid om bepaalde werken uit te voeren, kan de gronduitgifte niet worden beschouwd als overheidsopdracht voor werken. Daaraan wordt niet afgedaan als parallel met die overeenkomst de overheid subsidie of een vergunning verleent aan haar wederpartij.¹⁹⁴

5.7.1.2 *Opschortende voorwaarden*

Een bouwplicht kan worden voorzien van opschortende voorwaarden. Zo is bij gronduitgifte ten behoeve van de realisatie van woningen zeer gebruikelijk dat een bepaald voorverkooppercentage wordt overeengekomen. Heeft de aannemer het overeengekomen percentage van de woningen verkocht, dan is de voorwaarde vervuld en is hij vanaf dat moment verplicht tot uitvoering van de werken. Blijkt de woningmarkt daarentegen tegen te vallen, dan is de aannemer niet verplicht om te bouwen, zodat hij niet hoeft te bouwen voor leegstand.

Dergelijke opschortende voorwaarden ontnemen evenwel niet het verplichtende karakter aan de overeenkomst, maar stellen de verplichting tot uitvoering van de werken slechts uit in tijd. Het is moeilijk voorstelbaar dat een dergelijk uitstel ertoe zou leiden dat de overeenkomst niet meer aan het onderhavige criterium zou voldoen en om die reden niet zou kunnen kwalificeren als overheidsopdracht voor werken. In dat geval zou het nuttig effect van de Aanbestedingsrichtlijn immers in gevaar worden gebracht, omdat bij vervulling van de voorwaarden sprake is van een overeenkomst die anders mogelijk wel zou kwalificeren als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. De overeenkomst is dan al gesloten, zodat niet met aanbesteding gewacht kan worden tot het al dan niet in vervulling gaan van de opschortende voorwaarden. Dit leidt tot de conclusie dat opschortende voorwaarden niet af doen aan het voldoen aan de vereiste ‘verplichting tot het uitvoeren van werken’.¹⁹⁵

gesloten. 2. Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald of de aard van de subsidie zich daartegen verzet, kan in de overeenkomst worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend.” Zie hierover ook Drahmans 2011b.

194 Zie in dat verband ook de toelichting op het Commissievoorstel voor de Richtlijn Diensten, COM(1990) 372, p. 13: “Er is daarentegen geen sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel, wanneer de overheid eenzijdig middelen verstrekt, bijvoorbeeld in de vorm van subsidies, kapitaaldotaties of overdracht van begrotingsmiddelen, die de ontvanger in staat stellen bepaalde functies te vervullen in het openbaar belang. In vele gevallen voorzien de nationale aanbestedingsregels in de noodzakelijke onderscheidingen. Het is voor het ogenblik niet nodig dat dit punt in de voorgestelde richtlijn wordt behandeld.”

195 Luteijn acht dit waarschijnlijk; zie Luteijn 2011. Fokkema meent dat bij dergelijke voorwaarden ook sprake is van een bouwplicht zoals bedoeld in het *Müller*-arrest, al baseert hij dat – mijns inziens ten onrechte – op de overweging van het Hof dat ook voldoende is als de aannemer zich indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken. Zie daarover voetnoot 688.

5.7.1.3 Terugleverplicht

Bij gronduitgifte kan als alternatief voor een bouwplicht een zogenoemde terugleverplicht worden overeengekomen. Dit houdt in dat de wederpartij van de overheid de gronden aan die overheid moet terugleveren als hij niet binnen een bepaalde periode, of voor een bepaalde datum, is begonnen met de uitvoering van de werken. Ook zal dan vooraf een financiële regeling worden opgenomen over de kosten van de grond. In dat geval is de verplichting tot het uitvoeren van werken niet aanwezig en kan om die reden geen sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken.¹⁹⁶

5.8 RECHTSTREEKS ECONOMISCH BELANG

Net als bovenstaande verplichting tot het uitvoeren van werken, heeft het Hof in *Müller* voor het eerst expliciet benoemd dat de uit te voeren werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moeten zijn. Hoewel dit onderdeel van het arrest destijds veelal als een nieuw element werd ontvangen, betreft het in feite (slechts) een explicitering van een verband tussen de werken en de aanbestedende dienst dat reeds vanaf het begin van de aanbestedingswetgeving aan de definitie van een overheidsopdracht voor werken ten grondslag ligt. Dit wordt in het navolgende toegelicht, waarbij ook voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang worden gegeven. Bovendien wordt aandacht besteed aan de verhouding met het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ en aan de regelingen die de voorgestelde Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn in dit verband bevat.

5.8.1 Ontwikkeling

Bij de meest rechttoe rechtaan overheidsopdracht voor werken is de aanbestedende dienst eigenaar van het werk, bijvoorbeeld bij de aanleg van een openbare weg. Dit is de klassieke aanneming van werk zoals die was voorzien in de Richtlijn Werken uit 1971. Bij de uitbreiding van de definitie van een overheidsopdracht voor werken in de Wijzigingsrichtlijn Werken uit 1989 werd duidelijk dat ook geïntegreerde contracten, zoals turnkey-overeenkomsten, onder deze definitie vallen.¹⁹⁷ In dat geval koopt de aanbestedende dienst van een projectontwikkelaar

196 Zie Rb. Arnhem 13 juli 2011, *LJN* BR4826 (*Lingewaard*), de inbreukprocedure Flensburg (persbericht van de Europese Commissie IP/08/867) en Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 74. Overigens stelt de Reiswijzer daarover nog het volgende: “Er dient dan alleen wel voor te worden gewaakt dat in de grondprijvaststelling bij teruglevering niet impliciet een boete wordt betaald.” Niet valt in te zien hoe deze opmerking verband houdt met de eventuele aanwezigheid van een verplichting tot het uitvoeren van werken. Wellicht is bedoeld dat een dergelijke boete zou leiden tot een rechtstreeks economisch belang, maar ook dat lijkt op voorhand niet erg waarschijnlijk aangezien in dat geval juist niet wordt overgegaan tot uitvoering van werken.

197 Zie paragraaf 5.1.2.2.

een gerealiseerd werk dat voldoet aan de vooraf door de aanbestedende dienst gestelde eisen. In haar toelichtingen op de aldus gewijzigde Richtlijn Werken gaat de Commissie er dan ook van uit dat de aanbestedende dienst de koper is van het werk, oftewel dat de aanbestedende dienst het gerealiseerde werk in eigendom verkrijgt.¹⁹⁸ In aanvulling daarop wijst de Commissie in haar Handleiding Werken erop dat ook huur van een gebouw dat is opgetrokken conform vooraf vastgestelde eisen van de aanbestedende dienst, een overheidsopdracht voor werken kan opleveren (mits de huurverplichting voorafgaand aan de realisatie is aangegaan).¹⁹⁹

In deze gevallen van koop en huur is er een duidelijk verband tussen de werken en de aanbestedende dienst: de aanbestedende dienst is eigenaar c.q. huurder van het gerealiseerde werk. Maar hoe moet dit verband tussen de werken en de aanbestedende dienst bij overheidsopdrachten in het algemeen worden geduid? De Nederlandse overheid omschreef dit verband in een handleiding over PPS en aanbesteden uit 2001 als ‘overheidsconsumptie’.²⁰⁰ Zo is volgens de handleiding geen sprake van overheidsconsumptie – en dus van een overheidsopdracht – als een gemeente zich in een PPS beperkt tot het faciliteren van een ontwikkeling (bijvoorbeeld door verhuur van onroerend goed en verlening van publiekrechtelijke medewerking).²⁰¹ Van overheidsconsumptie is daarentegen wel sprake als de door de marktpartij gerealiseerde werken uiteindelijk aan de overheid (bijvoorbeeld een gemeente) worden overgedragen zonder verdere betaling en deze werken nog enige waarde vertegenwoordigen.

Het Hof overwoog in het *Scala*-arrest dat “met overeenkomst onder bezwarende titel in casu wordt bedoeld, dat de betrokken overheidsinstantie een tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken waarop de (...) overeenkomst betrekking heeft en waarover die instantie zal kunnen beschikken”.²⁰² Naar aanleiding hiervan werd – onder meer door de Nederlandse overheid – de stelling ingenomen dat vereist is dat de aanbestedende dienst over de werken moet kunnen beschikken (de zogenoemde ‘beschikkingsmacht’).²⁰³ Dit criterium leek vervolgens op losse schroeven te worden gezet in het *Auroux/Roanne*-arrest, waarin het Hof overwoog

198 Zie Europese Commissie, *Overheidsopdrachten en communautaire financiering*, 1991, p. 47 e.v. en Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997, p. 12.

199 Bevestigd in HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*).

200 Kenniscentrum PPS, *Handleiding PPS en aanbesteden*, 2001, § 3.4.

201 Ook zou geen sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht als overheid en marktpartij voor gezamenlijke rekening een haalbaarheidsstudie laten uitvoeren waarvan de resultaten aan beide ten goede komen.

202 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 77.

203 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 77. Zie ‘Scala, Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden’, Bevindingen van de door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) ingestelde werkgroep, juni 2003. Daarin stelt de ICER dat als een aanbestedende dienst niet over de werken zal kunnen beschikken (bijvoorbeeld omdat deze een particuliere bestemming hebben), geen sprake zal zijn van een aanbestedingsplichtige overeenkomst. Dit was bovendien het standpunt van de Nederlandse regering in de Vathorst-inbreukprocedure; zie de

dat irrelevant is of de aanbestedende dienst eigenaar is of wordt van (een deel van) het bouwwerk.²⁰⁴ Nadien passeerde de relatie tussen de aanbestedende dienst en de uit te voeren werken nog een enkele keer de revue in de Nederlandse jurisprudentie, maar zonder dat dit leidde tot een duidelijk criterium.²⁰⁵ Tegelijkertijd werd in publicaties van de Nederlandse overheid het onderscheid gehanteerd tussen publieke en private werken.²⁰⁶ Alleen de realisatie van publieke werken zou een overheidsopdracht kunnen opleveren, was daarbij de gedachte. Ook werd kennelijk relevant geacht of en zo ja, in welke mate de aanbestedende dienst risico's draagt ten aanzien van de private werken²⁰⁷ of daarin financieel participeert.²⁰⁸ Een uitleg

brief van Nederlandse regering aan de Commissie van 19 juli 2005, kenmerk JIZ-18723/05.

- 204 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 47, zoals bevestigd in HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 62, onder verwijzing naar het antwoord op de eerste prejudiciële vraag in *Auroux/Roanne*. Zie ook de conclusie van de A-G van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), para. 90-93. De A-G stelt onder meer dat de doelstellingen van de Richtlijn Werken “in het gedrang [kunnen] komen wanneer de aanbestedende dienst werken aanbesteedt waarop hij zodra zij gereed zijn – op kleinere of grotere schaal – zaken- of verbintenisrechtelijke rechten verkrijgt”.
- 205 Zie Vzr. Rb. Den Haag 27 februari 2007, *LJN* BB3794 (*Pro Veres*), waarin geen sprake was van een overheidsopdracht, onder meer omdat: “Het project (...) niet [wordt] ontwikkeld voor het gebruik of beheer door de Gemeente.” Zie verder Hof Arnhem 25 september 2007, *LJN* BB8609 (*Polderpoort*), waarin evenmin sprake was van een overheidsopdracht. Als reden daarvoor noemde het hof onder meer: “Verder beoogde de gemeente ook niet daarover na afloop van de projectontwikkeling op enigerlei wijze te (kunnen) beschikken of daarvan enig (bij voorbeeld een exploitatie-)voordeel te trekken.”
- 206 Zie bijvoorbeeld PPS-bureau landelijk gebied, *PPS groen & aanbesteden: wanneer & hoe?*, augustus 2005. Zie ook Kenniscentrum PPS, *Europese aanbesteding bij PPS bij gebiedsontwikkeling*, 2005, p. 7 en 19, waar te lezen is dat de Richtlijn Werken “strikt genomen alleen van toepassing op de uitvoering van werken met een openbaar karakter”, alsook dat het realiseren van commercieel vastgoed, dat gebeurt in opdracht van een projectontwikkelaar, belegger of bewoner/eindgebruiker, niet onder de werking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen valt.
- 207 Zie PPS-bureau landelijk gebied, *PPS groen & aanbesteden: wanneer & hoe?*, augustus 2005, p. 25. Daarin wordt gesteld dat voor de bouw van commerciële werken een aanbestedingsplicht geldt indien een publieke partij een marktpartij selecteert en “meer dan 50% van het commerciële risico neemt”. Zie ook het hiervoor reeds aangehaalde Hof Arnhem 25 september 2007, *LJN* BB8609 (*Polderpoort*), waarin het hof voor de afwezigheid van een overheidsopdracht voor werken tevens relevant achtte dat de gemeente “geen of een verwaarloosbaar risico droeg van (de ontwikkeling van) het project als geheel noch van de realisering en verkoop van de voor rekening en risico van Polderpoort komende vastgoedprojecten (...)”. Het niet dragen van risico door de aanbestedende dienst werd kennelijk ook relevant geacht in Vzr. Rb. Maastricht 4 juni 2009, *LJN* BI6328 (*Voerendaal*).
- 208 Zie Ministerie van VROM, VNG en NEPROM, *Selectie marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling*, 15 januari 2008, waarin wordt geconcludeerd dat als de overheid rechtstreeks financieel participeert in de opstalontwikkeling, het risico

over wat een werk publiek dan wel privaat maakt, oftewel wat het onderscheidende criterium is (bijvoorbeeld wie eigenaar van het werk is), ontbreekt echter.²⁰⁹

Het Hof bood uiteindelijk meer duidelijkheid over de relatie tussen de prestatie van de aannemer en de (tegenprestatie van de) aanbestedende dienst. In het arrest *Commissie/Italië* dat ging over medische transportdiensten, stelde het Hof – onder verwijzing naar bovenstaande overweging uit *Scala* – dat de bezwarende titel van de overeenkomst ziet op de tegenprestatie die de betreffende aanbestedende dienst levert vanwege de uit te voeren diensten die het onderwerp van de overeenkomst vormen en waarvan de aanbestedende dienst het voordeel zal hebben.²¹⁰ In lijn hiermee stelde het Hof in het *Müller*-arrest dat bij een overheidsopdracht voor werken, de werken in het ‘rechtstreeks economisch belang’ van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd.²¹¹ Het Hof heeft het daarbij over de ‘in het kader van de opdracht uit te voeren werken’ in de zin van de definitie van overheidsopdrachten voor werken uit de Aanbestedingsrichtlijn. Uit deze formulering blijkt dat het vereiste van een rechtstreeks economisch belang niet alleen geldt als deze uitvoering van werken betrekking heeft op een ‘werk’, maar ook als het gaat om het uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn.²¹²

De term ‘rechtstreeks economisch belang’ heeft het Hof nagenoeg een-op-een overgenomen uit de Duitse wet. In het *Müller*-arrest wordt namelijk erop gewezen dat de definitie van het begrip overheidsopdrachten voor werken in de Duitse wet als volgt was gewijzigd (de wijzigingen zijn cursief aangegeven):²¹³

bestaat dat aanbesteding verplicht is. Dit risico neemt toe naarmate de participatie substantiëler is. Een motivering waarom dat het geval zou zijn en waar de verwezenlijking van dit risico verder van af hangt, ontbreekt echter.

- 209 Zie over de onduidelijkheid van dit onderscheid ook Heemskerk & Peeters 2007; zij wijzen erop dat de richtlijn en de jurisprudentie dit onderscheid niet kennen en dat slechts relevant is of de aanbestedende dienst eisen stelt ten aanzien van het te realiseren werk. Zie ook de conclusie van de A-G van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 42. Zie verder Boot & Wuijster 2008a; zij wijzen erop dat het openbare of publieke karakter van een overheidsopdracht beperkt is tot de omstandigheid dat de opdracht afkomstig is van een overheid (althans een aanbestedende dienst) – het al dan niet openbare karakter van het werk is derhalve irrelevant.
- 210 HvJ EG 29 november 2007, zaak C-119/06 (*Commissie/Italië*), r.o. 46. Dit arrest is niet in het Nederlands vertaald. De letterlijke vertaling is: “en waarvan de aanbestedende dienst de begunstigde zal zijn.”
- 211 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 54. Uit de conclusie van de A-G blijkt dat de Nederlandse regering zich op het standpunt heeft gesteld dat sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch belang, maar dat aankoop niet is vereist (conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 45). Een dergelijke belang kan bestaan in het behalen van economische voordelen als het dragen van het risico van verlies. De A-G was het overigens niet eens met het Nederlandse standpunt.
- 212 Zie art. 1 lid 2 sub b Aanbestedingsrichtlijn, waarin het gaat over de uitvoering van werken (onder meer) in het kader van de in bijlage 1 vermelde werkzaamheden.
- 213 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 30.

“Overheidsopdrachten voor werken zijn overeenkomsten die betrekking hebben op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering *voor de aanbestedende dienst* van werken of van een werk dat het product van bouwkundige of civieltechnische werken is dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen, of van een werk *dat voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang oplevert*, en wordt uitgevoerd door derden overeenkomstig de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen.”

De prejudiciële vraag van de verwijzende rechter bevatte ook de term ‘rechtstreeks economisch belang’.²¹⁴ Hoewel advocaat-generaal Mengozzi daarentegen het begrip ‘solide rechtstreeks verband’²¹⁵ hanteerde, sloot het Hof in zijn arrest aan bij de formulering van de Duitse wetgever.²¹⁶ Zoals gezegd heeft het Hof daarbij evenwel duidelijk gemaakt dat het element ‘rechtstreeks economisch belang’ voor alle soorten overheidsopdrachten voor werken geldt en niet – zoals de Duitse definitie suggereert – alleen voor werken die worden uitgevoerd door derden overeenkomstig de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen. Overigens kan voor de uitleg van het element ‘rechtstreeks economisch belang’ het Duitse recht niet doorslaggevend zijn; het betreft immers een begrip van Europees recht, zodat de kwalificatie naar nationaal recht niet relevant is.²¹⁷

5.8.2 Voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang

In *Müller* geeft het Hof de volgende drie voorbeelden waarin sprake is van een rechtstreeks economisch belang:

-
- 214 In de Nederlandse vertaling is in plaats van ‘rechtstreeks economisch belang’ in de vraag opgenomen ‘rechtstreeks economisch voordeel’. De oorspronkelijke, Duitse taalversie wijst uit dat dit verschil niet is beoogd, hetgeen ook overeenstemt met de herformulering van de vraag door het Hof in r.o. 40.
- 215 De A-G stelde voor om als basisbeginsel te hanteren dat “een bepaalde activiteit slechts onder het recht inzake overheidsopdrachten voor werken valt, wanneer er tussen het openbaar bestuur en de uit te voeren werkzaamheden of werken een solide rechtstreeks verband bestaat.” (conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 52 e.v). Dat verband vloeit volgens de A-G normaliter voort uit het feit dat de werkzaamheden of de werken worden uitgevoerd nadat het openbaar bestuur een initiatief in dat kader heeft genomen. De A-G onderscheid in dat kader drie categorieën: 1) eigendom en rechtstreeks economisch voordeel, 2) inzet van publieke middelen, en 3) een restcategorie waarin werken het resultaat zijn van een initiatief van het openbaar bestuur. Bij de restcategorie merkt de A-G evenwel op dat de door het openbaar bestuur verrichte activiteit verder moet gaan dan de gewone uitoefening van de bevoegdheden die hem doorgaans op stedenbouwkundig gebied zijn verleend: “Alleen zó kan namelijk een duidelijke scheidslijn worden getrokken tussen de binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallende activiteiten en de daarentegen als zodanig van die werkingssfeer uitgesloten ‘normale’ stedenbouwkundige activiteiten.” (para. 60).
- 216 Kuypers en Simon menen overigens dat de formulering van het Hof (iets) ruimer is dan die van de Duitse wetgever; zie Kuypers & Simon 2010.
- 217 Zie paragraaf 5.5.

- De aanbestedende dienst wordt eigenaar van de werken waarop de opdracht betrekking heeft.
- De aanbestedende dienst kan krachtens een rechtstitel beschikken over de uit te voeren werken met het oog op hun openbare bestemming.
- De aanbestedende dienst:
 - zal economische voordelen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk kunnen behalen;
 - neemt financieel deel aan de verwezenlijking van het werk; of
 - loopt risico's bij economische mislukking van het werk.

Bij gebrek aan recentere jurisprudentie is de strekking van met name het tweede en derde voorbeeld voorsnog grotendeels onduidelijk. Bovenstaande voorbeelden zullen dan ook achtereenvolgens nader worden geanalyseerd.

5.8.2.1 Eigendom

Het eerste voorbeeld spreekt voor zich. Als de aanbestedende dienst eigenaar wordt van de uitgevoerde werken, is het rechtstreeks economisch belang gegeven. Als de uitvoering van de werken bestaat uit het uitvoeren van een 'werk', zoals een gemeentehuis, is dat het geval als de aanbestedende dienst daarvan eigenaar wordt. Bij opdrachten waarbij de uitvoering van de werken enkel bestaat uit het uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn en het Bao, zoals sloopwerkzaamheden of het ophogen van grond, moet het gaan om de eigendom van het resultaat van die werkzaamheden. In het geval van de sloop van een gebouw, kan de aanbestedende dienst eigenaar zijn of worden van de grond waarop het gesloopte gebouw stond; hetzelfde geldt voor de eigendom van de eenmaal opgehoogde grond.

5.8.2.2 Beschikking

Bij het tweede voorbeeld verwijst het Hof naar drie overwegingen uit het *Scala*-arrest uit 2001.²¹⁸ Dat arrest ging over een zogenoemde verkavelingsovereenkomst – een specifiek rechtsfiguur naar Italiaans recht – die de gemeente Milaan met een aantal grondeigenaren had gesloten voor de realisatie van de buitengevel van het *Teatro degli Arcimboldi* op die grond. Na realisatie waren de grondeigenaren verplicht de grond om niet over te dragen aan de gemeente.²¹⁹ Volgens het Hof leverde de verkavelingsovereenkomst de gemeente een rechtstitel op die haar de zeker-

218 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 67, 71 en 77.

219 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 22 en 70-71. Dit was verplicht op grond van de Italiaanse wet. De aanleg van de buitengevel, zijnde een culturele voorziening, betrof een infrastructurele voorziening van secundair belang; dit volgt uit r.o. 19-20 en 26. De overdracht van het gerealiseerde werk wordt bovendien bevestigd in r.o. 95: "Bovendien onttrekt noch de omstandigheid dat de infrastructurele voorzieningen door de vergunninghouder voor eigen rekening worden aangelegd, *voordat hij ze overdraagt aan de gemeente*, deze laatste niet de hoedanigheid van aanbestedende dienst met betrekking tot de aanleg van die voorziening" (cursivering PH).

heid gaf dat de te realiseren voorzieningen beschikbaar zouden zijn met het oog op hun openbare bestemming; de gemeente kon op grond van de overeenkomst instaan voor de beschikbaarheid van de betreffende voorzieningen, teneinde alle plaatselijke gebruikers de toegang te verzekeren.²²⁰ Dit vormde voor het Hof een bevestiging van de openbare bestemming die vanaf het begin aan de uit te voeren werken was gegeven. Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de door het Hof bedoelde rechtstitel de verkavelingsovereenkomst is, op grond waarvan de gemeente Milaan de grond met daarop de gerealiseerde werken in eigendom zou verkrijgen en aldus daarover zou kunnen beschikken.

In dat licht is het enigszins opmerkelijk dat het Hof als tweede voorbeeld naar deze overwegingen uit *Scala* verwijst, aangezien net als in het eerste voorbeeld de aanbestedende dienst de eigendom van de werken verkrijgt; op dat punt voegt het tweede voorbeeld dus niets toe aan het eerste.

Uit de verwijzing naar *Scala* en het overnemen van de woorden ‘met het oog op hun openbare bestemming’ wordt daarentegen wel duidelijk dat voor een rechtstreeks economisch belang niet is vereist dat de aanbestedende dienst de werken zelf gebruikt (zoals bij een gemeentehuis het geval is), maar dat daaraan gelijk staat dat de aanbestedende dienst de werken openstelt voor het publiek (bijvoorbeeld bij een snelweg of een openbaar theater). In lijn daarmee wordt niet afgedaan aan het rechtstreeks economisch belang als de aanbestedende dienst de werken met het oog op die openbare bestemming ter beschikking van bepaalde derden stelt, bijvoorbeeld door deze te verkopen of te verhuren aan een marktpartij. Het voorgaande werd in zekere zin reeds door advocaat-generaal Kokott betoogd in haar conclusie bij *Auroux/Roanne*. Zij stelde daarin namelijk dat voor het begrip overheidsopdracht voor werken het geen verschil kan maken “of de aanbestedende dienst het te realiseren werk zelf wil gebruiken dan wel of hij van plan is het ter beschikking van het publiek of bepaalde derden te stellen”.²²¹

Verder duidt het overnemen van de ruime formulering ‘krachtens een rechtstitel’ uit *Scala* erop dat het Hof heeft willen bevestigen dat de beschikking niet per se langs de weg van de eigendomsoverdracht tot stand behoeft te komen, maar ook dat andere wegen mogelijk zijn, zoals verhuur van de werken aan de aanbestedende dienst. Dat past ook bij het standpunt van de Commissie in haar Handleiding Werken uit 1997, waarin zij aangaf dat de huur van onroerend goed onder de Richtlijn Werken kan vallen als er een verband bestaat met een bouw- en koopovereenkomst.²²² Onduidelijk is echter of de Commissie daarmee bedoelde dat de aanbestedende dienst niet alleen huurder, maar uiteindelijk ook koper van de werken moest zijn.

220 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*), r.o. 67, 71 en 77.

221 Conclusie van de A-G van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 42.

222 Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997, p. 12.

Veel duidelijker komt de ruime benadering ten aanzien van de wegen die tot beschikking kunnen leiden naar voren in de waarschuwing van advocaat-generaal Trstenjak, dat alle doelstellingen van de aanbestedingsrichtlijn in het gedrang kunnen komen “wanneer de aanbestedende dienst werken aanbesteedt waarop hij zodra zij gereed zijn – op kleinere oöf grotere schaal – zaken of verbintenisrechtelijke rechten verkrijgt.”²²³ Aanleiding hiervoor was de zaak *KölnMesse*, waarin het Hof een half jaar voor *Müller* arrest wees.²²⁴ In lijn met de conclusie van de advocaat-generaal oordeelde het Hof daarin dat de huur door de gemeente Keulen van vier expositiehallen die nog moesten worden gebouwd een overheidsopdracht voor werken vormde. Daarvoor was onder meer relevant dat de te bouwen hallen dienden te voldoen aan de door de gemeente gestelde gedetailleerde specificaties, die volgens het Hof veel verder gingen dan “de eisen die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw van een zekere grootte stelt”.²²⁵ Met andere woorden, in plaats van dat de gemeente expositiehallen huurde, verleende zij in feite een opdracht om die hallen te bouwen conform de door haar vastgestelde eisen. De bouwkosten zouden gedurende de overeengekomen huurperiode van dertig jaar worden terugbetaald door de gemeente in de vorm van de overeengekomen huur.²²⁶ Bovendien was voor de kwalificatie als overheidsopdracht voor werken voor het Hof irrelevant of de gemeente op enig moment de expositiehallen al dan niet in eigendom zou kunnen verkrijgen.²²⁷ Uit deze laatste overweging van het Hof moet worden geconcludeerd dat de beschikking niet voor onbepaalde tijd behoeft te zijn (hetgeen het geval is bij eigendom maar niet bij huur). Aannemelijk is dat voor de aanwezigheid van het rechtstreeks economisch belang niet relevant is hoe lang deze ‘beschikkingsperiode’ duurt. Dit kan dertig jaar zijn, zoals in

223 Conclusie van de A-G van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), para. 90. Dit is later grotendeels bevestigd door A-G Mengozzi in zijn conclusie van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 55; hij spreekt over “gevallen waarin de overheid op de gerealiseerde zaken een recht verkrijgt dat weliswaar geen eigendomsrecht is maar toch – althans in een zekere mate – het gebruik van dat werk toestaat”.

224 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*). Zie ook Davey 2010. Het arrest is het gevolg van een inbreukprocedure uit 2005 (zaaknummer 2005/4955); zie de persberichten van de Europese Commissie IP/06/1375 en IP/07/917 van resp. 12 oktober 2006 en 27 juni 2007. De gemeente Keulen had met GKM-GbR, een particuliere investeringsmaatschappij, een huurovereenkomst gesloten voor vier expositiehallen (te exploiteren door *KölnMesse*). GKM-GbR zou deze hallen (laten) realiseren conform de specifieke eisen van de gemeente. In ruil daarvoor zou de gemeente gedurende de looptijd van de huurovereenkomst (30 jaar) een maandelijks huur betalen.

225 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 58. Zo ook de A-G in paragraaf 97 en voetnoot 49 van haar conclusie van 4 juni 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), waarin zij spreekt over “bijzonder gedetailleerde instructies” onder verwijzing naar de “beschrijving en opsomming van de prestaties evenals naar de uitvoerige plannen, schema’s en andere desbetreffende documenten die in de – meerdere duizend bladzijden omvattende – bijlagen zijn opgenomen”.

226 Dit valt op te maken uit r.o. 60-61 van HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*).

227 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 62, onder verwijzing naar het antwoord op de eerste prejudiciële vraag in *Auroux/Roanne*.

KölnMesse, maar de uitvoering van werken kan evengoed in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst zijn als deze slechts gedurende een kortere periode over de werken kan beschikken.

Verder moet het *Müller*-arrest niet zo beperkt worden uitgelegd dat beschikking anders dan door eigendomsoverdracht alleen een rechtstreeks economisch belang oplevert als het een werk met een openbare bestemming betreft. Met andere woorden, ook indien de aanbestedende dienst een nog te bouwen werk huurt voor eigen gebruik, moet worden aangenomen dat het uitvoeren van dat werk in zijn rechtstreeks economisch belang is. Een andere uitleg zou de reikwijdte van het begrip overheidsopdracht sterk beperken en daarmee afbreuk doen aan het nuttig effect van de Aanbestedingsrichtlijn.

Een ander voorbeeld van een rechtstitel die leidt tot de hier bedoelde beschikking is te vinden bij het Office of Government Commerce (OGC), een onderdeel van de centrale overheid van het Verenigd Koninkrijk. Het OGC heeft namelijk aangegeven dat als een gemeente grond verkoopt aan een ontwikkelaar ten behoeve van (sociale) woningbouw en de gemeente daarbij het recht bedingt dat zij de huurders mag benoemen in een gedeelte van die woningen of anderszins een recht bedingt ten aanzien van het gebruik van de woningen, dit recht een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente kan opleveren.²²⁸ Een dergelijke situatie is enigszins vergelijkbaar met de situatie waarin de gemeente zelf de woningen zou huren en deze vervolgens zou onderverhuren aan de door de gemeente beoogde personen. Bij een dergelijke verhuur zou realisatie van de woningen in ieder geval in het rechtstreeks economisch belang van de gemeente zijn. Vergeleken hiermee, verkrijgt de gemeente met het benoemingsrecht echter een minder omvattend recht op de woningen; een verhuurder van een woning heeft immers meer rechten en verplichtingen dan enkel het recht om te kiezen aan wie hij zijn woning verhuurt. Dit neemt niet weg dat de gemeente nog steeds een bepaalde mate van beschikking over het werk verkrijgt. Met het OGC moet daarom worden aangenomen dat een dergelijk benoemingsrecht vermoedelijk reeds leidt tot een rechtstreeks economisch belang.

228 OGC, *Procurement Policy Note – Public Procurement Rules, Development Agreements and s106 “Planning Agreements”*; *Update and Additional Guidance*, Information Note 12/10, 30 juni 2010, para. 54. Deze opmerking lijkt voort te vloeien uit de inbreukprocedure *Osbaldwick* (zaaknummer 2007/4156), waarin Engeland uiteindelijk erkende dat de gemeente York ten onrechte onderhands een concessieovereenkomst voor werken had gesloten met een woningbouwcorporatie. Deze corporatie diende onder meer sociale woningen te realiseren, waarvoor de gemeente de huurders zou mogen benoemen. Volgens de Commissie zou de gemeente York aldus een belang in die sociale woningbouw behouden, hetgeen een van de redenen vormde waarom volgens haar sprake was van een concessieovereenkomst voor werken. De Commissie heeft hierover twee persberichten gepubliceerd, te weten IP/09/1000 en IP/10/507 van resp. 25 juni 2009 en 5 mei 2010.

5.8.2.3 *Economische voor- en nadelen bij de uit te voeren werken*

Het derde voorbeeld van een rechtstreeks economisch belang dat het Hof in *Müller* geeft, bestaat uit drie subvoorbeelden, te weten *i)* economische voordelen uit het gebruik of de overdracht van het werk, *ii)* financiële deelneming aan de verwezenlijking van het werk en *iii)* risico's bij economische mislukking van het werk. Zoals in het navolgende zal blijken, gaat het in alle drie de gevallen in feite om hetzelfde, namelijk om het risico dat de aanbestedende dienst loopt op economische voor- of nadelen die uiteindelijk samenhangen met het gebruik of de overdracht van de uit te voeren werken.

Economische voordelen uit het gebruik of de overdracht van het werk

Van economische voordelen uit het gebruik of de overdracht van het werk kan sprake zijn bij de verkoop van grond door een gemeente aan een marktpartij die daarop woningen zal bouwen en verkopen aan derden. Partijen kunnen dan overeenkomen dat de gemeente per verkochte woning een bepaald bedrag zal ontvangen van de marktpartij, in aanvulling op de reeds betaalde grondprijs. Wat in de praktijk echter vaker voorkomt, is dat de gemeente en de marktpartij afspreken dat de grondprijs achteraf naar boven wordt bijgesteld als de daadwerkelijke verkoopprijs van de woningen aan de derden hoger uitvalt dan verwacht. Als dat inderdaad het geval is, behaalt de gemeente economische voordelen uit de verkoop van de uitgevoerde werken en is sprake van een rechtstreeks economisch belang. Aangezien het Hof heeft gekozen voor de formulering dat van een rechtstreeks economisch belang sprake is als de aanbestedende dienst economische voordelen 'zal kunnen behalen', moet het enkele vooruitzicht op de mogelijkheid van dergelijke voordelen reeds voldoende worden geacht om aan dit element te voldoen.²²⁹

Het ligt voor de hand dat van een rechtstreeks economisch belang niet alleen sprake is bij eventuele economische voordelen uit het gebruik of de overdracht van het werk, maar ook bij eventuele nadelen daarbij. De hierna te bespreken andere twee subvoorbeelden die het Hof geeft, impliceren immers dat het vereiste economische belang ook aanwezig kan zijn als de overdracht of het gebruik van het werk nadelig uitpakt voor de aanbestedende dienst. Dit brengt bijvoorbeeld mee dat ook als de grondprijs achteraf naar beneden kan worden bijgesteld naar aanleiding van de uiteindelijke koopprijzen van de woningen, het realiseren van die woningen in het rechtstreeks economisch belang van bovengenoemde gemeente is. Met an-

229 Zie ook Vzr. Rb. Groningen 10 juni 2011, *LJN BQ8211 (Montagne/Winsum)*. In die zaak was sprake van een zogenoemde 'afroomregeling': de gemeente zou meeprofiten bij een hogere grondprijs dan verwacht. Dit bracht de voorzieningenrechter tot de conclusie dat de gemeente een "aanzienlijk economisch belang" heeft bij het project. Overigens komt de voorzieningenrechter vervolgens tot de conclusie dat daarmee sprake is van een bezwarende titel; juist was geweest om te concluderen dat de werken in kwestie werden uitgevoerd in het rechtstreeks economisch belang van de gemeente. In hoger beroep kon volgens het hof in het midden blijven "of de Overeenkomst kwalificeert als een aanbestedingsplichtige 'overheidsopdracht voor werken'"; zie Hof Leeuwarden 15 mei 2012, *LJN BW6167 (Motagne/Winsum)*, r.o. 8.

dere woorden, voldoende is dat de grondprijs achteraf wordt bijgesteld naar rato van de daadwerkelijke verkoopprijs van de woningen aan de derden. Anders dan de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 stelt,²³⁰ valt niet in te zien dat daarbij relevant is of de uiteindelijke grondprijs al dan niet marktconform is; de enkele afhankelijkheid van de grondprijs van de realisatie en verkoop leidt immers tot het rechtstreeks economisch belang.²³¹

Zoals eerder in dit hoofdstuk al is aangegeven, neemt dit overigens niet weg dat een minder dan marktconforme grondprijs in beginsel moet worden gezien als betaling door de aanbestedende dienst; deze betaling heeft dan tot gevolg dat sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.²³² Bovendien is het ook mogelijk om een marktconforme grondprijs vast te stellen zonder te resulteren in een rechtstreeks economisch belang. De aanbestedende dienst kan daartoe bijvoorbeeld een openbare biedprocedure volgen of de grond vooraf laten taxeren.²³³

Verder zijn de mogelijke economische voor- of nadelen uit het gebruik of de overdracht van het werk naar alle waarschijnlijkheid niet beperkt tot zuiver financiële voor- of nadelen. Met andere woorden, ook als sprake is van een mogelijk voor- of nadeel in natura voor de aanbestedende dienst, is aan dit element voldaan. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de aanbestedende dienst bepaalde rechten kan verwerven op het gerealiseerde werk die voor hem een economische waarde hebben (oftewel: op geld waardeerbaar zijn). Zo zou de gemeente in bovenstaand voorbeeld kunnen bedingen dat zij op de gerealiseerde woningen antennes mag plaatsen voor mobiele datacommunicatie of daarop reclame-uitingen mag aan-

230 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 74. Van een rechtstreeks economisch belang is volgens de Reiswijzer kennelijk geen sprake in geval van een herberekening van de grondprijs. De Reiswijzer vervolgt namelijk: “Het is wel mogelijk om bij hogere vastgoedopbrengsten de grondprijs te herberekenen. Die moet immers marktconform zijn en bij hogere vastgoedopbrengsten hoort (als de grondprijs via een residuele methode wordt bepaald) ook een hogere grondprijs.” Overigens wordt in de Reiswijzer gesproken over het ‘gevaar’ van een te lage grondprijs, hetgeen tot een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht zou kunnen leiden. De keuze voor het woord ‘gevaar’ in deze context lijkt weinig verhullend ten aanzien van de (kennelijke) houding van de auteurs tegenover de wenselijkheid van aanbesteden. Zie ook Van der Leij en Habraken die constateren dat niet valt uit te sluiten “dat de Reiswijzer [2009] is ingegeven door een behoefte om niet altijd tot een transparante selectie van een marktpartij te komen”. Zij zijn van mening dat gemeenten altijd tot transparante selectie zouden moeten willen komen (behoudens uitzonderingsgevallen) en Europese regelgeving daarvoor eigenlijk niet nodig zou behoeven te zijn; zie Van der Leij & Habraken 2010. Zie in die zin ook Luteijn 2011, waarin hij stelt: “Het ‘1-op-1’ contracteren ter zake ontwikkelingen van enige omvang is uit [het] oogpunt van transparantie, accountability en politieke verantwoording immers niet meer van deze tijd.”

231 Zo ook Bidó 2010.

232 Zie paragraaf 5.6.4.

233 Zie Europese Commissie, ‘Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties’, *PbEG* 1997, C 209/3, zoals besproken in paragraaf 2.1.

brengen.²³⁴ Ook zouden zij (in theorie) kunnen afspreken dat de gemeente per verkochte woning een aantal vierkante meters grond van de marktpartij om niet in eigendom krijgt overgedragen. In al dit soort gevallen moet eveneens worden aangenomen dat het element ‘rechtstreeks economisch belang’ aanwezig is.

Financiële deelneming aan de verwezenlijking van het werk

Het tweede subvoorbeeld dat het Hof geeft is dat de aanbestedende dienst financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen. Deze formulering is enigszins ambigue, aangezien dit enerzijds kan worden uitgelegd als een betaling c.q. financiële bijdrage aan de aannemer ten behoeve van het werk en anderzijds als een financiële deelneming c.q. participatie in de uitvoering van het werk. Hoewel de Engelse taalversie van het arrest wijst op het eerste,²³⁵ maakt de oorspronkelijke, Duitse taalversie duidelijk dat enkel het tweede is bedoeld. Daarin wordt namelijk gesproken over de “*finanziellen Beteiligung an der Erstellung des Bauwerks*”. Ook de Franse taalversie illustreert dat het gaat om een financiële *participatie* en niet om een financiële *bijdrage*.²³⁶

Dit wordt verder ondersteund door de verwijzing van het Hof naar een aantal specifieke overwegingen uit het arrest *Auroux/Roanne*.²³⁷ In die kwestie was de aannemer, SEDL, verplicht om een multifunctionele accommodatie te realiseren.²³⁸ Deze accommodatie bestond deels uit commerciële onderdelen (een multiplexbioscoop en bedrijfsruimten) die SEDL aan derden zou verkopen en deels uit publieke onderdelen (een parkeerterrein, toegangswegen en openbare ruimten) die SEDL aan de gemeente Roanne zou overdragen. In zijn arrest stelt het Hof dat de gemeente zich heeft verbonden een deel van de kosten van alle uit te voeren bouwwerken voor haar rekening te nemen.²³⁹ Uit de conclusie van advocaat-generaal Kokott blijkt echter veel duidelijker dat het daarbij niet gaat om een *betaling* voor die werken door de gemeente, maar om een *investering* door de gemeente in het project. Volgens de advocaat-generaal zou de gemeente Roanne namelijk deelnemen in het kapitaal voor de financiering van alle uit te voeren werkzaamheden.²⁴⁰

234 Dat voorbeeld zou overigens ook kunnen worden gezien als een vorm van beschikking van de aanbestedende dienst over de uitgevoerde werken en om die reden een rechtstreeks economisch belang opleveren.

235 In die vertaling wordt relevant geacht dat de aanbestedende dienst “contributed financially to the realisation of the work”.

236 Daarin gaat het over “*le fait qu’il a participé financièrement à la réalisation de l’ouvrage*”.

237 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 13, 17, 18 en 45.

238 In het arrest spreekt het Hof over een ‘recreatiepark’, hetgeen wat verwarrend is. Het gaat in feite om één bouwmassa met daarin een aantal verschillende functies en daarnaast parkeergelegenheid. Inmiddels is zelfs met *Google Streetview* goed te zien dat het gaat om wat in Nederland zou heten een ‘multifunctionele accommodatie’ of ‘MFA’ (het gebouw is gelegen aan de Cours de la Republique 2 te Roanne).

239 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 17 en 45.

240 Conclusie van de A-G van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 13. In para. 58 komt de A-G terug op dit onderwerp en stelt dat de gemeente heeft toegezegd

Aangezien SEDL een gemengde publiek-private vennootschap was, kan hieruit worden afgeleid dat de gemeente deelnam in het kapitaal van SEDL, als gevolg waarvan SEDL beschikte over meer eigen vermogen om de werken mee te financieren. De gemeente kreeg door deze deelneming in het kapitaal een rechtstreeks economisch belang bij de realisatie van het project, namelijk omdat zij economisch voor- of nadeel zou (kunnen) behalen uit de verkoop van de commerciële onderdelen aan derden. Dit (financiële) belang van de gemeente blijkt daarnaast uit de afspraak dat elk overschot op de eindbalans van SEDL moet worden overgemaakt aan de gemeente.²⁴¹

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat als de aanbestedende dienst financieel deelneemt in de verwezenlijking van het werk, bijvoorbeeld door daarin kapitaal te investeren, het uit te voeren werk in zijn rechtstreeks economisch belang is. In dat kader is in publicaties van de Nederlandse overheid terecht gewezen op het ‘aanbestedingsrisico’ van financiële participatie in de opstalontwikkeling.²⁴² Overigens betreft dit tweede subvoorbeeld in de kern geen andere situatie dan het eerste subvoorbeeld, omdat ook hier de aanbestedende dienst het vooruitzicht heeft op mogelijke economische voor- of nadelen die uiteindelijk samenhangen met de overdracht of het gebruik van het werk.

Risico's bij economische mislukking van het werk

Als derde subvoorbeeld geeft het Hof de omstandigheid dat de aanbestedende dienst risico's loopt bij economische mislukking van het werk. Samen met het vorige subvoorbeeld verwijst het Hof hierbij naar een aantal overwegingen uit *Auroux/Roanne*. Aangenomen moet worden dat de risico's die de gemeente Roanne liep bij economische mislukking van de multifunctionele accommodatie in ieder geval bestonden uit de risico's als gevolg van bovenstaande financiële deelneming. Daarnaast zou de gemeente na afloop van de overeenkomst met SEDL eigenaar worden van de onverkochte gronden en bouwwerken, de uitvoering van de lopende overeenkomsten en de door SEDL aangegane schulden overnemen.²⁴³ Het is niet moeilijk voor te stellen dat als het werk zou mislukken, omdat het bijvoorbeeld onverkoopbaar zou blijken, de gemeente op grond hiervan aanzienlijke financiële nadelen zou ondervinden.

bij te dragen aan de financiering van alle te verwezenlijken bouwwerken.

241 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 18.

242 Zie Ministerie van VROM, VNG en NEPROM, *Selectie marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling*, 15 januari 2008, waarin – ongemotiveerd – wordt geconcludeerd dat als de overheid rechtstreeks financieel participeert in de opstalontwikkeling, het risico bestaat dat aanbesteding verplicht is. Dit risico neemt toe naarmate de participatie substantiëler is. Zie verder Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 74. Daar wordt gesteld dat moet worden gewaakt voor het gevaar van participatie door de gemeente in de vastgoedexploitatie.

243 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 18.

Ook in dit subvoorbeeld bestaat het rechtstreeks economische belang er derhalve uit dat de aanbestedende dienst het vooruitzicht heeft op mogelijke economische nadelen die samenhangen met de overdracht of het gebruik van het werk. Deze economische relatie tussen de uit te voeren werken en de aanbestedende dienst leidt derhalve tot de aanwezigheid van het element ‘rechtstreeks economisch belang’.

Volledigheidshalve wordt er nog op gewezen dat als de risico’s bij economische mislukking van het werk door de aanbestedende dienst zijn overgenomen van de aannemer, dat een overeenkomst onder bezwarende titel oplevert (zie paragraaf 5.6.4.3).

5.8.2.4 Andere voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang

In het *Müller*-arrest laat het Hof de mogelijkheid open dat ook in andere gevallen sprake is van een rechtstreeks economisch belang. Een dergelijk ander voorbeeld lijkt het Hof te hebben gevonden in het *Commissie/Duitsland*-arrest dat ging over bedrijfspensioenen bij gemeenten.²⁴⁴ Het Hof overweegt daar dat voor een overheidsopdracht is vereist dat de betrokken overeenkomst een rechtstreeks economisch belang heeft voor de aanbestedende dienst. Vervolgens lijkt het Hof te stellen dat het sluiten van een overeenkomst voor bedrijfspensioenen in het rechtstreeks economisch belang van de gemeentelijke werkgever (de aanbestedende dienst) is, omdat deze daardoor in staat wordt gesteld “te voldoen aan zijn verplichting tot correcte uitvoering van die uit de omzetting van loon in pensioenpremies voortvloeiende vorm van uitgestelde betaling”.²⁴⁵ Deze verplichting rustte op de gemeentelijke werkgevers op basis van een collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) die zij eerder hadden gesloten. Met andere woorden, de gemeenten hadden zichzelf hiertoe verplicht.

Het Hof koppelt de omstandigheid dat een gemeente in staat wordt gesteld aan bepaalde op haar rustende verplichtingen te voldoen echter niet expliciet aan het daarmee aanwezig zijn van een rechtstreeks economisch belang, zodat onzeker is of dat inderdaad is wat het Hof beoogt. Niettemin is goed denkbaar dat het kunnen voldoen aan een verplichting een economische waarde voor de aanbestedende dienst vertegenwoordigt en zodoende tot gevolg heeft dat de overeenkomst in zijn rechtstreeks economisch belang is. Dit arrest ziet evenwel op een zeer specifieke situatie waarbij bovendien sprake was van overheidsopdrachten voor diensten en niet voor werken. In de praktijk is het dan ook niet snel aannemelijk dat een overheid verplicht zal zijn bepaalde werken uit te voeren en om te voldoen aan die verplichting, besluit een overeenkomst met een aannemer te sluiten.

Hoewel dat niet expliciet zo wordt gesteld, lijkt de Commissie naar analogie van dit arrest te redeneren in haar met redenen omkleed advies in de inbreukprocedure

244 HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 75 e.v.

245 HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 78.

die zij tegen Nederland was gestart met betrekking tot het project ‘Het Nieuwe Landgoed’ te Ede.²⁴⁶ De Commissie stelt daarin namelijk dat de realisatie van het commerciële vastgoed in kwestie (bestaande uit woningen en een deel van een multifunctioneel centrum) een direct economisch voordeel inhoudt voor de gemeente Ede. In dat verband verwijst de Commissie naar artikel 22 Grondwet, dat volgens haar “de Nederlandse autoriteiten [verplicht] te stimuleren dat in Nederland voldoende huisvesting beschikbaar is. (...) Het is precies in het licht van deze taak dat de Nederlandse autoriteiten op alle niveaus en op allerlei manieren betrokken zijn bij de ontwikkeling van de huisvesting in Nederland.” Denkbaar is dat de Commissie hiermee in feite bedoelt dat de gemeente door een overeenkomst met een ontwikkelaar te sluiten in staat werd gesteld te voldoen aan haar verplichting op grond van artikel 22 Grondwet en de realisatie van werken op grond van die overeenkomst derhalve in het rechtstreeks economisch belang van de gemeente is. Een dergelijke stelling moet evenwel geacht worden onjuist te zijn, aangezien deze zou uitgaan van een te specifieke strekking van deze bepaling uit de Grondwet, die slechts een algemene inspanningsverplichting voorschrijft om voldoende woongelegenheden te bevorderen. In dat kader lijkt het dan ook onwaarschijnlijk dat bovenstaande opmerking van de Commissie zo moet worden uitgelegd.²⁴⁷

5.8.3 Omstandigheden die géén rechtstreeks economisch belang opleveren

Voor een rechtstreeks economisch belang acht het Hof *onvoldoende* dat de aanbestedende dienst ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ uitoefent.²⁴⁸ Daarmee doelt het Hof op het gebruik in de lidstaten dat voor de uitvoering van bouwwerken van ten minste een bepaalde omvang, een voorafgaande vergunning van de bevoegde overheid is vereist. Volgens het Hof toetst de overheid dan of de bouwwerken stroken met het algemeen belang, zoals de stedenbouwkundige

246 Zaaknummer 2007/4721. Zie ook de persberichten van de Europese Commissie IP/10/1233 van 30 september 2010 en IP/11/600 van 19 mei 2011. Het met redenen omkleed advies dateert van 1 oktober 2010. De inbreukprocedure is uiteindelijk stopgezet. De achtergrond van deze procedure was als volgt. De gemeente Ede had met een ontwikkelaar een aantal overeenkomsten gesloten ten behoeve van de realisatie van het project ‘Het Nieuwe Landgoed’. Het project omvatte een centrum met commerciële en sociale functies, waaronder een sporthal, parkeerplaatsen, 60 sociale woningen en 588 overige woningen. De overeenkomsten zagen ook op de verkoop van grond door de gemeente aan de ontwikkelaar. De Commissie startte medio 2008 een inbreukprocedure omdat ten onrechte geen aanbestedingsprocedure zou zijn gevolgd.

247 De Commissie vraagt in het met redenen omkleed advies ook om meer informatie met betrekking tot verschillende subsidies die de gemeente zou ontvangen. Wellicht dat zij uit die informatie een rechtstreeks economisch belang dacht te kunnen afleiden.

248 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 58. De vergunning maakt enkel deel uit van het kader van wet- en regelgeving waarbinnen hij naar eigen inzicht en op eigen initiatief werken mag uitvoeren, zodat niet voor de hand ligt dat sprake is van een overheidsopdracht. Zie in die zin ook de conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 53.

ontwikkeling of coherentie van een wijk. De enkele uitoefening van dergelijke bevoegdheden is niet gericht op het ontvangen van een contractuele prestatie en evenmin op het vervullen van een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst.²⁴⁹ Om die reden leidt deze uitoefening niet ertoe dat de werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd. Deze conclusie van het Hof in *Müller* is overigens weinig verrassend, met name als bedacht wordt dat in het voorliggende geval geen overeenkomst bestond tussen de gemeente (als bevoegde overheid) en degene die voornemens was werken te gaan uitvoeren (GSSI). Hun relatie was daarmee beperkt tot het vergunningstraject, dat wordt beheerst door het algemeen belang en niet door het economisch belang van de gemeente.

De omstandigheid dat de werken voldoen aan het algemeen belang is aldus onvoldoende om een rechtstreeks economisch belang op te leveren. Het daarvoor vereiste economische belang moet kennelijk bestaan voor de aanbestedende dienst in zijn hoedanigheid als opdrachtgever en niet anderszins. Wat tot die hoedanigheid behoort en wat tot bijvoorbeeld de hoedanigheid als vergunningverlener in het algemeen belang, kan worden bepaald door te beoordelen of de werken in kwestie ook een economische waarde zouden opleveren voor de opdrachtgever als deze geen aanbestedende dienst maar een marktpartij was geweest. Is dat niet het geval, omdat de waarde zich vertaalt in algemeen belang, dan is aannemelijk dat een rechtstreeks economisch belang afwezig is. Deze toets kan ook worden gebruikt om te bepalen of het economische belang in een bepaald geval al dan niet ‘rechtstreeks’ is. Levert het uitvoeren van de werken namelijk economische waarde op voor de aanbestedende dienst via een andere hoedanigheid dan die van opdrachtgever (bijvoorbeeld als instantie die de gemeentelijke belastingen int), dan is aannemelijk dat diens economische belang niet rechtstreeks is. Zouden de werken daarentegen ook een economische waarde vertegenwoordigen voor een private opdrachtgever, dan moet het rechtstreeks economisch belang aanwezig worden geacht.

In lijn daarmee is van de volgende omstandigheden in de literatuur terecht aangenomen dat deze als zodanig *geen* rechtstreeks economisch belang opleveren, dan wel is daarvan ten onrechte aangenomen dat zij wel een dergelijk belang opleveren:

249 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 57. De formulering in de Nederlandse taalversie is wat onduidelijk; de oorspronkelijke, Duitse versie luidt: “Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung des allgemeinen Interesses ist weder auf den Erhalt einer vertraglichen Leistung noch auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers gerichtet, wie es Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 vorgibt.”

- het vooruitzicht op extra belastinginkomsten als gevolg van gerealiseerde opstallen;²⁵⁰
- het stellen van een bouwplicht;²⁵¹
- het opnemen van een boete in geval gebruik wordt gemaakt van een terugleverplicht in plaats van een bouwplicht;²⁵²
- economische neveneffecten, zoals het revitaliseren van de betreffende wijk;²⁵³
- het stellen van eisen die verder gaan de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid;²⁵⁴
- de omstandigheid dat de aanbestedende dienst het initiatief heeft genomen.²⁵⁵

Opgemerkt wordt dat ook subsidieverlening in beginsel niet zal leiden tot een rechtstreeks economisch belang, ook als die subsidieverlening gepaard gaat met een uitvoeringsovereenkomst. De enkele betaling van een som geld (oftewel: de subsidie) onder de voorwaarde dat de subsidieontvanger de werken uitvoert conform de bij de subsidie gestelde randvoorwaarden, betekent immers nog niet dat de subsidieverlener bij die uitvoering ook een belang heeft, zoals hier bedoeld. Dit wordt uiteraard anders als de subsidieverlener de beschikking zou krijgen over (een deel van) de gesubsidieerde werken, of daarbij economische voor- of nadelen kan realiseren.

5.8.4 Verhouding tot element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’

Evenals voor de verplichting tot het uitvoeren van werken, geldt voor het rechtstreeks economisch belang dat de definitie van een overheidsopdracht voor wer-

250 Dergelijke inkomsten worden geacht onvoldoende rechtstreeks te zijn. Zie 't Hart & Albers 2010. Zie ook Kuypers & Simon 2010.

251 Het opleggen van een verplichting om over te gaan tot de bouw, geeft de aanbestedende dienst geen vorm van beschikking over het gerealiseerde werk en leidt ook niet tot financiële voor- of nadelen dan wel risico's. Anders: Fokkema 2010b. Volgens Fokkema is zeker denkbaar dat het Hof vanwege een overeengekomen bouwplicht zal concluderen tot de aanname van een rechtstreeks economisch belang.

252 Zie voor de terugleverplicht de paragraaf over het criterium ‘verplichting tot het uitvoeren van werken’. Een dergelijke boete zou derhalve alleen worden geïncasseerd en derhalve een economisch voordeel voor de aanbestedende dienst opleveren als *niet* tot realisatie zou worden overgegaan. Zie ook Fokkema die eerst meende dat alsdan sprake zou zijn van een rechtstreeks economisch belang, maar daar later op lijkt te zijn teruggekomen; zie resp. Fokkema 2010a en Fokkema 2011. Overigens dient er volgens de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 “dan alleen wel voor te worden gemaakt dat in de grondprijsvaststelling bij teruglevering niet impliciet een boete wordt betaald.” (p. 74). Een toelichting daarop ontbreekt. Voor zover bedoeld zou zijn dat alsdan een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst ontstaat, geldt daarvoor het voorgaande.

253 Vergelijk *Auroux/Roanne*. Zie Kuypers & Simon 2010.

254 Dit betreft een afzonderlijk element. Anders: Fokkema 2011.

255 Zie paragraaf 5.2 waarin is aangegeven dat initiatief geen relevant element is. Anders: Fokkema 2011.

ken in de Aanbestedingsrichtlijn hier niets over zegt. Ook hier heeft het Hof dit element dus moeten inlezen in de bestaande definitie. Het Hof doet dit door te stellen dat de prestatie van de aannemer, die hij moet vervullen op grond van de overeenkomst onder bezwarende titel, “wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang [moet] inhouden”.²⁵⁶ In het latere *Commissie/Duitsland*-arrest vat het Hof dit kort samen door te overwegen dat de “voorwaarde dat het moet gaan om een overeenkomst onder bezwarende titel [impliceert], dat dient te worden nagegaan of de betrokken overeenkomsten een rechtstreeks economisch belang hebben” voor de aanbestedende dienst.²⁵⁷

Uit deze overwegingen van het Hof wordt duidelijk dat de elementen ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ en ‘rechtstreeks economisch belang’ nauw met elkaar samenhangen. Maar wat is hun verhouding tot elkaar?

Gedacht zou kunnen worden dat het Hof met het criterium ‘rechtstreeks economisch belang’ heeft willen preciseren wat wordt bedoeld met ‘onder bezwarende titel’, zoals door sommigen lijkt te worden bepleit.²⁵⁸ In dat geval zou het ‘rechtstreeks economisch belang’ in de plaats komen van het element ‘onder bezwarende titel’ en zou aan dat laatste geen zelfstandige betekenis meer toekomen. Het gevolg daarvan zou echter zijn dat een overeenkomst voor de uitvoering van werken die weliswaar in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst zijn, maar waarvoor de aanbestedende dienst geen op geld waardeerbare tegenprestatie levert aan de aannemer, niettemin zou kwalificeren als overheidsopdracht.

Dit zou zich kunnen voordoen als de aanbestedende dienst de beschikking krijgt over de door de aannemer uitgevoerde werken, zonder dat de aanbestedende dienst daarvoor een op geld waardeerbare tegenprestatie levert. Met andere woorden, als de aannemer om niet werken uitvoert voor de aanbestedende dienst. Vanuit het oogpunt van een gezonde bedrijfsvoering van de aannemer is dat praktisch gezien niet waarschijnlijk, maar dat doet niet af aan het feit dat deze mogelijkheid bestaat. Zou een overeenkomst die dergelijke afspraken bevat kwalificeren als overheidsopdracht voor werken, dan wordt volledig voorbijgegaan aan het hierboven besproken vereiste dat de opdracht voor rekening van de aanbestedende dienst moet zijn en deze voor de werken een op geld waardeerbare tegenprestatie moet leveren.²⁵⁹ Gelet hierop, moet worden geconcludeerd dat het element ‘rechtstreeks economisch belang’ (in ieder geval) niet is bedoeld ter vervanging van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’.

256 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 49.

257 HvJ EU 15 juli 2010, zaak C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 75.

258 Zie bijvoorbeeld Parlevliet 2012 en Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 73.

259 Zie paragraaf 5.6.

De vervolgvraag is dan of de aanwezigheid van een op geld waardeerbare tegenprestatie en daarmee een bezwarende titel, automatisch leidt tot aanwezigheid van het element ‘rechtstreeks economisch belang’. Het antwoord daarop kan niet positief zijn, aangezien het ontwikkelen van dat laatste element door het Hof dan geen toegevoegde waarde zou hebben ten opzichte van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. De enige toets zou dan immers behoeven te zijn of sprake is van een op geld waardeerbare tegenprestatie. Dit neemt evenwel niet weg dat in sommige gevallen een op geld waardeerbare tegenprestatie kan leiden tot een rechtstreeks economisch belang. Eerder bleek dat al het geval te zijn als de aanbestedende dienst risico’s overneemt van de aannemer. Deze koppeling tussen beide elementen bestaat echter niet zonder meer.

Een rechtstreeks economisch belang leidt dus niet automatisch tot een overeenkomst onder bezwarende titel en vice versa. Toch bestaat tussen beide elementen wel een bepaald verband. Een overeenkomst onder bezwarende titel betekent namelijk dat een uitruil van prestaties plaatsvindt tussen de aanbestedende dienst en de aannemer, waarbij ieder van die prestaties een economische waarde vertegenwoordigt voor de andere partij. In de woorden van advocaat-generaal Mengozzi is dit het voor de hand liggend wederzijds bindende karakter van een overheidsopdracht.²⁶⁰ Een overheidsopdracht voor werken bestaat aldus uit een prestatie van de aannemer, die een economische waarde vertegenwoordigt voor de aanbestedende dienst, én uit een tegenprestatie van de aanbestedende dienst, die een economische waarde vertegenwoordigt voor beide partijen. Het eerste is wat hier wordt bedoeld met het element ‘rechtstreeks economisch belang’; het tweede wordt aangeduid met het eerder beschreven element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. In die zin zijn beide elementen dus twee zijden van dezelfde medaille.

Het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ wordt hier aldus beperkt tot de op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst. Dit zou ook de ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ in enge zin kunnen worden genoemd. Zoals hierboven namelijk bleek, impliceert dit element het wederzijds bindende karakter van de overeenkomst en daarmee eveneens de elementen ‘verplichting tot het uitvoeren van werken’ en ‘rechtstreeks economisch belang’. De ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ als verzameling van de op geld waardeerbare tegenprestatie, de bouwplicht en het rechtstreeks economisch belang kan dan worden gezien als de ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ in ruime zin. Om verwarring te voorkomen wordt hier het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ enkel in de eerste, enge betekenis gebruikt.

5.8.5 Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (20..)

Bij de eerdere bespreking van de ontwikkeling van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ kwam al kort aan bod dat het rechtstreeks economisch

260 Zie paragraaf 5.6.

belang aan de orde is geweest in het recente moderniseringstraject van de Aanbestedingsrichtlijn.²⁶¹ In het Groenboek van januari 2011 vroeg de Commissie of het criterium ‘rechtstreeks economisch belang’ wettelijk moet worden verankerd of bijkomende/alternatieve voorwaarden moeten worden ingevoerd.²⁶² Een meerderheid van de respondenten was voor een beperking van de Aanbestedingsrichtlijn tot daadwerkelijke aankopen door aanbestedende diensten. In mindere mate werd kennelijk het idee gesteund om het criterium ‘rechtstreeks economisch belang’ te codificeren, waarbij door een aantal respondenten gewaarschuwd werd voor de moeilijkheden om dat criterium te definiëren en toe te passen.

Uit het Commissievoorstel blijkt niet expliciet of de Commissie in eigen woorden dit criterium heeft willen opschrijven, of juist heeft gekozen voor een afwijkend criterium. In haar voorstel is de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn beperkt tot ‘aanbesteding’, hetgeen voor opdrachten voor werken inhoudt: “de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken (...) door een of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken (...) een openbare bestemming hebben of niet”. In de considerans is opgenomen dat onder verkrijging “in ruimere zin het verkrijgen van de baten van de betrokken werken (...) [moet] worden verstaan, zonder dat de eigendom noodzakelijkerwijs hoeft te worden overgedragen aan de aanbestedende diensten”. De Commissie heeft later in een non-paper evenwel expliciet verduidelijkt dat zij met de verwijzing naar “de aankoop of de verkrijging in een andere vorm” het element ‘rechtstreeks economisch belang’ uit *Müller* heeft gecodificeerd.²⁶³ Hoewel de Commissie in haar voorstel heeft gekozen voor een andere formulering dan het Hof, moet op grond hiervan worden aangenomen dat zij inhoudelijk niets anders beoogt dan de huidige stand van het recht op dit punt te codificeren. Op dit punt is het Commissievoorstel tot dusver niet gewijzigd.²⁶⁴ Wel is in de considerans nog toegevoegd dat met bovenstaande omschrijving van ‘aanbesteding’ (in ieder geval) niet bedoeld is het toepassingsgebied van de richtlijn uit te breiden ten opzichte van de huidige Aanbestedingsrichtlijn.²⁶⁵

261 Zie over het moderniseringstraject verder paragraaf 3.1.8 en 5.1.3.1.

262 Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’ d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def.

263 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012, p. 3.

264 De meest recente versie van het richtlijnvoorstel betreft *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn)*, 14971/12, 19 oktober 2012.

265 Toegevoegd sinds het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012, overweging 3.

5.8.6 Tussenconclusie rechtstreeks economisch belang

Voor een overheidsopdracht voor werken is vereist dat de werken die de aanne-mer uitvoert, in het ‘rechtstreeks economisch belang’ van de aanbestedende dienst zijn. Dit element richt zich dus op de prestatie van de aannemer en is daarmee in zekere zin het spiegelbeeld van het hiervoor besproken element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ dat betrekking heeft op de tegenprestatie van de aanbestedende dienst. Een rechtstreeks economisch belang leidt niet automatisch tot een overeenkomst onder bezwarende titel en vice versa. In het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is dit belang gecodificeerd in het vereiste dat een overheidsopdracht betrekking heeft op de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken.

Van een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst is sprake als deze de beschikking krijgt over het gerealiseerde werk, bijvoorbeeld door eigendom of huur. Voldoende is waarschijnlijk ook als de aanbestedende dienst langs een andere weg beschikking kan waarborgen, bijvoorbeeld door een recht om de huurders in de te realiseren woningbouw te benoemen, alsof de aanbestedende dienst zelf eigenaar en verhuurder van die woningen wordt. De economische waarde kan ook bestaan uit economische voor- of nadelen voor de aanbestedende dienst die mogelijk zullen optreden in samenhang met het gebruik en de overdracht van het werk. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het vooruitzicht op (hogere of lagere) inkomsten afhankelijk van de prijs waarvoor de aannemer de gerealiseerde werken verkoopt aan derden. Aannemelijk is dat een rechtstreeks economisch belang ook kan voortvloeien uit de omstandigheid dat de overeenkomst in kwestie de aanbestedende dienst in staat stelt te voldoen aan een op hem rustende verplichting; deze situatie zal zich naar verwachting in de praktijk evenwel niet snel voordoen bij gronduitgifte.

De omstandigheid dat de werken voldoen aan het algemeen belang is daarentegen onvoldoende om een rechtstreeks economisch belang op te leveren. Als onderscheidend criterium kan worden aangelegd of de werken een economische waarde opleveren voor de aanbestedende dienst in diens hoedanigheid als opdrachtgever. Wat tot die hoedanigheid behoort en wat tot bijvoorbeeld de hoedanigheid als vergunningverlener in het algemeen belang, kan worden bepaald door te beoordelen of de werken in kwestie ook een economische waarde zouden opleveren voor de opdrachtgever als deze geen aanbestedende dienst, maar een marktpartij was geweest. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de waarde zich vertaalt in algemeen belang of terechtkomt bij de aanbestedende dienst via een andere hoedanigheid dan die van opdrachtgever (bijvoorbeeld als instantie die de gemeentelijke belastingen int), dan is aannemelijk dat een rechtstreeks economisch belang afwezig is. Zouden de werken daarentegen ook een economische waarde vertegenwoordigen voor een private opdrachtgever, dan moet het rechtstreeks economisch belang aanwezig worden geacht.

5.9 UITVOEREN VAN WERKEN

Het laatste element van een overheidsopdracht voor werken betreft het uitvoeren van werken. Dit kwam hierboven al kort aan de orde, aangezien een overheidsopdracht voor werken inhoudt dat de aannemer verplicht is bepaalde werken uit te voeren (zie paragraaf 5.7) die in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst zijn (zie paragraaf 5.8), in ruil waarvoor de aannemer van de aanbestedende dienst een op geld waardeerbare tegenprestatie ontvangt (zie paragraaf 5.6).

In deze paragraaf wordt uiteengezet wat dit ‘uitvoeren van werken’ inhoudt en in welke omstandigheden dit element aanwezig is. Leidend hierbij is de definitie van overheidsopdrachten voor werken uit de Aanbestedingsrichtlijn, waarin is bepaald dat deze betrekking hebben op:

“(...) hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage I vermelde werkzaamheden of van een werk, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.”

Op grond hiervan kan behalve het uitvoeren van werken ook het ontwerp van die werken onder de definitie van een overheidsopdracht voor werken vallen (paragraaf 5.9.1). Verder omvat het uitvoeren van werken twee typen werkzaamheden: *i*) het uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 (paragraaf 5.9.2) en *ii*) het uitvoeren van een ‘werk’ of *iii*) het laten uitvoeren van een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst (paragraaf 5.9.3). Bij de behandeling van deze typen werkzaamheden zal blijken dat een nadere analyse nodig is van de bedoelde ‘eisen’ (paragraaf 5.9.4) en van de omvang van een ‘werk’ (paragraaf 5.9.5).

5.9.1 Ontwerp en uitvoering

Sinds de Wijzigingsrichtlijn Werken heeft de Richtlijn Werken niet alleen betrekking op het uitvoeren van werken, maar ook op het ontwerp van die werken, mits dat onderdeel uitmaakt van dezelfde opdracht.²⁶⁶ Een aanbestedende dienst is vrij om ervoor te kiezen ontwerp en uitvoering als afzonderlijke opdrachten vorm te geven, in welk geval het ontwerp niet kwalificeert als overheidsopdracht voor werken.²⁶⁷ Combineert de aanbestedende het ontwerp en de uitvoering van

266 Zie paragraaf 5.1.2.2.

267 Zie overweging 9 bij de Aanbestedingsrichtlijn: “Gezien de verscheidenheid aan overheidsopdrachten voor werken, moet de aanbestedende dienst kunnen kiezen tussen gescheiden en gemeenschappelijke gunning van opdrachten voor de uitvoering en het ontwerp van werken.” Tijdens het overleg van de Raadswerkgroep Economische Vraagstukken (Vestiging en Diensten) op 5 en 6 februari 1987 over het Commissievoorstel voor de Wijzigingsrichtlijn Werken, lichtte de Commissie toe dat het niet de bedoeling was om “adviseurs-, studie- of conceptiecontracten” als zodanig onder de definitie van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te bren-

werken, dan moet het geheel als één overheidsopdracht voor werken worden beschouwd en dient de geraamde waarde van dat geheel te worden vergeleken met de drempelwaarde. Aangezien dit onderzoek zich echter richt op de uitvoering van werken, wordt de combinatie met het ontwerp daarvan hier verder buiten beschouwing gelaten.

5.9.2 Werkzaamheden uit bijlage 1

Een overheidsopdracht voor werken kan ten eerste betrekking hebben op de werkzaamheden die zijn genoemd in bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn. Dezelfde bijlage is ook als bijlage 1 bij het Bao opgenomen en bevat de werkzaamheden uit afdeling 40 van de NACE-nomenclatuur. Deze systematiek van verwijzing naar een dergelijke indeling stamt reeds uit de Richtlijn Werken, waarin het toepassingsgebied in de definitieve richtlijn werd beperkt tot de werkzaamheden en de daarbij behorende bedrijven uit klasse 40 van de NICE.²⁶⁸

Het gaat om opdrachten die een aanbestedende dienst verleent aan een aannemer voor het verrichten van losse werkzaamheden zoals grondverzet en elektrotechnische werkzaamheden. Hoewel dat niet in de aanbestedingswetgeving is vermeld, impliceert dit type werkzaamheden dat de aannemer deze uitvoert conform de eisen van de aanbestedende dienst. Het is immers moeilijk voor te stellen dat de aanbestedende dienst de aannemer volledig vrij zou laten in het uitvoeren van de werkzaamheden. Daarnaast is de omvang van het ‘werk’ waar de werkzaamheden betrekking op hebben, bepalend voor de vraag of de geraamde waarde van verschillende opdrachten voor werkzaamheden bij elkaar opgeteld moet worden; dit zal blijken uit de analyse van de omvang van een ‘werk’ hieronder.²⁶⁹

5.9.3 Een ‘werk’ overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst

Ten tweede kan een overheidsopdracht voor werken betrekking hebben op de uitvoering van een ‘werk’. Het onderscheid tussen deze categorie en het uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 is door de Commissie als volgt beschreven:²⁷⁰

“[Overheidsopdrachten] hebben betrekking op werkzaamheden in het kader van de uitvoering van bouw- en wegenbouwkundige werken, als specifieke prestatie (bij voorbeeld: u laat een bestaand gebouw waterdicht maken of isoleren) of als een geheel van prestaties die leiden tot de totstandbrenging van een ‘werk’, waaronder wordt verstaan een produkt met een economische of technische functie.”

gen; dit was alleen het geval indien het ontwerp (de ‘conceptie’) is gekoppeld aan de uitvoering van de werken.

268 Zie paragraaf 5.1.1.2.

269 Zie paragraaf 5.9.5.

270 Europese Commissie, Overheidsopdrachten en communautaire financiering, 1991, p. 47 e.v.

Met andere woorden, als de werkzaamheden ertoe leiden dat een groter geheel tot stand wordt gebracht (namelijk het ‘werk’), is sprake van dit tweede type werkzaamheden waarop een overheidsopdracht voor werken betrekking kan hebben. Voorbeelden van een ‘werk’ zijn een gebouw of een kunstwerk zoals een brug,²⁷¹ maar ook een straatverlichtings- of elektriciteitsnet.²⁷²

5.9.3.1 ‘Uitvoeren van een werk’ vs. ‘laten uitvoeren met welke middelen dan ook...’

In de Wijzigingsrichtlijn Werken is de reikwijdte van de overheidsopdracht voor werken uitgebreid tot zowel het ‘uitvoeren van een werk’ als ‘het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’.²⁷³ De gedachte daarachter was met name dat in het eerste geval de wederpartij van de aanbestedende dienst zelf de werkzaamheden uitvoert en in het tweede geval de wederpartij (doorgaans een projectontwikkelaar) daartoe een derde inschakelt.²⁷⁴ Ook is alleen in het tweede geval opgenomen dat het werk aan de eisen van de aanbestedende dienst moet voldoen, hetgeen bij sommigen tot het vermoeden leidde dat in het eerste geval dergelijke eisen niet relevant zijn.²⁷⁵ Het onderscheid tussen beide is inmiddels echter nagenoeg verdwenen. Twee ontwikkelingen in de jurisprudentie hebben daartoe geleid.

Ten eerste heeft het Hof ervoor gezorgd dat het begrip ‘aannemer’ zodanig ruim moet worden uitgelegd dat het daarbij niet uitmaakt of de aannemer de werken zelf uitvoert of laat uitvoeren door een derde.²⁷⁶ Het Hof achtte daarbij kennelijk niet relevant of sprake was van het ‘uitvoeren van een werk’ dan wel van het ‘laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk’ conform de eisen van de aanbestedende dienst. Als gevolg hiervan kan bijvoorbeeld een overeenkomst tussen een gemeente en een projectontwikkelaar voor de bouw van een parkeergarage worden beschouwd als overheidsopdracht voor het uitvoeren van een werk (en niet alleen als het laten uitvoeren van een werk), ook al zal de projectontwikkelaar voor de daadwerkelijke uitvoering een aannemer inschakelen.

271 Zie ook Arrowsmith 2005, p. 301. Zie ook Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997, p. 9, waar de Commissie als voorbeelden van een ‘werk’ noemt een ziekenhuis, een schouwburg en een brug.

272 Zie HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*).

273 Zie paragraaf 5.1.2.2.

274 Dit blijkt ook duidelijk uit de definitie van overheidsopdrachten voor werken in de Duitse taalversie, waarin deze betrekking moeten hebben op “Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c) oder die Erbringung einer Bauleistung *durch Dritte*, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen [cursivering PH]”. Zie hierover ook de conclusie van de A-G van 15 juni 2006 bij zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 31 en 52 en HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 37-38.

275 Zie bijvoorbeeld *Boot & Wuijster* 2008a.

276 Zie paragraaf 5.4.

Ten tweede heeft het Hof in het arrest *KölnMesse* het volgende gesteld ten aanzien van de kwalificatie van een overeenkomst als overheidsopdracht voor werken:²⁷⁷

“Voorts zij erop gewezen dat de definitie van het begrip ‘overheidsopdracht voor de uitvoering van werken’ in artikel 1, sub a, van [de Consolidatierichtlijn Werken] (...) alle verrichtingen omvat waarbij een overeenkomst onder bezwarende titel – ongeacht de formele kwalificatie daarvan – wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een aannemer, die betrekking heeft op de uitvoering door deze aannemer van een ‘werk’ in de zin van artikel 1, sub c, van deze richtlijn. *Fundamenteel in dit verband is dat het werk conform de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen wordt uitgevoerd, terwijl niet van belang is welke middelen daarvoor worden gebruikt.*”

Hieruit volgt dat voor een overheidsopdracht voor werken die betrekking heeft op de uitvoering van een ‘werk’ (in plaats van op werkzaamheden uit bijlage 1) altijd vereist is dat het werk conform de eisen van de aanbestedende dienst wordt uitgevoerd. Met andere woorden, hoewel de ‘eisen’ enkel als voorwaarde zijn opgenomen in het derde deel van de definitie van een overheidsopdracht voor werken (‘het laten uitvoeren etc.’), geldt deze voorwaarde eveneens onverkort voor het tweede deel van die definitie (‘uitvoering van een werk’).

Het resultaat van deze twee ontwikkelingen is dat zowel bij het ‘uitvoeren van een werk’ als bij het ‘laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet’ niet relevant is of de wederpartij van de aanbestedende dienst de werken zelf uitvoert of daarvoor een derde inschakelt, alsook dat in beide gevallen vereist is dat het ‘werk’ voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst.

Wat beide onderdelen dan nog onderscheidt, is de toevoeging ‘met welke middelen dan ook’. De strekking van deze toevoeging is destijds met name geweest om duidelijk te maken dat een overheidsopdracht voor werken op meer betrekking kan hebben dan alleen het eigenlijke bouwen, zoals op daarmee samenhangende financiële aspecten (bijvoorbeeld het beheer van de investeringen),²⁷⁸ alsook de

277 HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*), r.o. 55 (cursivering PH). Zie over dit arrest ook Davey 2010. Het arrest is het gevolg van een inbreukprocedure uit 2005 (zaaknummer 2005/4955); zie de persberichten van de Europese Commissie IP/06/1375 en IP/07/917 van resp. 12 oktober 2006 en 27 juni 2007. De gemeente Keulen had met GKM-GbR, een particuliere investeringsmaatschappij, een huurovereenkomst gesloten voor vier expositiehallen (te exploiteren door KölnMesse). GKM-GbR zou deze hallen (laten) realiseren conform de specifieke eisen van de gemeente. In ruil daarvoor zou de gemeente gedurende de looptijd van de huurovereenkomst (30 jaar) een maandelijks huur betalen.

278 Zie het citaat in paragraaf 5.1.2.2 hierboven naar aanleiding van de bespreking door de raads werkgroep van het Commissievoorstel voor de Wijzigingsrichtlijn Werken op 5 en 6 februari 1987.

organisatie en directie van de werken.²⁷⁹ Gelet hierop, leidt de toevoeging ‘met welke middelen dan ook’ niet zozeer tussen een onderscheid tussen beide onderdelen, maar is veeleer een verduidelijking dat ook meeromvattende overeenkomsten een overheidsopdracht voor werken kunnen vormen.

Uit het voorgaande volgt dat het onnodig is om een strikt onderscheid te maken tussen het ‘uitvoeren van een werk’ en ‘laten uitvoeren met welke middelen dan ook etc.’. Waar het om gaat, is dat de overeenkomst betrekking heeft op de uitvoering van een ‘werk’ dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst. Het maakt daarbij niet uit of de overeenkomst enkel betrekking heeft op het eigenlijke uitvoeren van de werken, dan wel dat deze ook andere daarmee samenhangende activiteiten omvat, zoals directievoering en financiering. Om deze reden zal vanaf nu als subelement van het uitvoeren van werken enkel worden opgenomen het uitvoeren van ‘een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst’.²⁸⁰

In lijn met deze conclusie valt het toe te juichen dat de Commissie in haar groenboek uit 2011 opmerkte dat het misschien noodzakelijk zou kunnen zijn om de huidige definitie van een overheidsopdracht voor werken aan te passen en te vereenvoudigen, aangezien de drie onderdelen van die definitie complex zijn en elkaar deels overlappen.²⁸¹ Vermoedelijk is vanwege de weinig positieve respons op deze opmerking de Commissie uiteindelijk toch niet overgegaan tot het opnemen van een gewijzigde definitie in haar voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Wel is in de Nederlandse vertaling het ‘laten uitvoeren’ gewijzigd in het ‘verwezenlijken’, maar dat is geen inhoudelijke wijziging.²⁸²

Om te kunnen bepalen in welke gevallen sprake is van een overheidsopdracht die betrekking heeft op de uitvoering van een ‘werk’, is dan ook relevant wanneer een werk geacht wordt te voldoen aan de ‘eisen van de aanbestedende dienst’. Daarnaast is voor de omvang van die overheidsopdracht doorslaggevend wat de omvang van het ‘werk’ is, hetgeen zich vertaalt in de geraamde waarde die moet worden vergeleken met de drempelwaarde. Op beide aspecten wordt in het onderstaande daarom dieper ingegaan.

5.9.4 Eisen van de aanbestedende dienst

Nadat het Hof in *Auroux/Roanne* had geoordeeld dat ook voor de commerciële onderdelen van de multifunctionele accommodatie in kwestie een aanbestedingsplicht gold, lag in de publicaties vanuit de Nederlandse overheid de nadruk op de aanwezigheid van eisen van de aanbestedende dienst. De gedachte daarbij was dat als geen sprake zou zijn van dergelijke eisen, om die reden reeds geen sprake

279 Zie de toelichting op het Commissievoorstel Wijzigingsrichtlijn Werken d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def., zoals besproken in paragraaf 5.1.2.2.

280 Zie het rijtje met cumulatieve elementen in paragraaf 5.2.

281 Zie paragraaf 5.1.3.1.

282 In de Engelse taalversie is dit namelijk gelijk gebleven.

kon zijn van een overheidsopdracht en derhalve geen discussie meer nodig was over het meer ingewikkelde element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. In dat kader werden als de hier bedoelde aanbestedingsrechtelijke eisen aangemerkt “gemeentelijke eisen aan vastgoed die verder reiken dan de gemeentelijke publieke taak ten aanzien van gebiedsontwikkeling”,²⁸³ eisen die verder gaan dan de “gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid” van de aanbestedende dienst²⁸⁴ en “eisen [van overheden] die verder reiken dan hun publiekrechtelijke mogelijkheden om ten aanzien van vastgoed regulerend op te treden”.²⁸⁵

Duidelijkheid over het karakter van deze eisen kwam (eveneens) in het *Müller*-arrest, waarin het Hof overwoog:²⁸⁶

283 Ministerie van VROM, VNG en NEPROM, Selectie marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling, 15 januari 2008, kenmerk 2008.016. Zie voor een vergelijkbare opvatting Boot & Ubink 2005. Volgens die auteurs zal geen sprake zijn van een aanbestedingsplicht zolang de realiserende partij slechts de door de gemeente vast te stellen publiekrechtelijke randvoorwaarden in acht moet nemen. Zie ook Heemskerck & Peeters 2007; zij verwijzen in dit verband ook naar Moolhuizen & Brackmann 2002 en Kenniscentrum PPS, Europese aanbesteding bij PPS bij gebiedsontwikkeling.

284 Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), ICER Rapport Auroux, oktober 2008, bijlage bij brief van de minister van BZK van 11 oktober 2008, kenmerk 2008-0000483938. Zie ook de Kamervragen met betrekking tot het *Auroux/Roanne*-arrest en het ICER-rapport, *Aanhangsel Handelingen II* 2006/07, nr. 862 en *Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 1353. Het kabinet heeft op 26 september 2008 ingestemd met verzending van het rapport, zo valt te lezen in *Kamerstukken II* 2008/09, 27 581, nr. 36, p. 2. 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. Het moet dan wel gaan om wettelijke regels die voor alle uit te voeren werken van toepassing zijn en niet om een bepaald bouwwerk toegesneden regels. Het rapport noemt als voorbeelden onder meer de wettelijke voorschriften op basis van de Wet ruimtelijke ordening en de Woningwet. De eisen die uit die regelgeving voortvloeien zijn “van toepassing op alle werken die door welke partij dan ook worden uitgevoerd.” Zie ook het volgende antwoord van de minister van (destijds) VROM: “De zeggenschap van de gemeenteraad neemt in die zin af dat, als de gemeente niet kiest voor Europese aanbesteding en voor een 1:1 contracteren van marktpartijen over gebiedsontwikkeling, geen aanvullende eisen gesteld kunnen worden bovenop het publiekrechtelijk kader. Publieke en private onderdelen van het plan worden hierdoor meer gescheiden. Dit betekent dat de gemeenteraad daarover dan minder zeggenschap heeft. Het is immers op afstand gezet.” (*Kamerstukken II* 2009/10, 27 581, nr. 37, p. 22).

285 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 74.

286 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 67. Deze overweging lijkt overigens aan te sluiten bij (het eerder verschenen) Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 125. Deze auteurs stellen zich op het standpunt dat als een gemeente voorschrijft dat er een bioscoop of hotel moet worden gerealiseerd, (nog) geen sprake is van aanbestedingsrechtelijke eisen. Dat is anders als de gemeente meer of minder gedetailleerd de indeling of het uitvoeringsniveau van het bouwwerk zou voorschrijven.

“Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.”

Deze overweging is gecodificeerd in het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn.²⁸⁷ Daarin is namelijk opgenomen dat een overheidsopdracht voor werken betrekking kan hebben op:²⁸⁸

“het verwezenlijken met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst *die een beslissende invloed uitoefent op het soort of het ontwerp van het werk;*”.

Sinds het Tweede Compromisvoorstel is in de considerans bovendien opgenomen dat voor het stellen van eisen nodig is dat de aanbestedende dienst in kwestie “must have taken measures to define the type of the work or, at the very least, have had a decisive influence on its design”.²⁸⁹

De maatstaf is aldus of de aanbestedende dienst ten minste een ‘beslissende invloed’ uitoefent op het ontwerp van het werk. Dit zal uiteraard het geval zijn als de aanbestedende dienst het ontwerp voorschrijft. Maar ook een samenstel van afzonderlijke eisen aan het werk kan ertoe leiden dat de aannemer uiteindelijk betrekkelijk weinig vrijheid heeft in het ontwerp en de aanbestedende dienst aldus geacht moet worden een beslissende invloed daarop uit te oefenen. Een harde lijn lijkt hierin niet goed te kunnen worden getrokken, zodat per geval moet worden beoordeeld of de eisen in kwestie er samen toe leiden dat de aanbestedende dienst in feite een beslissende invloed heeft op het ontwerp van het werk.

Uit bovenstaande overweging van het Hof en de daaropvolgende voorgestelde codificatie daarvan volgt dat het moet gaan om eisen aan het ‘uiterlijk’ van het

287 In de toelichting is daarover opgenomen: “De definities van een aantal kernbegrippen waarmee het toepassingsgebied van de richtlijn wordt omschreven (zoals publiek-rechtelijke instelling, overheidsopdrachten voor werken en diensten, gemengde opdrachten), zijn herzien in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie.” Zie ook Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012, p. 7: “(...) hypothesis (c) has been clarified in the light of the ECJ judgment in Case C- 451/08 *Helmut Müller GmbH*, paragraph 67.”

288 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, COM(2011) 896 def. (cursive-ring PH). In de Nederlandse vertaling is letterlijk opgenomen dat het moet gaan om de invloed op “het soort en het ontwerp van het werk”. Uit de Engelse taalversie is echter sprake van “the type or design of the work”. Ook in latere versies van het richtlijnvoorstel staat “or” en niet “and”. Op dit punt moet de Nederlandse vertaling dus onjuist worden geacht.

289 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn)*, 14418/12, 2 oktober 2012, overweging 4b.

werk. Met andere woorden, de aanbestedende dienst moet een beslissende invloed uitoefenen op hoe het werk eruit komt te zien. Dit brengt mee dat eisen die enkel het gebruik van het werk betreffen, niet als dergelijke eisen zijn te beschouwen. Voorbeelden daarvan zijn beperkingen van de doelgroep waaraan de aannemer de werken mag verkopen of verhuren (bijvoorbeeld bij woningen alleen aan jongeren tussen de 18 en 25 jaar), beperkingen aan het soort activiteit dat binnen de werken mag plaatsvinden (bijvoorbeeld bij winkelruimte alleen kledingverkoop in het hogere segment) en beperkingen om speculatie tegen te gaan (bijvoorbeeld een verbod om een woning binnen vijf jaar na oplevering te verkopen). Dergelijke eisen aan het gebruik kunnen overigens wel bijdragen aan het rechtstreeks economisch belang dat de aanbestedende dienst bij die werken heeft.²⁹⁰

Van het stellen van bovenstaande ‘aanbestedingsrechtelijke’ eisen is volgens het Hof in *Müller* geen sprake indien “een overheidsdienst een aantal hem voorgedelede bouwplannen onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw”.²⁹¹ Hiermee lijkt het Hof met name te doelen op het onderzoek en de goedkeuring door de aanbestedende dienst in het kader van bouwvergunning, waarbij getoetst wordt aan het algemeen belang.²⁹² Verder hadden de Commissie, Nederland en Frankrijk in dit kader een onderscheid gemaakt tussen een actieve en een passieve rol van het openbaar bestuur.²⁹³ In het eerste geval (actieve rol) oefent de overheid een beslissende invloed uit, terwijl in het tweede geval (passieve rol) de overheid zich beperkt tot het goedkeuren van particuliere projecten en het houden van toezicht daarop. Bij een zuiver passieve rol zou dan geen sprake zijn van een overheidsopdracht. Hoewel het Hof deze ‘rolverdeling’ als zodanig niet noemt, lijkt het – door onder meer het gebruik van de term ‘beslissende invloed’ – mee te gaan in deze redenering.²⁹⁴ Gelet hierop, zullen ruim geformuleerde publiekrechtelijke randvoorwaarden die gebruikt worden als toetsingskader in beginsel geen aanbestedingsrechtelijke eisen vormen.²⁹⁵

290 Zie daarover paragraaf 5.8.2.2.

291 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 68-69.

292 Vergelijk het vrijwel identieke woordgebruik door het Hof in het kader van het rechtstreeks economisch belang; zie HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 56-57. Zo ook de A-G in zijn conclusie van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 71-72. Zie verder paragraaf 5.8 hierboven voor het element ‘rechtstreeks economisch belang’.

293 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 67.

294 Dit is ook in lijn met de Belgische Raad van State die oordeelde dat een goedkeuringvereiste nog niet behoef te leiden tot aanbestedingsrechtelijke eisen. Zie Van Garste 2007, p. 354; D’Hooghe 2009, p. 204-205.

295 Welke eisen langs de publiekrechtelijke weg kunnen worden gesteld, valt overigens buiten de kaders van dit onderzoek. Zie daarover Hoekstra & Van der Veen 2008; Fokkema & Hijmans 2008; A. de Snoo, J.C. Ellerman en J.W.A. Meesters, *Drieluik grondexploitatie: overeenkomsten, exploitatieplannen en aanbestedingsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Hierbij moeten evenwel twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste is van belang te realiseren dat de *oorsprong* van een eis (publiekrechtelijk of contractueel) als zodanig niet bepalend is voor het onderhavige element.²⁹⁶ Bepalend is het *effect* van die eis, in het licht van bovenstaande overweging van het Hof. Dit was ook het standpunt van de Commissie in de inbreukprocedure die zij tegen Nederland was gestart met betrekking tot het project ‘Het Nieuwe Landgoed’ te Ede.²⁹⁷ In het met redenen omkleed advies verwoordt de Commissie dit als volgt:²⁹⁸

“De Commissie wijst erop dat noch in de Richtlijn, noch in de jurisprudentie van het Hof van Justitie aanwijzingen te vinden zijn dat door een aanbestedende dienst vastgestelde eisen die op het publiek recht gebaseerd zijn of eruit voortvloeien geen eisen kunnen zijn in de zin van de richtlijn, noch dat bestemmingsplannen noodzakelijkerwijs buiten de werkingssfeer van de EU-regels inzake overheidsopdrachten vallen.”

Ten tweede kan een – op het eerste gezicht – passieve rol, vanwege het effect daarvan, materieel gelijk zijn aan het actief stellen van eisen. Teneinde het nuttig effect van de Aanbestedingsrichtlijn te waarborgen zou een dergelijke overeenkomst alsnog binnen de werkingssfeer daarvan kunnen vallen. Dit zou het geval moeten zijn als het kader waaraan wordt getoetst zeer gedetailleerde eisen bevat die alleen gelden voor het betreffende werk.²⁹⁹ Ook kan daarvan sprake zijn als de aanbestedende dienst een ruime discretionaire goedkeuringsbevoegdheid heeft en deze goedkeuring feitelijk alleen wenst te verlenen als het te realiseren werk

296 Dit lijkt wel de gedachte van de voorzieningenrechter te zijn in Vzr. Rb. Groningen 10 juni 2011, *LJN BQ8211 (Motagne/Winsum)*, r.o. 4.5 en 4.8. Zie ook Ubink 2007. Hij gaat overigens nog verder door te stellen dat in de regel sprake is van aanbestedingsrechtelijke eisen als een werk moet worden gerealiseerd “dat moet voldoen aan de eisen en randvoorwaarden uit een bestemmingsplan.” Ook hier geldt dat de oorsprong van de eisen echter niet doorslaggevend kan zijn, enkel het effect van die eisen.

297 Zaaknummer 2007/4721. Zie ook de persberichten van de Europese Commissie IP/10/1233 van 30 september 2010 en IP/11/600 van 19 mei 2011. De inbreukprocedure is uiteindelijk stopgezet.

298 Met redenen omkleed advies van 1 oktober 2010.

299 Zie in die zin ook Meesters, die een voorbeeld geeft van strenge eisen die weliswaar langs publiekrechtelijke weg kunnen worden opgelegd, maar toch sterk doen denken aan een opdracht; zie Meesters 2011, p. 125-126. Zie verder Straatman & Hebly 2005; zij geven aan dat het langs de publiekrechtelijke weg van het exploitatieplan stellen van gedetailleerde eisen het bepaald lastig maakt om nog te betogen dat geen sprake is van een werk dat aan de door de gemeente vastgestelde eisen voldoet. Zo ook Van Nouhuys & Straatman 2008. Anders: Luteijn 2007; hij meent – naar (in ieder geval) achteraf is gebleken, ten onrechte – dat de mate van detaillering van door de overheid gestelde randvoorwaarden niet relevant is, althans dat eigenlijk niet zou mogen zijn, omdat men dan in een volstrekt arbitraire discussie terechtkomt ten aanzien van de vraag welke mate van gedetailleerdheid uiteindelijk wel of niet doorslaggevend is.

voldoet aan bepaalde specifieke eisen die op zichzelf kwalificeren als aanbestedingsrechtelijke eisen in bovenstaande zin.³⁰⁰

Verder geldt dat publiekrechtelijke randvoorwaarden een geheel ander karakter krijgen wanneer zij – parallel of voorafgaand aan het publiekrechtelijke kader – contractueel worden vastgelegd. De Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 lijkt vrij eenvoudig over dit onderscheid heen te stappen,³⁰¹ maar heeft daarop – terecht – kritiek gekregen in de literatuur.³⁰² De rol van de aanbestedende dienst verschuift dan immers van passief (goedkeuren en toezicht houden) naar actief (vooraf invloed uitoefenen op hetgeen gerealiseerd zal worden); de aanbestedende dienst kan de eisen dan rechtstreeks afdwingen. Bovendien verandert dan het karakter van de eisen zelf. Ten eerste bestaat bij publiekrechtelijke randvoorwaarden de mogelijkheid om aanpassing of afwijking van het vigerende planologische regime te verzoeken; dit is bij contractuele eisen doorgaans niet het geval. Ten tweede geeft het publiekrechtelijke kader slechts de *maximaal* toelaatbare bebouwingmogelijkheden weer, terwijl een contractuele eis doorgaans ‘hard’ is en niet (slechts) een maximum vormt. Uiteraard zal het uiteindelijk afhangen van de gekozen formulering van de eisen, maar de kans dat zij ‘eisen van de aanbestedende dienst’ vormen, neemt wel toe door ze contractueel vast te leggen in plaats van (enkel) publiekrechtelijk.

5.9.5 Omvang van een ‘werk’

In hoofdstuk 3 bleek al dat de omvang van het ‘werk’ van belang is om te bepalen van welke activiteiten de gezamenlijke geraamde waarde moet worden berekend en vervolgens moet worden vergeleken met de drempelwaarde.³⁰³ Het uitgangspunt daarbij is de overeenkomst zoals die is vormgegeven door de aanbestedende dienst. Dit is echter niet het geval als de opdracht voor de uitvoering van één werk is verdeeld over verschillende overeenkomsten. In dat geval moeten deze geacht worden samen één overheidsopdracht voor werken te vormen, die is onderverdeeld in verschillende zogenoemde percelen (dat wil zeggen: in afzonderlijke overeenkomsten). Een eenvoudig voorbeeld hiervan is als een gemeente een gemeentehuis laat bouwen en daartoe verschillende overeenkomsten sluit voor de bouwkundige, elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden. Het bouwen van het gemeentehuis vormt als zodanig een ‘werk’, zodat de geraamde waarde van de drie onderdelen bij elkaar moet worden opgeteld en het totaal met

300 Zie in dat kader ook Heemskerk, Leyendeckers & Braat 2009. Zij stellen dat in de praktijk gemeenten dikwijls sturend betrokken zijn van de totstandkoming van een bestemmingsplan of projectbesluit, door enkel medewerking te verlenen als een marktpartij voldoet aan de eisen of wensen van de gemeenten, zonder dat deze sturing kan worden gerechtvaardigd op grond van de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de betreffende gemeente.

301 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 75-76. Zo ook Bregman 2010.

302 't Hart & Albers 2010; Meesters 2011, p. 127-128.

303 Zie paragraaf 3.3.3.

de drempelwaarde moet worden vergeleken. Dit was ook het standpunt van de Commissie in een brochure uit 1991; zij gaf daarin aan dat een ‘werk’ bijvoorbeeld alle werkzaamheden omvat die moeten worden verricht voor de nieuwbouw van een gebouw, zoals de ruwbouw, de installatietechnische werkzaamheden en de afwerking.³⁰⁴ Daarvoor is niet relevant of deze werkzaamheden in verschillende percelen of fasen zijn verdeeld.

Daarnaast is de omvang van een ‘werk’ doorslaggevend bij de vraag of de geraamde waarde van meerdere opdrachten voor werkzaamheden uit bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn en het Bao bij elkaar moet worden opgeteld. Dat is namelijk het geval voor zover deze werkzaamheden als onderdeel van één werk moeten worden beschouwd. Met andere woorden: de geraamde waarde van werkzaamheden die betrekking hebben op hetzelfde werk moet bij elkaar worden opgeteld, ook al is dat werk als zodanig geen voorwerp van de opdracht. Dit vloeit niet expliciet voort uit de aanbestedingswetgeving, maar kan worden afgeleid uit het *Vendée*-arrest.³⁰⁵ In dat arrest ging het om de vraag of de geraamde waarde van verschillende opdrachten voor uitbreidings- en onderhoudswerkzaamheden aan bestaande elektriciteits- en straatverlichtingsnetten bij elkaar moest worden opgeteld of afzonderlijk mochten worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde; in dat laatste geval zou de drempelwaarde niet worden overschreden.³⁰⁶ De Commissie was van mening dat alles bij elkaar moest worden opgeteld en was om die reden een inbreukprocedure gestart. Volgens de Franse regering was het begrip ‘werk’ in dit kader niet relevant, omdat de betreffende opdrachten strekken tot het uitvoeren van werkzaamheden zoals bedoeld in de bijlage bij de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn en niet tot uitvoering van een ‘werk’. De ‘werken’ in kwestie waren namelijk de bestaande elektriciteits- en straatverlichtingsnetten waaraan werkzaamheden moesten worden verricht. Het Hof wees dit argument af door te stellen dat deze redenering betrekking heeft op de “voorwaarden waaronder de richtlijn van toepassing is” op overheidsopdrachten voor werken en niet op “de voorwaarden waaronder opdrachten voor uitvoering van werken in de zin van deze bepaling als onderdeel van één werk moeten worden beschouwd bij de beoordeling, of de drempelwaarde voor toepassing van de richtlijn (...) is bereikt”.³⁰⁷ Juist dit laatste was hier relevant omdat volgens de Commissie sprake was van een kunstmatige splitsing.

Het ligt overigens voor de hand dat dezelfde aggregatie van overeenkomsten die betrekking hebben op de uitvoering van (werkzaamheden aan) één werk geldt

304 Europese Commissie, *Overheidsopdrachten en communautaire financiering*, 1991. Zie ook Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997, p. 9, waaruit blijkt dat volgens haar “dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen” betekent dat het werk volledig is afgewerkt en is voorzien van alle installaties.

305 HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*).

306 Zie de conclusie van de A-G van 24 februari 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), para. 11.

307 HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 33.

voor de beoordeling of een onderdrempelige opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

5.9.5.1 Vaststellen van de omvang van een ‘werk’: de Vendée-test

De omvang van een ‘werk’ kan objectief worden vastgesteld; de keuzes van een aanbestedende dienst spelen daarbij geen rol.³⁰⁸ Zoals gezegd, maakt het voor de omvang van het werk niet uit of een aanbestedende dienst de opdracht voor de uitvoering daarvan verdeelt over meerdere overeenkomsten. De maatstaf bij het objectief vaststellen van de omvang van een werk is beschreven in de definitie daarvan, die sinds het gemeenschappelijk standpunt van de Raad over de Wijzigingsrichtlijn Werken inhoudelijk niet meer is gewijzigd. De huidige definitie uit de Aanbestedingsrichtlijn luidt:

“Een ‘werk’ is het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

In eerdere versies van die definitie was er nog voor gekozen om een ‘werk’ te definiëren als een product van werken in hun geheel “dat als zodanig volstaat om voor de gebruiker een economische en technische functie te vervullen”.³⁰⁹ Uit deze wijziging in de definitie moet worden geconcludeerd dat thans de *bestemming* van het werk vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst bepalend is en niet de functie die het werk voor de gebruiker vervult. Ook is voldoende als het product van werken een economische *of* technische functie vervult en is samenloop van beide niet vereist. Verder heeft ook de zinsnede ‘het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken’ een aantal eerdere varianten gekend. De Raad koost uiteindelijk bij de Wijzigingsrichtlijn Werken voor ‘het produkt van bouw- dan wel wegebouwkundige werken in hun geheel’.³¹⁰ Dit lijkt wellicht iets te verschillen met de huidige formulering in de Aanbestedingsrichtlijn, maar uit andere taalversies blijkt dat geen wijziging is beoogd maar dat het verschil slechts een kwestie van vertaling is.³¹¹

308 Zie de conclusie van de A-G van 24 februari 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), para. 36-37. Zie verder Brown 2012.

309 Zie bijvoorbeeld het voorstel van de Commissie d.d. 23 december 1986, COM(86) 679 def.

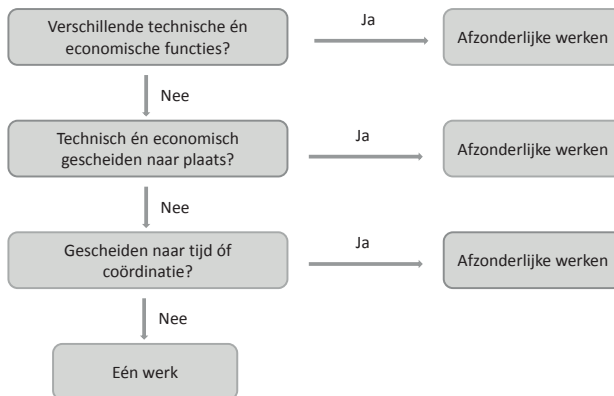
310 Deze formulering is voor het eerst terug te vinden in het verslag van de werkzaamheden van de Raadswerkgroep Economische Vraagstukken (Vestiging en Diensten) op 7, 8, 16 en 17 juni 1988; zie toezending van teksten, document 7368/88 (MAP 15). De Commissie koos daarvoor en daarna evenwel voor andere formuleringen, te weten in het Commissievoorstel ‘een gebouw dan wel een water- of wegebouwkundig werk’ en in het gewijzigde Commissievoorstel ‘het produkt van bouw- dan wel weg- en waterbouwkundige werken in hun geheel’.

311 In het Frans luidt deze zinsnede in zowel de Wijzigingsrichtlijn Werken als de Aanbestedingsrichtlijn: ‘le résultat d’un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil’. Ook in het Duits is deze zinsnede in beide richtlijnen identiek.

De omvang van een ‘werk’ hangt aldus af van de technische en economische functie die het geheel van werkzaamheden in kwestie bestemd is te vervullen. Dit zal betrekkelijk eenvoudig zijn te bepalen in een situatie waarin het de nieuwbouw van een duidelijk geografisch afgebakend bouwwerk betreft, zoals een gebouw of een brug. Het ‘werk’ bestaat dan uit alle werkzaamheden die benodigd zijn, zodat het bouwwerk zijn functie kan vervullen.³¹²

Als de werkzaamheden daarentegen niet zo duidelijk zijn afgebakend in plaats en tijd, wordt de beoordeling van de omvang van het ‘werk’ een stuk lastiger. Voor die gevallen wordt hieronder de Vendée-test geformuleerd; het betreft een beoordeling in maximaal drie stappen die is gebaseerd op het *Vendée*-arrest van het Hof.³¹³ Het gaat daarbij om de beoordeling *i)* of sprake is van een eenheid naar de aard van het werk, in welk geval een beoordeling volgt *ii)* of sprake is van een eenheid naar plaats en als dat eveneens het geval is, *iii)* of de werken een eenheid naar tijd en coördinatie vormen.

Grafisch ziet de Vendée-test er als volgt uit:



Figuur 2 Vendée-test

312 Zie in die zin ook Vzr. Rb. Arnhem 25 januari 2010, *LJN* BL2848 (*PI/Ede I*), waarin de voorzieningenrechter overwoog dat een parkeergarage slechts “als zodanig en als één technisch en economisch geheel [kan] functioneren als de coating op de vloer is aangebracht, de garage is voorzien van een slagboom, bewegwijzering, betaalautomaten, sprinklerinstallatie etc.. Alleen dan kan de parkeergarage haar functie vervullen.” Zie verder de interpretatie van de Belgische wetgever, zoals blijkt uit D’Hooghe 2009, p. 203-204.

313 HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*). Zie Rb. Zutphen 13 juni 2007, *LJN* BA7956 voor een ander Nederlands geval waarin de omvang van een werk een rol speelde. In die uitspraak oordeelde de rechtbank dat het bouw- en woonrijp maken van een deel van een bedrijventerrein geen economische en technisch geheel vormde met de rest van dat bedrijventerrein. Als enige motivering gaf de rechtbank dat het onderscheid in beide delen ook bleek uit een onderzoeksrapport. Het blijft derhalve onduidelijk op grond waarvan in dat geval geen sprake was van één werk.

Alvorens verder wordt ingegaan op deze test, eerst een korte schets van de achtergrond van dit arrest. Het *Vendée*-arrest had betrekking op de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren (93/38/EEG) en niet voor klassieke sectoren (93/37/EEG). Voor de uitleg van de omvang van een ‘werk’ is dat evenwel irrelevant, aangezien beide richtlijnen – althans in het licht van het arrest – vrijwel gelijke definities van een ‘werk’ bevatten.³¹⁴ Zoals gezegd, ging het arrest over uitbreidings- en onderhoudswerkzaamheden die gedurende een periode van drie jaar aan de bestaande elektriciteits- en straatverlichtingsnetten in het departement Vendée moesten worden uitgevoerd.³¹⁵ De opdrachten voor deze werkzaamheden werden verleend door intergemeentelijke syndicaten binnen het departement. De opdrachten werden telkens per type netwerk en per intergemeentelijk syndicaat verleend. De Commissie meende dat de werkzaamheden onrechtmatig waren gesplitst zowel in technisch opzicht (per type netwerk) als in geografisch opzicht (per intergemeentelijk syndicaat).

Stap 1 – Eenheid naar de aard van het werk

Als sprake is van twee werken waarvan de technische noch de economische functies overeenkomen, dan is reeds duidelijk dat het afzonderlijke werken betreft gezien hun verschil in aard.

Voor de technische functie is bepalend voor welk doel het werk bestemd is, bijvoorbeeld voor het transporteren van elektriciteit (bij een elektriciteitsnet),³¹⁶ om ernstige verkeersproblemen op te lossen (bij een snelwegaansluiting),³¹⁷ of om onderdak te bieden aan kunstwerken (bij een museum).³¹⁸ Met de technische functie wordt derhalve niet bedoeld dat de werken al dan niet in technische zin op elkaar zijn aangesloten. Zo liet het feit dat in het *Vendée*-arrest beide werken (dat wil zeggen: de elektriciteits- respectievelijk straatverlichtingsnetten) op elkaar waren aangesloten, onverlet dat sprake was van afzonderlijke werken.³¹⁹ De technische verbondenheid speelt pas een rol bij het hierna te bespreken nadere onderscheid naar plaats van werken met dezelfde technische of economische functie.

314 Te weten resp. “het resultaat van een geheel van werkzaamheden van de bouwnijverheid of de water- en wegenbouw dat een zelfstandige economische functie zal moeten vervullen” (nutssectoren) en “het produkt van bouw – dan wel wegenbouwkundige werken in hun geheel dat er toe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.” (klassieke sectoren). Zie hierover ook Wedekind, die opmerkt dat het zelfs wel lijkt of het Hof de definities uit beide richtlijnen door elkaar heeft gehaald; Wedekind 2003.

315 Zie de conclusie van de A-G van 24 februari 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), para. 11.

316 Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*).

317 Zie HvJ EU 27 oktober 2005, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/ Italië*).

318 Europese Commissie, Overheidsopdrachten en communautaire financiering, 1991.

319 Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 53. Het straatverlichtingsnetwerk maakte gebruik van de door het elektriciteitsnetwerk aangeleverde stroom en was daarvan aldus in technisch opzicht afhankelijk.

Voor de economisch functie is bepalend wie de kosten voor het uitvoeren van het werk uiteindelijk betaalt en hoe deze kosten worden (door)berekend.³²⁰ Zo overwoog het Hof in het *Vendée*-arrest dat bij het straatverlichtingsnet de plaatselijke dienst (waarschijnlijk de gemeente) de kosten daarvan draagt, waarbij deze kosten vervolgens kunnen worden doorberekend aan de bewoners, zonder dat die kosten gerelateerd zijn aan het nut dat iedere bewoner van de straatverlichting heeft. Bij het elektriciteitsnet betaalt daarentegen de individuele eindgebruiker van de elektriciteit naar rato van zijn verbruik.³²¹ Dit verschil in economische functie leidde tot het oordeel van het Hof dat beide netten verschillende werken vormden. Voor de beoordeling van de economische functie is aldus relevant welk type personen of instanties de kosten dragen (bijvoorbeeld ‘de individuele eindgebruiker’) en niet of dit per type een of meer personen of instanties zijn (bijvoorbeeld 1 of 100 eindgebruikers). Dit wordt onderstreept door de conclusie van het Hof dat het elektriciteitsnetwerk als geheel een economische functie vervult, ondanks dat een grote hoeveelheid afzonderlijke gebruikers binnen het departement daarvoor betaalt.³²² Uit het met redenen omkleed advies in de inbreukprocedure ‘Het Nieuwe Landgoed’ uit 2010 blijkt dat ook de Commissie van mening is dat niet relevant is of een of meer personen de financiële lasten dragen.³²³

Stap 2 – Eenheid naar plaats van werken van dezelfde aard

Als twee werken weliswaar dezelfde technische of economische functie hebben (en derhalve een eenheid naar aard vormen), kan alsnog sprake zijn van verschillende werken. Dat is het geval als de werken *naar plaats* gescheiden zijn (met andere woorden, als sprake is van een geografische scheiding). Daarvoor is vereist dat de werken op verschillende locaties *i)* in technisch opzicht niet noodzakelij-

320 Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 52-53. In HvJ EG 27 oktober 2005, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*) oordeelde het Hof dat sprake was van één technische functie, als gevolg waarvan het Hof geen uitsluit-sel (meer) behoefde te geven over de vraag of tevens één economische functie werd vervuld. Het Hof merkte in dat kader nog op dat het feit dat de betreffende concessies als zodanig niet economisch rendabel waren, niet af aan de kwalificatie van het geheel van de onderhavige werkzaamheden als ‘werk’ in de zin van Richtlijn 93/37/EEG (r.o. 28).

321 Zie ook de conclusie van de A-G van 24 februari 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), para. 64.

322 HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 64, waarin het Hof stelt dat “(...) [de elektriciteitsnetten], als geheel bezien, eenzelfde economische en technische functie vervullen, namelijk het transport en de verkoop aan de verbruikers in het departement de Vendée van de elektrische energie die wordt geproduceerd en geleverd door Électricité de France.” Zo ook de A-G in para. 70 van zijn conclusie: “(...) deze onderling op elkaar aansluitbare netten [zijn] als geheel bestemd een enkele economische en technische functie te vervullen: vervoer en verkoop aan de verbruikers van de door EDF geproduceerde en geleverde elektriciteit.”

323 Zaaknummer 2007/4721.

kerwijs onderling afhankelijk zijn (technisch gescheiden naar plaats)³²⁴ én *ii*) de kosten van die werken per locatie door een ander worden betaald (economisch gescheiden naar plaats).

Een dergelijke scheiding naar plaats deed zich voor bij het straatverlichtingsnet in het *Vendée*-arrest. Volgens het Hof behoefde het straatverlichtingsnet niet als één werk op departementaal niveau te worden beschouwd, maar als verschillende werken, ieder op een plaatselijk niveau.³²⁵ Anders dan de elektriciteitsnetten zijn de straatverlichtingsnetten volgens het Hof namelijk in technisch opzicht niet noodzakelijkerwijs onderling afhankelijk, omdat zij tot de (plaatselijke) bebouwde zones beperkt kunnen zijn en een onderlinge verbinding niet nodig is. In economisch opzicht is het mogelijk dat ieder van de betrokken plaatselijke diensten de financiële lasten van de exploitatie van een dergelijk (onafhankelijk) net draagt. Dit leidde volgens het Hof tot de conclusie dat zelfs als alle plaatselijke straatverlichtingsnetten binnen het departement dezelfde economische en technische functie vervullen, deze niet op departementaal niveau één geheel vormen.³²⁶

Van een scheiding naar plaats is naar alle waarschijnlijkheid geen sprake als slechts sprake is van een technische *of* economische scheiding naar plaats.³²⁷ Indien de werken op basis van deze test naar plaats gescheiden blijken te zijn, vormen zij afzonderlijke ‘werken’ in de zin van de Aanbestedingsrichtlijn.

Stap 3 – Eenheid naar tijd en coördinatie van geografisch niet te scheiden werken van dezelfde aard

Is van een dergelijke scheiding naar plaats echter geen sprake, dan is relevant of de werken *naar tijd of coördinatie* gescheiden zijn of juist een eenheid vormen. Dit hangt af van de specifieke omstandigheden waarin de betreffende opdrachten worden verleend.

Aanwijzingen dat géén sprake is van een scheiding naar tijd en coördinatie zijn volgens het Hof in *Vendée*.³²⁸

324 Hoewel zij dat niet als zodanig benoemen, lijkt dit ook te verklaren waarom volgens Pijnacker c.s. niet noodzakelijk sprake is van één werk in geval van bouwwerken die vanuit economisch perspectief één geheel vormen, maar in functioneel opzicht niet, zoals een theater en een belendende parkeergarage. Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 85.

325 Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 69.

326 Zie HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 70.

327 De definitie in de Aanbestedingsrichtlijn heeft het immers over een economische *of* technische functie. Een aanwijzing dat beide vereist zijn voor een eenheid naar plaats, is daarentegen te vinden in het *Vendée*-arrest, waarin het Hof in r.o. 69 als volgt overweegt: “Gelet op deze factoren stond het aan de Commissie om aan te tonen dat de betrokken straatverlichtingsnetten, uit technisch *en* economisch oogpunt, in casu op departementaal niveau een eenheid vormden. [cursivering PH]”

328 HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 65. Zie ook de conclusie van de A-G van 24 februari 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), para. 71. Hij maakt een onder-

“de gelijktijdige uitschrijving van de litigieuze opdrachten, de onderlinge gelijkheid van de aanbestedingsberichten, het identieke geografisch kader waarbinnen die opdrachten zijn uitgeschreven en de coördinatie door [één instantie]”.

Het ging daarbij om de vraag op welk niveau het elektriciteitsnet als één werk moest worden beschouwd (dat wil zeggen: nationaal, departementaal, of plaatselijk). Het elektriciteitsnet in heel Frankrijk vervulde volgens het Hof dezelfde technische en economische functie en was ook in technisch en economisch opzicht niet te scheiden naar plaats (bijvoorbeeld per departement of per gemeente).³²⁹ De Franse regering had aangevoerd dat in die omstandigheden het gehele nationale elektriciteitsnet één werk zou vormen. De advocaat-generaal en het Hof gingen daar niet in mee, waarbij het Hof om de hierboven geciteerde redenen tot de conclusie kwam dat de werken op departementaal niveau moesten worden beschouwd. Deze redenen zijn deels gerelateerd aan de *tijd*: het Hof achtte immers van belang dat de opdracht gelijktijdig werden uitgeschreven. Daarnaast zijn deze redenen gerelateerd aan de *coördinatie*: mede omdat de betreffende opdrachten vanuit één instantie werden gecoördineerd (en andere opdrachten aan het elektriciteitsnet niet), vormden zij een geheel. Deze coördinatie door een instantie op departementaal niveau leidde ook ertoe dat de aankondigingen (‘aangebestedingsberichten’) onderlinge gelijkheid vertoonden en dat de opdrachten binnen hetzelfde geografische kader plaatsvonden.

Dat de coördinatie een onderscheidend kenmerk vormt bij werken die naar aard gelijk zijn en niet naar plaats kunnen worden gescheiden, ligt in zekere zin ook voor de hand. Als in bovenstaand voorbeeld van het Franse elektriciteitsnet namelijk enkel de tijd en niet de coördinatie relevant zou zijn, dan vormen opdrachten met betrekking tot dat netwerk die gelijktijdig maar in verschillende uithoeken van het land worden verleend, niettemin één werk. Dit zou om praktische redenen bijzonder onwenselijk en niet goed uitvoerbaar zijn.

De relevantie van de scheiding naar tijd betekent dat niet alle reeds verrichte en in de toekomst nog te verrichten werkzaamheden die worden gecoördineerd door één instantie (bijvoorbeeld een gemeente) behoeven te worden meegerekend om de omvang van een ‘werk’ te bepalen. Zo moet worden aangenomen dat sprake is van naar tijd gescheiden werken als daarbij een fasering is aangebracht vanwege belangrijke onzekerheden met betrekking tot die werken, waardoor het onder meer onzeker is of de opdrachten voor de opvolgende fasen ooit zullen worden verleend. Dit volgt uit een uitspraak van de voorzieningenrechter te Amsterdam over werkzaamheden ten behoeve van het openbaar gebied bij een Nederlandse

scheid naar eenheid van plaats, eenheid van tijd en eenheid van handeling.

329 Deze economische en technische functie bestond uit het transport en de verkoop aan de verbruikers in het departement de Vendée van de elektrische energie die wordt geproduceerd en geleverd door Électricité de France; HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 64.

gebiedsontwikkeling.³³⁰ De gemeente en haar wederpartij bij de gronduitgifte betoogden dat deze werkzaamheden naar aard en naar tijd gescheiden waren.³³¹ De voorzieningenrechter wilde niet weten van een onderscheid naar aard,³³² maar ging mee in de stelling dat de werkzaamheden naar tijd waren gescheiden. De gemeente en haar wederpartij hadden daartoe aangevoerd dat een fasering in zeven fasen was “aangebracht vanwege belangrijke onzekerheden met betrekking tot het verwervingstempo van de gronden, een sluitende grondexploitatie, de financieel-economische haalbaarheid en de planologische situatie”. Ook was volgens hen goed denkbaar dat na voltooiing van de eerste fase de overige fasen niet zouden worden uitgevoerd. Voor de voorzieningenrechter was daarmee voldoende aanneemelijk gemaakt dat de splitsing in fasen en plandelen niet louter was bedoeld om de aanbestedingsrichtlijnen te omzeilen.³³³ De vorderingen van de klager gericht tegen de voorgenomen ontwikkeling werden dan ook afgewezen.

Het voorgaande brengt mee dat als werken naar hun aard dezelfde technische of economische functie hebben en bovendien geografisch een eenheid vormen, sprake is van één ‘werk’ indien zij ook naar tijd én coördinatie een eenheid vormen. Zijn de werken evenwel naar tijd of coördinatie gescheiden, dan is sprake van afzonderlijke werken tot op het niveau waarop deze wel een eenheid naar tijd en coördinatie vormen.

330 Vzr. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, BR 2003/442 (*Cete/Aalsmeer*). Zie ook Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 68.

331 In beide gevallen zou de drempelwaarde niet worden overschreden, zodat geen Europese aanbestedingsplicht (meer) zou gelden. Zie voor een ander geval waarin deze vraag speelde Rb. Zutphen 13 juni 2007, *LJN* BA7956. In die uitspraak oordeelde de rechtbank dat het bouw- en woonrijp maken van een deel van een bedrijventerrein geen economische en technisch geheel vormde met de rest van dat bedrijventerrein. Als enige motivering gaf de rechtbank dat het onderscheid in beide delen ook bleek uit een onderzoeksrapport. Het blijft derhalve onduidelijk op grond waarvan in dat geval geen sprake was van één werk.

332 De gemeente en de ontwikkelingsmaatschappij voerden – onder verwijzing naar het *Vendée*-arrest – aan dat de werkzaamheden konden worden onderscheiden in ‘plans-structurele voorzieningen’, ‘bouwrijp maken’ en ‘woonrijp maken’. Het resultaat van ieder van deze werkzaamheden was volgens hen verschillend: respectievelijk een toegankelijk stuk maagdelijke grond, een stuk grond dat klaar is om bebouwd te worden en een gereed openbaar gebied. De voorzieningenrechter volgde dit betoog niet en overwoog daartoe dat al deze werken “toch in de eerste plaats tijdsfasen [zijn] waarbij het resultaat van de voorgaande fase slechts is bedoeld als basis voor de volgende.”

333 Voor een verdere inhoudelijke beoordeling was geen plaats in het kader van een kort geding en dienden partijen desgewenst een bodemprocedure te starten. Daarbij speelde ook een rol dat de gemeente en de ontwikkelingsmaatschappij ter zitting nog hadden aangegeven dat de werkzaamheden met betrekking tot de infrastructuur en het openbaar gebied door middel van een openbare procedure zouden worden aanbesteed.

5.9.5.2 *Irrelevante aspecten*

Het Hof oordeelde in *Vendée* dat voor de omvang van het werk niet relevant is of “er meerdere aanbestedende diensten zijn en de betrokken werken niet in hun geheel door een enkele onderneming kan worden uitgevoerd”.³³⁴ Daaruit moet worden afgeleid dat irrelevant is of voor verschillende onderdelen van het werk verschillende typen van aannemers moeten worden ingeschakeld.

In dat kader zij opgemerkt dat de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 stelt dat in gevallen waarin de gemeente opdrachtgever is voor zowel de grond- als opstalexplotatie, er niet altijd sprake hoeft te zijn van een economische of technische eenheid.³³⁵ Ter ondersteuning noemt de Reiswijzer dat beide door verschillende typen aannemers worden uitgevoerd. Deze omstandigheid als zodanig vormt zoals gezegd volgens het Hof echter géén relevante aanwijzing dat al dan niet sprake is van één werk en mag om die reden dus geen rol spelen bij een dergelijke beoordeling.

5.9.5.3 *Auroux/Roanne in lijn met de Vendée-test?*

Het hiervoor al vaker aangehaalde arrest *Auroux/Roanne* ging ook in op de omvang van een ‘werk’. Het Hof oordeelde namelijk dat de multifunctionele accommodatie als geheel moest worden aangemerkt als een ‘werk’.³³⁶ De accommodatie bestond echter uit verschillende onderdelen, zoals een bioscoop en een parkeerterrein. Dit zou erop kunnen wijzen dat deze onderdelen verschillende technische functies vervulden. Bovendien kon voor sommige onderdelen door derden worden betaald en voor andere niet, zodat deze onderdelen mogelijk niet alleen verschillende technische maar ook economische functies vervulden. Is dit oordeel van het Hof dan wel in lijn met de *Vendée*-test?

In het arrest zijn sterke aanwijzingen te vinden die ervoor pleiten dat het bouwwerk inderdaad één werk vormde. Zo diende de aannemer het gehele bouwwerk te realiseren op basis van één overeenkomst met de aanbestedende dienst en overeenkomstig diens eisen. Verder benadrukte het Hof dat de gemeente met het gehele bouwwerk één doel had, te weten “de stationswijk herpositioneren en een nieuwe dynamiek geven”. Op grond hiervan ligt het voor de hand om te concluderen dat het bouwwerk vanwege deze bestemming vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst, als geheel één technische functie vervult.³³⁷ Daarnaast was de gemeente vergaand financieel betrokken bij *alle* onderdelen van de accommodatie.³³⁸ De

334 Sic. HvJ EU 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*), r.o. 42.

335 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 66.

336 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 46.

337 In die zin ook de Belgische wetgever, die het bestaan van een gezamenlijk ontwerp ziet als een aanwijzing dat sprake is van één werk; zie hierover D’Hooghe 2009, p. 203-204.

338 Vergelijk Essers 2007; hij stelt dat voor het oordeel dat sprake was van één werk doorslaggevend was dat de gemeente aan het geheel financieel bijdroeg (en niet alleen aan

gemeente nam namelijk financieel deel in de ontwikkeling van de accommodatie als geheel en zou zo nodig ook onverkochte onderdelen overnemen. Dit duidt erop dat ook in economisch opzicht geen duidelijke scheiding bestond tussen de verschillende onderdelen. Gelet op deze aanwijzingen, moet de kwalificatie van de multifunctionele accommodatie als één ‘werk’ niet in strijd worden geacht met bovenstaande Vendée-test.

Het enige element uit het *Auroux/Roanne*-arrest dat zich daarmee niet lijkt te verdragen is de overweging van het Hof dat de accommodatie wordt “aangelegd met de bedoeling om er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen, zodat de overeenkomst moet worden geacht een economische functie te vervullen”.³³⁹ Dit is in strijd met het *Vendée*-arrest waarin de bedoeling met het werk volgens het Hof juist een rol speelt in het kader van de technische functie (en dus niet bij de economische functie). In de betreffende overweging in *Auroux/Roanne* verwijst het Hof naar het arrest *Commissie/Italië* uit 2005 dat ging over snelwegaansluitingen.³⁴⁰ In dat arrest oordeelde het Hof dat de werken in kwestie één technische functie vervulden, gelet op hun doel – en dus in overeenstemming met *Vendée*. Het Hof behoefde toen niet meer te beoordelen of de werken ook één economische functie vervulden.³⁴¹ Anders dan de verwijzing hiernaar in *Auroux/Roanne* doet vermoeden, kan dit arrest dus niet bovenstaande overweging van het Hof over de economische functie van de multifunctionele accommodatie dragen. Deze overweging gaat derhalve – zonder motivering – in tegen de eerdere jurisprudentie. Dit is des te opmerkelijker, omdat deze afwijking niet nodig was. Zoals gezegd, had het Hof immers ook langs de weg van de technische functie tot de conclusie kunnen komen dat de gehele multifunctionele accommodatie één ‘werk’ vormde. Gelet hierop, moet deze overweging van het Hof in *Auroux/Roanne* als onjuist worden beschouwd en had het Hof ervoor moeten kiezen om de woorden ‘economische functie’ te vervangen door ‘technische functie’.

Deze onjuiste overweging van het Hof is nadien evenwel een-op-een overgenomen door de Nederlandse voorzieningenrechter.³⁴² Ook de Commissie heeft zich

de publieke onderdelen) en bovendien aan het geheel eisen stelde.

339 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 41. Henty leidt uit deze overweging af dat het recreatiepark commerciële en dienstverlenende activiteiten *moest* huisvesten om zo te regeneratie van het gebied te ondersteunen; zie Henty 2007. In het Frans – de oorspronkelijke proces taal – luidt het arrest op dit punt: “*la réalisation du pôle de loisirs est destinée à l'accueil d'activités commerciales et de services*”. Het Franse ‘est destinée’ en het Nederlandse ‘met de bedoeling om’ kunnen echter niet zo ver worden uitgelegd dat daarmee een verplichting wordt bedoeld (en dus meer dan de enkele bestemming of bedoeling).

340 HvJ EG 27 oktober 2005, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 27-29.

341 Het Hof volstond met de constatering dat de concessiehouder een economische activiteit uitvoert en dat het niet rendabel zijn van de concessie als zodanig niet afdoet aan de kwalificatie als werk in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.

342 Vzr. Rb. Den Haag 24 september 2008, *LJN* BF4232 (*Noordwijk*).

op deze overweging beroepen. Dat was het geval in de inbreukprocedure tegen Nederland met betrekking tot het project ‘Het Nieuwe Landgoed’ te Ede.³⁴³ In het met redenen omkleed advies van 1 oktober 2010 stelt de Commissie dat “het project Het Nieuwe Landgoed gebouwd wordt met de bedoeling er commerciële en dienstverlenende activiteiten in onder te brengen en economische activiteiten in het gebied te stimuleren, zodat de werken moeten worden geacht een economische functie te vervullen”. Daarbij komt volgens de Commissie dat de gemeente “het project zelf als een geheel heeft behandeld, met gemeenschappelijke doelstellingen die door het volledige project moeten worden gerealiseerd, terwijl ze met één ontwikkelaar voor hetzelfde gebied in dezelfde gemeente verschillende met elkaar verbonden overeenkomsten heeft gesloten en dezelfde planning van toepassing is op alle werken, terwijl de gemeente voor de openbare infrastructuur, de sporthal en de 55 parkeerplaatsen betaalt”. Net als bij het *Auroux/Roanne*-arrest geldt dat deze argumentatie past binnen het kader van de beoordeling of sprake is van een *technische* functie, maar als onjuist moet worden beschouwd om een oordeel te kunnen vellen over de *economische* functie.

5.9.6 Tussenconclusie uitvoeren van werken

Voor een overheidsopdracht voor werken is vereist dat deze betrekking heeft op het uitvoeren van werken. Dit kan bestaan uit werkzaamheden uit bijlage 1 of uit het uitvoeren van een ‘werk’. In beide gevallen moeten de werkzaamheden c.q. moet het werk voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst. Bij de uitvoering van een ‘werk’ is dat het geval als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

In alle gevallen moet de geraamde waarde worden berekend van ten minste alle werkzaamheden die betrekking hebben op de uitvoering van (werkzaamheden aan) hetzelfde ‘werk’. De omvang van het werk wordt gevormd door het geheel aan werkzaamheden dat samen één technische of economische functie vervult. De technische functie houdt in voor welk doel het product van de werkzaamheden bestemd is; bij de economische functie gaat het erom wie de kosten voor het uitvoeren daarvan uiteindelijk betaalt en hoe die kosten worden (door)berekend. Werken die naar hun aard dezelfde technische en economische functie hebben, kunnen evenwel gescheiden zijn naar plaats of naar tijd en coördinatie, in welk geval zij alsnog afzonderlijke werken vormen. Hierboven is uiteengezet hoe met gebruik van de Vendée-test in die gevallen kan worden bepaald of sprake is van verschillende werken dan wel of de werken toch onderdeel uitmaken van één en hetzelfde ‘werk’ in de zin van de aanbestedingswetgeving.

343 Zaaknummer 2007/4721. Zie ook de persberichten van de Europese Commissie IP/10/1233 van 30 september 2010 en IP/11/600 van 19 mei 2011.

5.10 CONCLUSIE

Het doel van dit hoofdstuk was om duidelijk te krijgen wanneer een overeenkomst, zoals een gronduitgifteovereenkomst, moet worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken. Is dat namelijk het geval, dan verplicht het huidige recht expliciet tot het bieden van gelijke kansen, mits de waarde van die opdracht de drempelwaarde overschrijdt of de opdracht niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

De reikwijdte van de definitie van een overheidsopdracht voor werken is lange tijd verruimd door de Europese wetgever, het Hof en de Commissie. Hoewel een ruimere reikwijdte tot gevolg heeft dat in meer gevallen de overheid bij gronduitgifte verplicht is gelijke kansen te bieden op grond van de Aanbestedingsrichtlijn, is terecht vervolgens een tegenreactie ontstaan waarin is benadrukt dat daarbij niet uit het oog mag verloren welke elementen die richtlijn noemt als harde voorwaarden voor een overheidsopdracht voor werken. Deze elementen beperken de reikwijdte van de Aanbestedingsrichtlijn tot opdrachtverstrekking. Met andere woorden, de Aanbestedingsrichtlijn is enkel bedoeld om het bieden van gelijke kansen bij opdrachtverstrekking te regelen. Voor zover ook daarbuiten gelijke kansen zouden moeten worden geboden, dient te worden gezocht naar een ander middel dan het aanbestedingsrecht (zie daarover Deel B van dit onderzoek). Tegen die achtergrond is in het voorgaande vastgesteld welke elementen bepalend zijn voor de aanwezigheid van een overheidsopdracht voor werken.

Van een overheidsopdracht voor werken is sprake indien aan een aantal cumulatieve elementen is voldaan. Dat is het geval als:

- a) een aanbestedende dienst;
- b) en een aannemer;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst;

De door het Hof vereiste functionele benadering van het begrip overheidsopdracht voor werken verzet zich evenwel tegen een restrictieve benadering van deze cumulatieve elementen. Ten eerste kan het zijn dat verschillende, opeenvolgende overeenkomsten die ieder op zich niet voldoen aan alle elementen van een overheidsopdracht voor werken, als geheel moeten worden beoordeeld en als zodanig wél een overheidsopdracht voor werken vormen. Ten tweede kan de functionele benadering impliceren dat als een van bovenstaande elementen strikt genomen weliswaar ontbreekt, maar *de facto* daar toch sprake van is, dit element niettemin aanwezig moet worden geacht. Als in een bepaald geval dus op het eerste gezicht niet aan alle elementen is voldaan, zal alsnog moeten worden beoordeeld of sprake

is van een rechtmatige vormgeving van de overeenkomst als niet-overheidsopdracht dan wel van een onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingswetgeving.

Van bovenstaande elementen bleek met name verduidelijking nodig van de elementen onder d ('overeenkomst onder bezwarende titel'), f ('rechtstreeks economisch belang') en g ('uitvoeren van werken').

Gekozen is voor een enge benadering van het element 'overeenkomst onder bezwarende titel'. Dit element houdt daarmee in dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie moet leveren in ruil voor het uitvoeren van werken door de aannemer, waarbij deze tegenprestatie voor beide partijen een economische waarde vertegenwoordigt. Een dergelijke tegenprestatie kan vele vormen aannemen: niet alleen een rechtstreekse betaling in geld, maar ook indirecte betaling in geld, alsmede rechtstreekse en indirecte betaling in natura. Een bezwarende titel ontbreekt als geen separate tegenprestatie kan worden geïdentificeerd, bijvoorbeeld omdat – ook los van de uit te voeren werken – sprake is van een marktconforme gronduitgifte. Daarentegen leidt een lagere dan marktconforme opbrengst in beginsel tot een op geld waardeerbare tegenprestatie. Hetzelfde geldt als de opbrengst weliswaar marktconform is, maar de overheid kiest voor een wederpartij waarvan bekend is dat die een lagere grondprijs biedt dan een andere potentiële wederpartij.

Het spiegelbeeld hiervan is het element 'rechtstreeks economisch belang' dat betrekking heeft op de prestatie van de aannemer (in plaats van op de tegenprestatie van de aanbestedende dienst). De prestatie van de aannemer moet een economische waarde vertegenwoordigen voor de aanbestedende dienst. Een rechtstreeks economisch belang leidt niet zonder meer tot een overeenkomst onder bezwarende titel en vice versa. Het rechtstreeks economisch belang kan in ieder geval bestaan uit de beschikking die de aanbestedende dienst over de gerealiseerde werken verkrijgt, alsook uit economische voor- of nadelen voor de aanbestedende dienst die mogelijk zullen optreden in samenhang met het gebruik en de overdracht van het werk. Aannemelijk is dat een rechtstreeks economisch belang ook kan voortvloeien uit de omstandigheid dat de overeenkomst in kwestie de aanbestedende dienst in staat stelt te voldoen aan een op hem rustende verplichting; deze situatie zal zich naar verwachting in de praktijk evenwel niet snel voordoen bij gronduitgifte. In alle omstandigheden moet worden aangenomen dat alleen als de werken ook voor een private opdrachtgever een economische waarde zouden vertegenwoordigen, deze waarde voldoende is om een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst op te leveren.

Het element 'uitvoeren van werken' is aanwezig als de overeenkomst betrekking heeft op werkzaamheden uit bijlage 1 of op het uitvoeren van een 'werk'. In beide gevallen moeten de werkzaamheden c.q. moet het werk voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst. Bij de uitvoering van een 'werk' is dat het geval als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan

uit te oefenen. De geraamde waarde moet worden berekend van ten minste alle werkzaamheden die betrekking hebben op de uitvoering van (werkzaamheden aan) hetzelfde 'werk'. De omvang van het werk wordt gevormd door het geheel aan werkzaamheden dat samen één technische of economische functie vervult. De technische functie houdt in voor welk doel het product van de werkzaamheden bestemd is; bij de economische functie gaat het erom wie de kosten voor het uitvoeren daarvan uiteindelijk betaalt en hoe die kosten worden (door)berekend. Werken die naar hun aard dezelfde technische en economische functie hebben, kunnen evenwel gescheiden zijn naar plaats of naar tijd en coördinatie, in welk geval zij alsnog afzonderlijke werken vormen. Hierboven is uiteengezet hoe met gebruik van de geformuleerde Vendée-test in die gevallen kan worden bepaald of sprake is van verschillende werken dan wel of de werken toch onderdeel uitmaken van een en hetzelfde 'werk' in de zin van de aanbestedingswetgeving.

Aan de hand van het bovenstaande kan systematisch worden nagegaan of een gronduitgifteovereenkomst alle elementen bevat van een overheidsopdracht voor werken en zo ja, van welke werken de geraamde waarde gezamenlijk moet worden berekend. Zijn bij een gronduitgifteovereenkomst niet alle bovenstaande elementen aanwezig, dan vormt deze geen overheidsopdracht voor werken en is de overheid niet uit dien hoofde verplicht om gelijke kansen te bieden.

Hoofdstuk 6

Concessieovereenkomsten voor werken

In hoofdstukken 3 en 4 is gebleken dat behalve voor overheidsopdrachten ook voor concessieovereenkomsten voor werken een expliciete verplichting bestaat tot het bieden van gelijke kansen, mits de geraamde waarde boven de drempelwaarde uitkomt of de concessieovereenkomst niettemin duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Een concessieovereenkomst is in feite een overheidsopdracht waarbij de tegenprestatie van de aanbestedende dienst eruit bestaat dat de aannemer de gerealiseerde werken gedurende een bepaalde periode mag exploiteren en op die manier de door hem voor de uitvoering van de werken gemaakte kosten kan terugverdienen. Vanwege het (historische) verschil tussen de begrippen concessieovereenkomst en overheidsopdracht in de aanbestedingswetgeving, moeten beide als afzonderlijke soorten opdrachtverstrekking worden onderscheiden. Ten opzichte van de overheidsopdracht is de concessieovereenkomst voor werken in Nederland betrekkelijk onbekend; deze figuur wordt nauwelijks toegepast in de praktijk en heeft ook op maar weinig belangstelling in de literatuur kunnen rekenen. Het belang van de concessieovereenkomst voor werken is echter recentelijk sterk toegenomen omdat de Commissie in inbreukprocedures tegen het Verenigd Koninkrijk en Nederland stelde dat bij gronduitgifte sprake was een dergelijke concessieovereenkomst en deze ten onrechte niet Europees was aanbesteed.¹

Nu in het vorige hoofdstuk is uiteengezet wanneer een overeenkomst moet worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken, is in dit hoofdstuk de beurt aan de concessieovereenkomsten voor werken. De opzet is daarbij dezelfde als in het vorige hoofdstuk. Eerst wordt ingegaan op de ontwikkeling van de concessieovereenkomst voor werken. Die ontwikkeling begint bij het ontstaan van de definitie (paragraaf 6.1) en loopt dan via het onderscheid met de overheidsopdracht voor werken (paragraaf 6.2) naar het recente voorstel voor een afzonderlijke richtlijn voor concessies (paragraaf 6.3). Aan de hand daarvan kunnen de cumulatieve elementen van een concessieovereenkomst voor werken worden geformuleerd (paragraaf 6.4) en achtereenvolgens nader worden geanalyseerd (paragrafen 6.5-6.9). Dit leidt tot een conclusie waarin de belangrijkste resultaten van deze paragrafen worden samengevat (paragraaf 6.10).

De begrippen ‘concessie’ en ‘concessieovereenkomst’ worden veelal door elkaar heen gebruikt. Op zichzelf kunnen deze begrippen weliswaar van elkaar worden

1 Het betreft de inbreukprocedures Osbaldwick, Het Nieuwe Landgoed en Doornakkers.

onderscheiden,² maar in de hier relevante, specifieke aanbestedingsrechtelijke context bestaat dit verschil niet. Dit volgt uit de verschillende taalversies van de aanbestedingsrichtlijnen. In de Richtlijn Werken is in de Nederlandse, Franse, Duitse en Engelse taalversie sprake van een ‘concessieovereenkomst’. In de Wijzigingsrichtlijn Werken geldt dit nog alleen voor de Nederlandse taalversie; in de overige drie taalversies wordt enkel gesproken over een ‘concessie’. Dit verschil komt ook terug in de Aanbestedingsrichtlijn, maar is in het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn recht getrokken: ook in de Nederlandse taalversie wordt nu enkel nog het begrip ‘concessie’ gehanteerd. Teneinde aan te sluiten bij de terminologie uit de thans geldende Nederlandse taalversie, wordt hier enkel het begrip ‘concessieovereenkomst’ gebruikt.

6.1 HET ONTSTAAN VAN HET BEGRIP ‘CONCESSIEOVEREENKOMST VOOR WERKEN’

Concessieovereenkomsten voor werken zijn vanaf het begin in het Europese aanbestedingsrecht aanwezig. Net als bij overheidsopdrachten voor werken is de eerste vermelding te vinden in de Algemene Programma’s uit 1961. Die noemen namelijk als een van de beperkingen die lidstaten dienen op te heffen, beperkingen met betrekking tot de bevoegdheid “concessies (...), verleend door de Staat of andere publiekrechtelijke lichamen, te verkrijgen”.³ Hetzelfde geldt voor de daaropvolgende Liberalisatierichtlijn Werken uit 1971.⁴ In het oorspronkelijke Commissievoorstel voor die richtlijn is in de overwegingen opgenomen dat openbare werken niet alleen in eigen beheer en door middel van overheidsopdrachten, maar ook door middel van concessies kunnen worden uitgevoerd.⁵ De richtlijn moest derhalve ook betrekking hebben op de ‘concessies van openbare werken’, die een aanzienlijk gedeelte van deze werken omvatten.⁶ Een nadere omschrijving

-
- 2 Zie daarover onder meer Dankers-Hagenaars 2000. Naar Nederlands recht bestaan er ook concessies, al zijn voorbeelden daarvan schaars. Het bekendste voorbeeld is de concessie met betrekking tot het verrichten van openbaar personenvervoer op grond van de Wp2000. In het verleden werden op basis van de Mijnewet 1810 ook concessies verleend voor het ontginnen van delfstoffen; op basis van de huidige Mijnbouwwet gebeurt dat nu niet langer met concessies, maar met behulp van een winningsvergunning.
 - 3 Algemeen Programma Diensten, *PbEG* 15 januari 1962, p. 32 en Algemeen Programma Vestiging, *PbEG* 15 januari 1962, p. 36. De betreffende bepaling kwam (nog) niet voor in het Commissievoorstel voor het Algemeen Programma Vestiging, zie Commissievoorstel d.d. 22 maart 1960, “Programma General pour la suppression des restrictions a la liberté d’établissement”, document III/C/754/60 – F, in het bijzonder p. 4.
 - 4 Richtlijn 71/304/EEG.
 - 5 Eerste overweging Commissievoorstel, COM(1964) 57 def. Zie over de aandacht voor de concessie in deze richtlijn ook Van Garsse 2007, p. 618 e.v.
 - 6 Zou dat niet het geval zijn, dan zou “de draagwijdte van de richtlijn (...) ten zeerste (...) worden beperkt”. Deze overwegingen waren uitgewerkt in de bepaling dat de opheffing van bepaalde beperkingen geschiedt ten behoeve van onder meer aannemers, die handelen als contractant, co-contractant, of concessiehouder. Uit de toelichting, p. 19, blijkt dat de Commissie dit noodzakelijk achtte omdat de lidstaten steeds

of definitie van de dergelijke concessies ontbrak echter in het Commissievoorstel. In de definitieve richtlijn is enkel in de considerans nog een verwijzing naar concessies terug te vinden, maar wordt geen zicht gegeven op wat daaronder moet worden verstaan.⁷ Deze verduidelijking volgt voor het eerst in de Richtlijn Werken.

6.1.1 Richtlijn Werken (71/305/EEG)

In haar oorspronkelijke voorstel had de Commissie de volgende uitzondering opgenomen op de aanbestedingsverplichting voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken:⁸

“d) Het gebruiken van de aanbestedingsprocedures is verplicht, met uitzondering van het geval waarin de tegenprestatie van de uit te voeren werken niet bestaat in een prijs maar in het verlenen van het recht het werk tijdens een bepaalde periode te exploiteren, al dan niet vergezeld gaande van een prijs. In dat geval kan een aanbestedende dienst een concessie verlenen. (...)”⁹

meer geneigd zijn een aanzienlijk gedeelte van de openbare werken door middel van concessies te doen uitvoeren. Met deze bepaling werd volgens de Commissie uitvoering gegeven aan een bijzonder punt van titel III van de Algemene Programma's (zie hierboven). Daarnaast was opgenomen dat – voor wat betreft het in de richtlijn opgenomen quotumsysteem – als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken werden beschouwd: “de concessies die zijn verleend aan privaatrechtelijke personen voor de uitvoering van de in artikel 2, b, bedoelde werken, alsmede de contracten die zijn gesloten tussen deze concessiehouders en de aannemers”. Het Economisch en Sociaal Comité heeft vervolgens een uitbreiding van deze bepaling voorgesteld, waarmee deze bepaling op alle concessies van toepassing werd verklaard. Daarmee werden ook concessies die aan publiekrechtelijke rechtspersonen worden verleend aangemerkt als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken; zie het advies van 9 december 1964, *PbEG* 1965, p. 150. Na kritiek van het Europees Parlement op het quotumsysteem als zodanig, wordt onder meer deze bepaling geschrapt; zie *PbEG* 1965, p. 883.

- 7 De betreffende overweging luidt als volgt: “Overwegende dat de opdrachten voor de uitvoering van werken van klasse 40 van de C.I.T.I. kunnen worden gegund of uitgevoerd door organen waaraan concessies zijn verleend door de [overheid] (...); dat de richtlijn zich derhalve ook moet uitstrekken tot deze opdrachten, die een aanzienlijk volume uit te voeren werken vertegenwoordigen; dat de draagwijdte van de richtlijn anders sterk zou worden beperkt;”
- 8 Commissievoorstel, Voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 23 juli 1964, COM(64) 233 def., art. 1 lid 1 sub d.
- 9 Bovenstaande bepaling lijkt erop te wijzen dat een aanbestedende dienst enige vrijheid heeft om in dergelijke gevallen al dan niet te kiezen voor het verlenen van een concessie (hij *kan* immers een concessie verlenen). Het komt echter onwaarschijnlijk voor dat een dergelijke ruimte was beoogd. Een andere uitleg zou namelijk een derde soort opdracht in het leven roepen, anders dan de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en de concessie. Hiervoor is in het voorstel geen basis te vinden en dit zou ook op gespannen voet staan met het uitzonderingskarakter van deze bepaling. Zie over de (eventuele) keuzevrijheid ook de Franse en Duitse tekst van dit artikel

Volgens de Commissie vloeit een zekere beperking van de verlening van concessies voort uit de voorwaarde dat de wederprestatie bestaat in het recht tot exploitatie van het voorgenomen werk. Praktisch is de exploitatie slechts bij bepaalde soorten van werken mogelijk, aldus de Commissie.¹⁰ De coördinatie van de concessieverlening, zoals dat het geval is bij overheidsopdrachten, achtte de Commissie niet mogelijk, gezien de aard van de verhouding tussen de concessieverlener en houder.¹¹ Voor zover de concessiehouder niet kwalificeerde als aanbestedende dienst,¹² moest dan ook worden teruggevallen op het discriminatieverbod uit het EEG-Verdrag, zoals uitgewerkt in de Liberalisatierichtlijn Werken.

waarin is opgenomen dat de aanbestedende dienst kan terugvallen op het regime van concessieverlening. Dit benadrukt mijns inziens meer dat in die gevallen geen sprake is van een overheidsopdracht, maar van een concessie (waarvoor geen aanbestedingsverplichting geldt). In de Franse tekst wordt gesteld dat de aanbestedende dienst “peut avoir recours au régime de la concession”; op grond van de Duitse tekst “kann der öffentliche Auftraggeber auf das System der Konzessionserteilung zurückgreifen”. Zie over het uitzonderingskarakter van de bepaling (waaraan een ruime uitleg afbreuk zou doen) het Commissievoorstel, toelichting bij art. 1, p. 3: “Onder deze omstandigheden moet de richtlijn tot de sub d genoemde mogelijkheid beperkt blijven en aan de andere kant het uitzonderingskarakter daarvan worden onderstreepd.”

10 Toelichting op het Commissievoorstel, p. 3.

11 De Commissie lichtte dit als volgt toe: “Het betreft hier een juridisch begrip dat volkomen verschilt van de aanbesteding van overheidsopdrachten. De daarop betrekking hebbende regels vallen niet onder deze richtlijn. (...) Zonder twijfel zou een coördinering van de verschillende soorten van concessieverlening voor de uitvoering van openbare werken, zoals zij voor de aanbesteding van deze opdrachten geregeld is, de inachtneming van het beginsel van non-discriminatie het beste waarborgen. Hierbij zou men echter op zeer grote moeilijkheden stuiten. In de verhouding tussen hem die de concessie verleent en de concessiehouder vloeien deze moeilijkheden voort uit het feit dat het bij concessie uiteraard niet mogelijk is de concessionaris te kiezen op grond van regels die min of meer op mededinging zijn afgestemd.”

12 Hiervan was blijkens de toelichting sprake bij een concessieverlening aan een “particuliere of aan een onderneming van gemengde aard”. De Commissie noemde in dit verband “het principe van de vrije keus door de concessionaris” en stelde: “Wat betreft door particulieren aanbestede opdrachten, kan een coördinering uiteraard niet plaatshebben.” In het kader van de uitzonderingsbepaling voor werken die door spoorwegen worden aanbesteed stelt de Commissie: “Bovendien is het in juridisch opzicht onmogelijk om werken die voor rekening van particulieren worden uitgevoerd aan hetzelfde systeem te onderwerpen als die welke voor rekening van een publiekrechtelijke opdrachtgever worden aanbesteed.”; zie Commissievoorstel, toelichting bij art. 1, p. 4. Het Economisch en Sociaal Comité was het niet eens met deze opvatting van de Commissie dat coördinatie niet mogelijk zou zijn; zie *PbEG* 1965, p. 940. Volgens het Comité kan een aanbestedende dienst in het bestek van de concessie aan de concessiehouder opleggen dat hij zich aan de richtlijn dient te onderwerpen. Zonder een dergelijke verplichting verwachtte het Comité een toename van het gebruik van de concessie tot een “onrustbarende omvang” met als gevolg een omzeiling van de procedures uit de richtlijn. Zie ook Van Marissing 1995, p. 72, eindnoot 19.

Hoewel de hierboven geciteerde uitzonderingsbepaling na lezing door het Europees Parlement¹³ ongewijzigd is overgenomen in het gewijzigde Commissievoorstel,¹⁴ is nadien niettemin ruim vijf jaar verstreken voordat de Raad de Richtlijn Werken vaststelde.¹⁵ Naar verluidt was een van de twistpunten binnen de Raad de regeling voor concessies in de richtlijn.¹⁶ Het resultaat is in ieder geval de volgende bepaling uit de definitieve Richtlijn Werken:

“Indien de aanbestedende diensten een overeenkomst sluiten, soortgelijk aan die bedoeld in artikel 1 sub a) [d.w.z. overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – PH], met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie van de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitende het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs, is deze richtlijn niet van toepassing op deze zogenaamde “concessie”-overeenkomst. In alle andere gevallen, is de toepassing van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten verplicht.”

Deze bepaling bevat aldus een definitie van een concessieovereenkomst voor werken. Verder valt op dat niet langer is opgenomen dat het de exploitatie ‘tijdens een bepaalde periode betreft’. Het schrappen van die zinsnede bleek later voor onduidelijkheid te zorgen. Het heeft evenwel tot het huidige Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn uit 2011 – dertig(!) jaar later – moeten duren voordat deze ‘bepaalde periode’ zijn retour maakte in de Europese wetgeving (zie verder paragrafen 6.3 en 6.9.2 hieronder).

6.1.2 Wijzigingsrichtlijn Werken (89/440/EEG)

De Commissie was in eerste instantie niet van plan om met de Wijzigingsrichtlijn Werken ook een wijziging aan te brengen in bovenstaande bepaling over concessieovereenkomsten uit de Richtlijn Werken.¹⁷ Het Parlement wilde echter een wijziging, teneinde de richtlijn ook van toepassing te laten zijn op concessieovereenkomsten voor werken.¹⁸ In het daarop volgende gewijzigde Commissievoorstel

13 *PbEG* 1965, p. 883.

14 COM(66) 59 def.

15 *PbEG* 1971, L-185/5.

16 Zie Van Garsse 2007, p. 620.

17 Zie het Commissievoorstel, COM(86) 679 def. Hetzelfde gold voor het Economisch en Sociaal Comité; zie *PbEG* 1965, p. 929.

18 Wijzigingen en wetgevingsresolutie Europees Parlement van 18 mei 1988, *PbEG* 1988, C167/64. De gewijzigde bepaling luidde: “Wanneer de aanbestedende diensten een overeenkomst sluiten met dezelfde kenmerken als die bedoeld in artikel 1, sub a) [d.w.z. overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken], met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de werken bestaat hetzij uit enkel het recht op exploitatie van de werken, hetzij uit dit recht en een bepaalde vergoeding, zijn de bepalingen van deze richtlijn van toepassing op deze overeenkomst, die ‘concessie van openbare werken’ wordt genoemd.” Deze wijziging is overigens niet ter sprake gekomen in de voorbereidingen van de Raadswerkgroep. Aangenomen moet dan ook

heeft de Commissie gekozen voor enerzijds een definitie van het begrip ‘concessieovereenkomst voor openbare werken’ en anderzijds een afzonderlijk artikel waarin het aanbestedingsregime voor die concessieovereenkomst werd voorgeschreven.¹⁹ Met de aldus geformuleerde definitie is volgens de Commissie geen inhoudelijke wijziging beoogd ten opzichte van de Richtlijn Werken.²⁰ Deze definitie is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in het Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad²¹ en vervolgens ook in de Wijzigingsrichtlijn Werken die in 1989 werd vastgesteld.²² De definitie luidt als volgt:

-
- worden dat het een initiatief van het Parlement betrof. Een toelichting op deze wijzigingen ontbreekt evenwel.
- 19 Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, 21 juni 1988, COM(88) 354 def. De definitie luidde: “Een ‘concessie-overeenkomst voor openbare werken’ is een overeenkomst soortgelijk aan die bedoeld [onder] sub a), met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie van de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs;” Deze definitie was voor het eerst opgenomen in het voorontwerp voor het gewijzigde Commissievoorstel dat op 7, 8, 16 en 17 juni is besproken door de Raadswerkgroep Economische Vraagstukken (Vestigingen en Diensten); zie Zie toezending van teksten, document 7368/88 (MAP 15).
- 20 Op pagina 5 van de toelichting vermeldt de Commissie dat deze definitie gelijklopend is met die van art. 3 lid 1 van Richtlijn 71/305/EEG.
- 21 Tijdens de zitting heeft de Raad aangenomen het document ‘Gemeenschappelijk standpunt bepaald door de Raad op ... met het oog op de vaststelling van de Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’ d.d. 31 oktober 1988, document 8970/88 (MAP 30). In de motivering is overigens geen aandacht besteed aan de definitie van concessieovereenkomsten voor openbare werken; zie de motivering van de Raad van 8 november 1988, document 8970/88 ADD 1 (MAP 30).
- 22 Richtlijn van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (89/440/EEG), *PbEG* 1989, L 210/1. Opmerkelijk is dat de Italiaanse delegatie in de Raadsnotulen een eenzijdige verklaring heeft laten opnemen met betrekking tot concessieovereenkomsten: “Op andere concessie-overeenkomsten dan die welke in artikel 1, onder d), worden gedefinieerd, is deze richtlijn niet van toepassing, onverminderd de verplichting van de concessiehouder om, indien hij niet zelf een aanbestedende dienst is, de in artikel 12, leden 4, 6, 7, en 9, en in artikel 15 ter van de richtlijn neergelegde regels inzake de bekendmaking na te leveren, wanneer hij, in het kader van de concessie, opdrachten voor de uitvoering van werken bij derden plaatst waarvan de waarde 5 miljoen ecu of meer bedraagt.” Zie het document ‘Nota A-punt’ van het Secretariaat-Generaal van de Raad aan de Raad d.d. 5 juli 1989, 7765/89 (MAP 38). Hieruit blijkt dat volgens Italië concessieovereenkomsten bestaan op grond waarvan de concessiehouder opdrachten voor werken bij derden plaatst die niet kwalificeren als ‘concessie-overeenkomst voor openbare werken’.

“een ‘concessie-overeenkomst voor openbare werken’ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die bedoeld onder a) [d.w.z. overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – PH], met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs;”

Sindsdien is de definitie van een concessieovereenkomst voor werken inhoudelijk niet meer gewijzigd. Het begrip ontwikkelde zich niettemin verder, omdat met name de Commissie aandacht ging besteden aan het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten.

6.2 ONDERSCHIED MET OVERHEIDSOPDRACHTEN: EXPLOITATIERISICO

In de jaren na de vaststelling van de Wijzigingsrichtlijn Werken heeft de Commissie een aantal maal haar visie gegeven op het onderscheid tussen een concessieovereenkomst en een overheidsopdracht voor werken, in het bijzonder in de Handleiding Werken uit 1997 en in een Interpretatieve Mededeling over concessieovereenkomsten uit 2000.²³ Zoals hierna zal blijken, heeft zij daarbij als onderscheidend element van een concessieovereenkomst het ‘exploitatie-risico’ geïntroduceerd. Dit criterium is later overgenomen door het Hof en komt terug in het recente voorstel voor de Concessierichtlijn.

6.2.1 Handleiding Werken (1997)

In haar Handleiding Werken besteedde de Commissie voor het eerst aandacht aan het onderscheid tussen een concessieovereenkomst en een overheidsopdracht voor werken.²⁴ De vorm van de beloning acht zij daarbij bepalend:

23 Daarnaast noemde de Commissie in haar brochure ‘Overheidsopdrachten en communautaire financiering’ uit 1991 als voorbeeld van een concessieovereenkomst voor werken: “een overheid verleent een concessie voor de bouw en de exploitatie van een tolgeweg, -brug of -tunnel, sportaccommodatie enz.”; zie Europese Commissie, *Overheidsopdrachten en communautaire financiering*, 1991, p. 49-50. In 1996 signaleerde de Commissie vervolgens dat aanbestedende diensten voor de totstandbrenging en/of het beheer van grote infrastructures steeds meer gebruikmaakten van juridische instrumenten zoals concessieovereenkomsten of soortgelijke contracten, of van andere wijzen van toekenning van speciale of exclusieve rechten; zie Groenboek Overheidsopdrachten, COM(1996)583 def., p. 14. Volgens de Commissie was de toekenning van concessies voor openbare werken destijds de gebruikelijke weg voor de particuliere sector om, op eigen risico, te participeren in de bouw en exploitatie van infrastructuurwerken, in samenwerking met de publieke sector; zie Groenboek Overheidsopdrachten, p. 39.

24 Handleiding Werken, p. 62/63. De op dat moment geldende Richtlijn Werken uit 1993 bevatte een identieke definitie van concessieovereenkomsten voor openbare werken als de Wijzigingsrichtlijn Werken uit 1989.

“Als het gaat om een concessie, moet deze beloning ten minste gedeeltelijk bestaan in het recht om het werk te exploiteren, d.w.z. in de winst die de concessiehouder, naargelang van zijn capaciteiten om het werk te beheren, daaruit zal halen.”

Wie de ontvangsten uit het beheer int, is daarentegen volgens de Commissie niet relevant. De beloning moet wel op enigerlei wijze evenredig zijn met de opbrengst van het beheer. Indien dat niet het geval is, bijvoorbeeld wanneer de aanbestedende dienst een vast bedrag betaalt als tegenprestatie, zou de aanbestedende dienst “in werkelijkheid de aan de exploitatie verbonden risico’s en voordelen voor zich houden.” Alsdan is volgens de Commissie geen sprake (meer) van een concessieovereenkomst, maar van een overheidsopdracht voor werken.

6.2.2 Interpretatieve Mededeling (2000)

Enkele jaren later publiceerde de Commissie een uitgebreidere toelichting, in de vorm van een interpretatieve mededeling.²⁵ Op basis van de definities in de Consolidatierichtlijn Werken komt de Commissie tot de conclusie dat het belangrijkste onderscheidende kenmerk tussen een concessieovereenkomst en een overheidsopdracht voor werken is dat bij de eerste “de verlening van het recht het werk te exploiteren een tegenprestatie vormt voor de bouw ervan; dit exploitatierecht kan gepaard gaan met een prijs”.²⁶ Hieruit kan volgens de Commissie een aantal kenmerken worden afgeleid, aan de hand waarvan een nader onderscheid tussen beide begrippen kan worden gemaakt. Zo heeft de concessiehouder gedurende een bepaalde periode de mogelijkheid geld te vorderen van de gebruiker van het werk. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een overeenkomst waarbij een staat een bedrijf het recht geeft een autosnelweg aan te leggen, en deze te exploiteren door middel van een tolheffing. Ook brengt het recht op exploitatie mee dat de concessiehouder de verantwoordelijkheid van de exploitatie draagt, bestaande uit de technische en financiële aspecten van het werk, alsook de bedrijfsvoering.²⁷

25 Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, C-121/02. Zie ook het concept voor deze mededeling, *PbEG* 1999, C-94/4. De Commissie had deze mededeling in 1998 al aangekondigd in haar mededeling over overheidsopdrachten in de Europese Unie uit 1998, COM(1998) 143. Hierin stelde de Commissie te streven naar vereenvoudiging en verduidelijking. In dat kader kondigde zij aan op basis van reeds door haar behandelde gevallen een toelichting op te stellen waarin zij de regels en de beginselen die volgens haar op concessieovereenkomsten van toepassing zijn, uiteen zou zetten en een en ander zou definiëren.

26 Opmerkelijk is dat Commissie in haar concept mededeling nog van mening was dat uit de definitie ook blijkt dat het exploitatierisico voor een belangrijk deel voor rekening van de concessiehouder komt; zie over het exploitatierisico ook hierna.

27 Zo behoort het volgens de Commissie tot de taken van de concessiehouder om te zorgen voor de nodige investeringen die het werk nuttig voor de gebruikers maken. Ook de afschrijving komt voor zijn rekening. Bovendien draagt de concessiehouder niet alleen het aan de bouw verbonden risico, maar moet hij eveneens de risico’s dragen

De Commissie concludeert op grond van het bovenstaande dat bij een concessieovereenkomst voor werken “de exploitatierisico’s door de concessiehouder worden gedragen”.²⁸ Dat het exploitatierecht gepaard kan gaan met een prijs (dat wil zeggen: een betaling van de aanbestedende dienst) doet hier niet aan af, zolang deze prijs maar niet een belangrijk deel van het exploitatierisico wegneemt. Dit exploitatierisico bestaat volgens de Commissie uit de risico’s “die verbonden zijn aan de financiële constructie van de operatie – die men de ‘economische risico’s’ zou kunnen noemen” en hangen rechtstreeks samen met de inkomsten die de concessiehouder kan halen uit de exploitatie.²⁹ Deze visie wordt enkele maanden later gedeeld door advocaat-generaal Fennelly met betrekking tot concessieovereenkomsten voor diensten.³⁰ Hij meent dat de concessiehouder zelf het grootste of althans het substantiële economische risico verbonden aan de verrichting van de diensten heeft te dragen. Hij verwacht bovendien dat een essentieel kenmerk van een concessieovereenkomst is, dat de concessiehouder genoodzaakt is tot exploitatie over te gaan teneinde een vergoeding te verkrijgen.

die inherent zijn aan het beheer en de onzekerheid omtrent het gebruik van de voorziening.

- 28 Overigens maakt de Commissie hierbij de volgende opmerking in een voetnoot: “Indien de aanbestedende dienst de financiering terugbetaalt zonder dat de ondernemer risico’s loopt in verband met het beheer van het werk, wordt het contract als een opdracht voor de uitvoering van werken en niet als een concessieovereenkomst beschouwd, omdat het risico-element ontbreekt. Bovendien kan de opdracht niet als een concessie worden beschouwd wanneer de concessiehouder tijdens de duur van de overeenkomst of zelfs na afloop ervan, op directe of indirecte wijze een beloning ontvangt (als terugbetaling, dekking van verliezen, enz.) die niet verbonden is met de exploitatie van het werk. In een dergelijke situatie moet de voorafgaande financiering worden beoordeeld in het licht van alle relevante bepalingen van het Gemeenschapsrecht.” Het *Auroux/Roanne*-arrest dat het Hof vele jaren later wees, sluit hierop aan; zie over dat aspect van het arrest met name paragraaf 5.6.4.
- 29 Deze visie wordt enkele maanden later gedeeld door A-G Fennelly in zijn conclusie van 18 mei 2000 bij het *Telaustria*-arrest, zaak C-324/98, dat ging over concessieovereenkomsten voor diensten. Hij stelt in zijn conclusie onder meer (para. 30 e.v.): “Een goed uitgangspunt lijkt me de definitie die is gegeven in de richtlijnen inzake werken, aangezien het tot op heden de enige door de gemeenschapswetgever goedgekeurde definitie is. (...) De gemeenschapswetgever zag kennelijk het ontbreken van een tegenprestatie of althans een volledige tegenprestatie van de kant van de aanbestedende dienst aan de concessiehouder als de essentie van een concessie. Ook ik ben van mening dat dit een elementair kenmerk is van een concessie, waarvan het belang niet is beperkt tot concessies voor openbare werken. Dit kenmerk is mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat de concessiehouder zelf het grootste of althans het substantiële economische risico verbonden aan de verrichting van de diensten heeft te dragen. (...) De allerbelangrijkste indicatie of de concessiehouder het economische risico draagt, is mijns inziens de aard van de exploitatie die de vermeende concessie van de concessiehouder verlangt. Het arrest BFI Holding geeft een duidelijke aanwijzing dat het Hof de noodzaak van exploitatie van het overgedragen recht ter verkrijging van een vergoeding, als essentieel kenmerk van een concessie beschouwt.”
- 30 Conclusie van de A-G van 18 mei 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*), para. 30 e.v.

6.2.3 Kritiek Economisch en Sociaal Comité (2001)

Kort na publicatie van de interpretatieve mededeling uitte het Economisch en Sociaal Comité kritiek.³¹ Volgens het Comité kunnen de specifieke kenmerken van concessies niet worden samengevat in één criterium: het risico of de betaling, zoals vastgelegd in de Consolidatierichtlijn Werken.³² Het Comité achtte een op maat gesneden juridisch kader voor concessies van essentieel belang voor de uitvoering van concessieovereenkomsten of vormen van PPS; concessieovereenkomsten en andere vormen van PPS zouden in een richtlijn moeten worden gedefinieerd.³³ Het Comité gaf alvast de volgende, eigen definitie van het begrip concessieovereenkomst voor openbare werken:³⁴

“Een concessieovereenkomst voor openbare werken is een rechtshandeling (bij overeenkomst dan wel eenzijdig) waarmee een overheidsinstantie aan een particuliere rechtspersoon het recht delegeert om een bepaalde infrastructuur of dienst gedurende een lange en van te voren vastgestelde periode te ontwerpen, bouwen, onderhouden en exploiteren.”

Het Comité gaf daarbij de volgende toelichting:

“Het betreft in het algemeen een contract waarmee een overheidsinstantie een onderneming ermee belast op eigen kosten investeringen te doen die nodig zijn om een bepaalde dienst op te richten en deze gedurende een lange periode te

31 Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het onderwerp ‘Naar een EU-regelgeving inzake concessieovereenkomsten en contracten voor publiek-private samenwerking (PPS)’, *PbEG* 2001, C 14/91.

32 Alinea 4.1.2 van het advies.

33 Alinea 4.3.1 en 4.3.2 van het advies.

34 Alinea 4.1.3 van het advies. Het Comité herhaalde deze definitie later in het advies naar aanleiding van het Commissievoorstel voor (uiteindelijk) de Aanbestedingsrichtlijn, *PbEG* 2001, C 193/7, alinea 3.5. Het Comité stelde daarin dat de Commissie er goed aan had gedaan om een realistischer definitie op te nemen van concessieovereenkomsten. Zij zou bovendien een duidelijker standpunt in moeten nemen: ofwel betere definities opnemen in de richtlijn, ofwel deze opdrachten uitsluiten van de richtlijn en ze in een later op te stellen richtlijn regelen. Het Comité voegde nog daaraan toe: “Het Comité (...) betreurt dat de Commissie de herziening van de richtlijnen niet heeft aangegrepen om een nieuwe definitie van concessieovereenkomsten en van contracten voor publiek-private samenwerking te geven, zoals het Comité meermalen, laatst nog in zijn advies ‘Naar een EU-regelgeving inzake concessieovereenkomsten en contracten voor publiek-private samenwerking (PPS)’, heeft voorgesteld: ‘Een concessieovereenkomst voor openbare werken is een rechtshandeling (bij overeenkomst dan wel eenzijdig) waarmee een overheidsinstantie aan een particuliere rechtspersoon het recht delegeert om een bepaalde infrastructuur of dienst gedurende een lange en van tevoren vastgestelde periode te ontwerpen, bouwen, onderhouden en exploiteren.’” In datzelfde advies stelde het Comité bovendien dat “Over het algemeen (...) de definities van de oorspronkelijke richtlijnen niet [zouden] moeten worden overgenomen, omdat zij o.m. op het gebied van concessieovereenkomsten - waarop het Comité hieronder nader zal ingaan - onduidelijk zijn.”

laten functioneren. De onderneming kan haar kosten vergoed krijgen door een prijs in rekening te brengen aan de gebruikers en/of de overheid, zonder dat dit iets verandert aan de aard van de concessieovereenkomst.”³⁵

De kritiek en het voorstel van het Comité hebben echter geen navolging gekregen in het wetgevingstraject dat uiteindelijk resulteerde in de Aanbestedingsrichtlijn.

6.2.4 Aanbestedingsrichtlijn (2004/18/EG)

Zoals gezegd, is de definitie van concessieovereenkomsten voor werken in de Aanbestedingsrichtlijn inhoudelijk niet gewijzigd ten opzichte van die uit de Wijzigingsrichtlijn Werken.³⁶ Opmerkelijk is dat de Commissie in haar voorstel voor de Aanbestedingsrichtlijn niet ervoor heeft gekozen het exploitatierisico als onderscheidend element te codificeren; een motivering van die keuze ontbreekt in de toelichting op dat voorstel.³⁷ Deze codificatie heeft ook in het latere wetgevingstraject niet plaatsgevonden, ondanks dat de Franse delegatie daar nog voor pleitte.³⁸ Hiermee heeft de Europese wetgever nagelaten om meer duidelijkheid te bieden over de definitie van een concessieovereenkomst voor werken, terwijl die mogelijkheid zich juist bij uitstek voordeed. De definitie zoals opgenomen in artikel 1 lid 3 van de Aanbestedingsrichtlijn luidt:

“De ‘concessieovereenkomst voor openbare werken’ is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.”

6.2.5 Groenboek PPS (2004)

De Commissie hield niettemin vast aan het onderscheid op basis van het exploitatierisico. In haar groenboek PPS wijst zij erop dat het onderscheid tussen over-

35 De laatste zin impliceert dat volgens het Comité de vergoeding ook volledig afkomstig kan zijn van de overheid. Aangenomen moet worden dat ook in dergelijke omstandigheden de vergoeding wel afhankelijk moet zijn van het gebruik, zoals het geval is bij schaduwtoelheffing.

36 De amendementen die in dit kader werden ingediend in het Europees Parlement werden uiteindelijk niet overgenomen. Zie Van Garsse 2007, p. 626 en de daar opgenomen voetnoten 2513 en 2514.

37 Commissievoorstel Aanbestedingsrichtlijn van 30 augustus 2000, COM(2000)275 def./2, art. 1 lid 10 en de toelichting op p. 15.

38 De Franse delegatie stelde voor om aan de definitie toe te voegen: “provided that the concessionaire bears a substantial proportion of the economic risks connected with the exploitation of the service”; dit voorstel werd niet gesteund, met name omdat de Commissie en de andere delegaties van mening waren dat voor eventuele gewijzigde regels over concessies een afzonderlijk wetgevingstraject zou moeten worden doorlopen. Zie Hebly 2007, p. 327-334.

heidsopdrachten en concessieovereenkomsten gemaakt moet worden op grond van het criterium dat bij concessieovereenkomsten het exploitatierecht, met de daaruit voortvloeiende risico's, wordt overgedragen. Verder overwoog zij de mogelijkheid om één aanbestedingsregime van toepassing te verklaren op "alle soorten contractuele PPS, ongeacht of deze als overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten zijn gekwalificeerd".³⁹ In dat geval zou het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst bij contractuele PPS niet meer relevant zijn. Deze gedachte is echter nooit uitgewerkt in een concreet wetgevingsvorstel.

Het Europees Economisch en Sociaal Comité reageerde wederom kritisch.⁴⁰ Volgens het Comité was de EU er niet in geslaagd om in het Europese recht de "broodnodige, realistische definities van PPS en concessieovereenkomsten" op te nemen. Zo kunnen concessieovereenkomsten niet aan "één enkel criterium worden opgehangen: het bedrijfsrisico of de betaling", zoals dat het geval is in de aanbestedingsrichtlijnen, aldus het Comité. Het Comité heeft dan ook (opnieuw) zelf een voorstel gedaan voor een nieuwe definitie voor concessieovereenkomsten en PPS.⁴¹ Dit voorstel is echter nooit overgenomen.

39 Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def., p. 13. Aanleiding daarvoor zou kunnen zijn dat blijkt "dat in veel gevallen rechtsonzekerheid bestaat in verband met de moeilijkheid om vooraf de verdeling van de exploitatierisico's tussen de partijen vast te stellen bij de gunning van bepaalde soorten strikt contractuele PPS-projecten".

40 Europees Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het "Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten"*, PbEU 2005, C-120/103.

41 Te weten: "De overeenkomst of de unilaterale akte waarmee een bestuurlijke overheid aan een niet onder haar ressorterende organisatie specifieke rechten toekent, nl. om een infrastructuurvoorziening of een dienst voor een lange, welbepaalde periode te 'ontwerpen, bouwen/totstandbrengen, financieren, onderhouden en beheren':

- is een concessie als die organisatie een bedrijf is dat zijn beloning voornamelijk haalt uit de prijs die door de gebruikers voor die infrastructuurvoorziening of die dienst wordt betaald;
- is PPS als het betrokken bedrijf zijn beloning voornamelijk van de bestuurlijke overheid krijgt."

Het gaat voor het Comité daarbij om twee criteria: de noodzaak om de verantwoordelijkheid van de overheid op de wederpartij over te dragen en het allesomvattende karakter van de overeenkomst (bouw, financiering, exploitatie, onderhoud, etc.) over een lange periode (doorgaans 10 tot 75 jaar).

Het Comité van de Regio's was milder en merkte met name op dat de tijd nog niet rijp was voor Europese wetgeving⁴² voor PPS en concessieovereenkomsten, omdat nog geen duidelijke definitie van PPS voorhanden was.⁴³

6.2.6 Bevestiging door Hof (2008)

Het Hof heeft in 2008 in het *L'Aquila*-arrest bevestigd dat het exploitatierisico het onderscheidende criterium is tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken.⁴⁴ Volgens het Hof impliceert het exploitatierecht van de concessiehouder dat de exploitatierisico's bij de concessiehouder liggen. Ook wijst de afwezigheid van de overdracht van exploitatierisico's erop dat sprake is van een overheidsopdracht en niet van een concessieovereenkomst. Het Hof verwijst hierbij naar eerdere jurisprudentie over het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten.⁴⁵ In het recentere *Müller*-arrest onderstreepte het Hof in lijn hiermee dat "de concessie er in wezen in bestaat dat de concessiehouder zelf het voornaamste economische en in elk geval wezenlijke risico van de exploitatie draagt".⁴⁶

6.3 CONCESSIONSRIJCHT LIJN (20..)

Anders dan bij de totstandkoming van de Aanbestedingsrichtlijn, komt het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomst (gelukkig) wel terug in het recente moderniseringstraject van de aanbestedingsregels. De Commissie had in 2005 al nieuwe wetgeving aangekondigd voor de gunning van

42 Dit zou (deels) andere wetgeving moeten zijn dan de aanbestedingsrichtlijnen, aangezien concessieovereenkomsten, in de visie van het Comité, een flexibeler aanpak vergen en de bestaande wetgeving voor overheidsopdrachten daarentegen ingewikkeld was en niet aanzette tot flexibiliteit en vernieuwende ideeën.

43 Een dergelijke definitie van PPS zou volgens het Comité de aspecten "langdurige relaties, gemeenschappelijke risico's en grote economische impact" dienen te omvatten. Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over het Groenboek van de Europese Commissie over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, PbEU 2005, C-71/19, para. 2.2 en 2.13. In 2010 herhaalde het Comité dit standpunt voor wat betreft wetgeving voor dienstenconcessies; zie *PbEU* 2011, C 15/23.

44 HvJ EU 13 november 2008, zaak C-437/07 (*L'Aquila*), r.o. 29-30. Zie voor de voorafgaande inbreukprocedure (zaaknummer 2004/4963) het persbericht van de Europese Commissie IP/06/886 van 29 juni 2006. Zie over dit arrest ook A. Brown, 'Incorrect categorisation of a tramway contract as a works concessions by an Italian municipality: Commission v Italy (C-437/07)', PPLR 2009, 2, NA55-58.

45 HvJ EG 27 oktober 2005, zaak C-234/03 (*Contse*) en HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-382/05 (*Commissie/Italië*).

46 Bij die overweging verwees het Hof naar het Eurawasser-arrest, dat betrekking had op het onderscheid tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten; zie HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 59 en 77.

concessieovereenkomsten.⁴⁷ Deze wetgeving zou een duidelijke scheiding moeten aanbrengen tussen concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten.⁴⁸ Het Parlement reageerde positief en achtte dergelijke wetgeving zelfs noodzakelijk.⁴⁹ Verder zouden concessieovereenkomsten volgens het Parlement (slechts) een beperkte, maar variabele, looptijd moeten hebben. Het doel daarvan zou zijn om zeker te stellen dat de mededinging slechts zo ver wordt beperkt “als nodig is om de afschrijving van de investeringen, een passende rentabiliteit van het ingebrachte kapitaal en herfinanciering van toekomstige investeringen te garanderen”.

Het duurde niettemin nog tot eind 2011 voordat een concreet wetgevingsvoorstel het licht zag:⁵⁰ het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn.⁵¹ Dit wetgevingstraject is weliswaar strikt genomen gescheiden van het traject voor de

47 Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2005) 569 def., hierna: Mededeling PPS. Zie hierover ook Williams 2006.

48 Mededeling PPS, p. 8-10.

49 Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement over publiek-private samenwerkingen en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (2006/2043(INI))*, P6_TA(2006)0462, 26 oktober 2006. Enkele jaren later heeft het Parlement aangegeven dat het terughoudend is ten aanzien van een wetgevingsinitiatief voor concessieovereenkomsten voor *diensten*; zie *PbEU* 2011 C 161E/38. Het stelde met klem: “dat eventuele wetsvoorstellen met betrekking tot concessieovereenkomsten voor diensten alleen gerechtvaardigd zijn als middel tegen verstoringen van het functioneren van de interne markt; [het Parlement] merkt op dat dergelijke verstoringen tot op heden nog niet geconstateerd zijn en dat rechtshandelingen ten aanzien van concessieovereenkomsten voor diensten dan ook niet nodig zijn zolang deze niet bedoeld zijn voor een aantoonbare verbetering van het functioneren van de interne markt”.

50 In de tussentijd vond wel overleg plaats binnen de Commissie over de inhoud van dergelijke wetgeving. In 2009 kondigde de Commissie aan dat zijn in 2010 een wetsvoorstel op het gebied van concessies zou indienen; zie Europese Commissie, *De mobilisering van particuliere en openbare investeringen voor herstel en structurele verandering op lange termijn: de ontwikkeling van publiek-private partnerschappen*, COM(2009) 615 def., 19 november 2009. In 2010 hield de Commissie een openbare consultatie in het kader van haar lopende onderzoek naar de noodzaak voor en de impact van een wetgevingsvoorstel voor concessies. Zie verder de ‘Akte voor de interne markt: Twaalf hefboomen voor het stimuleren van de groei en het versterken van het vertrouwen’ van de Commissie uit april 2011, COM(2011) 206 def.: “Concessieovereenkomsten voor diensten vertegenwoordigen een groot economisch gewicht en zijn goed voor het merendeel van de contracten voor publiek-private partnerschappen. Een rechtskader ter zake moet meer rechtszekerheid bieden voor het aangaan van dergelijke partnerschappen.”

51 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten, COM(2011) 897 def.

Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, maar inhoudelijk bestaan er veel overeenkomsten tussen beide Commissievoorstellen.⁵²

In de toelichting op het voorstel voor de Concessierichtlijn concludeert de Commissie dat de definitie van concessies in de huidige situatie onduidelijk blijven.⁵³ Het hoofddoel van de richtlijn is dan ook om te voorzien in helderheid van het op de gunning van concessies toepasselijke rechtskader, maar ook om het toepassingsgebied van dit kader duidelijk af te bakenen.⁵⁴ In dat verband bevat het voorstel een preciezere definitie van concessies en wordt ook naar het exploitatierisico verwezen (zie verder paragraaf 6.9.3). Vergelijkbaar met het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, is de Concessierichtlijn van toepassing op de verwerving van werken van ondernemers die gekozen worden door aanbestedende diensten, ongeacht of de werken een publiek doel beogen.⁵⁵ Daarnaast is een bepaling opgenomen over de maximumduur van concessies.⁵⁶

6.4 CUMULATIEVE ELEMENTEN VAN EEN CONCESSIEOVEREENKOMST VOOR WERKEN

Uit de hiervoor beschreven ontwikkeling van het begrip ‘concessieovereenkomst voor werken’ blijkt dat een groot aantal overeenkomsten bestaat met een overheidsopdracht voor werken. Het onderscheid wordt gevormd door de tegenprestatie, te weten het verlenen van een exploitatierecht, die impliceert dat ook het bijbehorende exploitatierisico wordt overgedragen aan de concessiehouder. Ten aanzien van de tegenprestatie, oftewel het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’, gelden voor een concessieovereenkomst voor werken aldus andere vereisten dan bij een overheidsopdracht voor werken. De overige elementen zijn gelijk; dit wordt in de komende paragrafen toegelicht.

52 Het groenboek uit 2011 heeft geen betrekking had op concessies; daarvoor zou de Commissie een wetsvoorstel indienen “dat een grotere rechtszekerheid beoogt voor regionale en lokale autoriteiten en ondernemingen in heel Europa en de ontwikkeling van publiek-private partnerschappen tracht te bevorderen”. Zie Europese Commissie, ‘Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt’, d.d. 27 januari 2011, COM(2011) 15 def. Zie ook de ‘Akte voor de interne markt: Twaalf hefboomen voor het stimuleren van de groei en het versterken van het vertrouwen’ van de Commissie uit april 2011, COM(2011) 206 def.: “Concessieovereenkomsten voor diensten vertegenwoordigen een groot economisch gewicht en zijn goed voor het merendeel van de contracten voor publiek-private partnerschappen. Een rechtskader ter zake moet meer rechtszekerheid bieden voor het aangaan van dergelijke partnerschappen.” Overigens sluiten beide trajecten inhoudelijk elkaar aan.

53 Commissievoorstel Concessierichtlijn, p. 3. Zie ook overweging 2.

54 Commissievoorstel Concessierichtlijn, p. 5.

55 Zie verder paragraaf 6.7 hieronder.

56 Zie verder paragraaf 6.9.2 hieronder.

Gelet hierop, is sprake van een ‘concessieovereenkomst voor werken’ indien:

- a) een aanbestedende dienst;
- b) en een aannemer;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
 - i. bestaande uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan de aannemer;
 - ii. waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de aannemer;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Voordat deze elementen afzonderlijk worden toegelicht, eerst nog kort aandacht voor de toevoeging ‘openbare’ werken in de definitie van een concessieovereenkomst en de cumulatieve verhouding tussen bovenstaande elementen.

6.4.1 Irrelevantie ‘openbare’ werken

In de Nederlandse taalversie van de Wijzigingsrichtlijn Werken is gekozen voor de formulering ‘concessieovereenkomst voor *openbare* werken’. De toevoeging ‘openbare’ was nog niet terug te vinden in de Richtlijn Werken, maar is gehandhaafd in de Aanbestedingsrichtlijn. Op het eerste gezicht lijkt hiermee een verschil te zijn ontstaan tussen het soort werken waarop overheidsopdrachten respectievelijk concessieovereenkomsten betrekking hebben, namelijk al dan niet ‘openbare’ werken. Ditzelfde verschil lijkt te bestaan in de Franse versie van de Wijzigingsrichtlijn Werken, waarin sprake is van ‘les marchés publics de travaux’ en ‘la concession de travaux publics’.

Een dergelijk onderscheid in twee typen werken verdraagt zich echter niet met de andere taalversies. Zo is in de Duitse, Engelse, Italiaans en Spaanse versie de formulering bij overheidsopdrachten voor werken gelijk aan die van concessieovereenkomsten voor werken.⁵⁷ Het type werken waarop een concessieovereenkomst betrekking heeft, is daarbij dus niet anders dan bij een overheidsopdracht.⁵⁸ Het ligt voor de hand dat de toevoeging ‘openbare’ enkel is gekozen om uit te drukken dat de concessieverlener een openbare c.q. publieke hoedanigheid heeft, zijnde

57 Respectievelijk: ‘öffentliche Bauaufträge’ en ‘öffentliche Baukonzessionen’; ‘public works contracts’ en ‘public works concession’; ‘appalti di lavori pubblici’ en ‘concessione di lavori pubblici’; ‘contratos de obras públicas’ en ‘concesión de obras públicas’.

58 Zie overigens ook art. 56 Aanbestedingsrichtlijn waar zich het omgekeerde voordoet. In dat art. wordt namelijk verwezen naar “overheidsopdrachten voor *openbare* werken [cursivering PH]” en de wijze waarop de waarde daarvan wordt berekend overeenkomstig art. 9.

een overheid of een daaraan nauw verbonden publiekrechtelijke instelling. Bij de overheidsopdrachten is dat kenmerk naar voren gekomen door niet te spreken over ‘opdrachten’ maar over ‘overheidsopdrachten’; bij concessieovereenkomsten is daarentegen niet gekozen voor ‘overheidsconcessieovereenkomsten’ maar voor ‘concessieovereenkomsten voor openbare werken’. Deze verklaring wordt ondersteund door de formulering in het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn, waarin sprake is van ‘concessieovereenkomsten voor openbare werken’ als de concessieverlener een aanbestedende dienst is en van ‘concessieovereenkomsten voor werken’ als de concessieverlener ook een niet-overheid, maar een nutsbedrijf kan zijn.⁵⁹ Sinds het latere Compromisvoorstel is de toevoeging ‘openbare’ in zijn geheel uit het richtlijnvoorstel geschrapt en is het onderscheid tussen overheids- en nutsconcessies verdwenen.⁶⁰

Op grond van het voorgaande moet dan ook worden geconcludeerd dat de toevoeging ‘openbare’ in feite overbodig en derhalve irrelevant is, aangezien de hoedanigheid van de concessiehouder al wordt ‘gedekt’ door het element ‘aanbestedende dienst’ en diens verbondenheid met de werken door het element ‘rechtstreeks economisch belang’.⁶¹ Het valt dan ook toe te juichen dat deze toevoeging in het Compromisvoorstel is vervallen.

6.4.2 Cumulatieve elementen en functionele benadering

Evenals bij overheidsopdrachten voor werken zijn bovenstaande elementen cumulatief. Aangenomen moet worden dat de functionele benadering zoals het Hof die vereist bij het begrip ‘overheidsopdrachten voor werken’ ook geldt voor de uitleg van concessieovereenkomsten voor werken.⁶² Aangezien deze concessieovereenkomsten in de Aanbestedingsrichtlijn zijn gedefinieerd, ligt immers voor de hand dat ook hier het nuttig effect van die richtlijn moet worden verzekerd door gebruik te maken van een functionele uitleg.⁶³

Gelet hierop, wordt herhaald dat een functionele benadering zich verzet tegen een restrictieve uitleg van bovenstaande cumulatieve elementen.⁶⁴ Ten eerste kan het

59 Art. 2 lid 1 sub 2 resp. sub 4 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

60 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, art. 2.

61 Dat aan de toevoeging ‘openbare’ geen inhoudelijk belang moet worden toegekend, wordt – zij het om enigszins andere redenen – ook bepleit in de literatuur. Zie met name Ritsema van Eck 2009b en de daar aangehaalde bronnen. Zie ook Essers 2007; Boot & Wuijster 2008a; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 96.

62 Zie paragrafen 5.1.2.3 en 5.1.3.

63 Zie ook Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def., p. 6.

64 Zie paragraaf 5.2.

zijn dat verschillende, opeenvolgende overeenkomsten die ieder op zich niet voldoen aan alle elementen, als geheel moeten worden beoordeeld en als zodanig wél een concessieovereenkomst voor werken vormen. Ten tweede kan de functionele benadering impliceren dat als een van bovenstaande elementen strikt genomen weliswaar ontbreekt, maar *de facto* daar toch sprake van is, dit element niettemin aanwezig moet worden geacht. Ook als in een bepaald geval op het eerste gezicht niet aan alle elementen lijkt te zijn voldaan, zal dus moeten worden beoordeeld of sprake is van een rechtmatige vormgeving van de overeenkomst als niet-concessieovereenkomst dan wel van een onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingswetgeving.

Tegen deze achtergrond worden de afzonderlijke elementen in het navolgende besproken, te beginnen met de elementen die gelijk zijn aan die bij een overheidsopdracht voor werken.

6.5 SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMST TUSSEN AANBESTEDENDE DIENST EN AANNEMER

Ook voor een concessieovereenkomst voor werken is vereist dat een schriftelijke overeenkomst wordt gesloten tussen een aanbestedende dienst en een aannemer.⁶⁵ In het kader van concessieovereenkomsten wordt evenwel de term ‘concessiehouder’ gebruikt in plaats van ‘aannemer’; inhoudelijk gaat het niettemin om hetzelfde. Teneinde een duidelijk onderscheid te maken tussen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, zal in het navolgende over een ‘concessiehouder’ worden gesproken als het een aannemer bij een concessieovereenkomst betreft.

6.6 VERPLICHTING TOT HET UITVOEREN VAN WERKEN

Evenals bij overheidsopdrachten verbindt de concessiehouder zich voor een tegenprestatie tot de bij de overeenkomst beschreven prestatie, hetgeen juridisch moet kunnen worden afgedwongen.⁶⁶ Deze verplichting tot het uitvoeren van werken bij concessieovereenkomsten is ook expliciet erkend door advocaat-generaal

65 Zie voor die criteria verder paragraaf 5.3-5.5. Ook in het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn is een definitie van ‘schriftelijk’ opgenomen; zie art. 2 lid 1 sub 3 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

66 Vgl. HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 60 en 62.

Mengozzi,⁶⁷ in het voorstel voor de Concessierichtlijn⁶⁸ en door de Nederlandse rechter.⁶⁹

Deze verplichting van de concessiehouder betreft enkel de uit te voeren werken. Dat neemt evenwel niet weg dat in aanvulling daarop een aanbestedende dienst in de praktijk voor de exploitatie van de gerealiseerde werken dikwijls niet alleen een (hierna te bespreken) recht zal verlenen, maar de aannemer daartoe ook zal verplichten, of ten minste voorwaarden zal verbinden aan die exploitatie.

6.7 IN HET RECHTSTREEKS ECONOMISCH BELANG VAN DE AANBESTEDENDE DIENST

Hoewel dat momenteel nog onduidelijk is, ligt het voor de hand dat de uitvoering van de werken – net als bij overheidsopdrachten – in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst dient te zijn. Immers, ook bij concessieovereenkomsten geldt dat de concessiehouder een prestatie verricht (te weten: het uitvoeren van werken) in ruil voor een tegenprestatie van de aanbestedende dienst (te weten: het hierna te bespreken exploitatierecht). Aangenomen moet worden dat de overwegingen van het Hof op grond waarvan het bij overheidsopdrachten

67 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 76: “Mijns inziens is het evenwel duidelijk dat deze vragen bevestigend moeten worden beantwoord en dat, wil er van een overheidsopdracht voor werken of van een concessieovereenkomst voor openbare werken sprake zijn, van de verplichting tot uitvoering van de werkzaamheden en/of de werken niet kan worden afgezien.”

68 Zie overweging 6 uit het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn: “De uitvoering van deze werken of diensten zijn onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit bepaalde bindende verplichtingen die juridisch afdwingbaar zijn.” Deze overweging is later enigszins gewijzigd, maar de strekking is gelijk gebleven. Meest recentelijk luidt de overweging als volgt: “Concession contracts provide for mutually binding obligations where the execution of these works or services are subject to specific binding obligations/requirements defined by the contracting authority or entity which are legally enforceable.”; zie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Commissievoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 6a.

69 V.zr. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN BO4451 (P1/Ede II)*, r.o. 4.11: “Uit de hiervoor onder 4.8 tot en met 4.10 weergegeven overwegingen volgt dat indien aan de zijde van de aannemer geen verplichting bestaat de betrokken werken uit te voeren of te laten uitvoeren, de bezwarende titel als bedoeld in de definitie van een overheidsopdracht voor werken en dus ook in de definitie van een concessieovereenkomst voor openbare werken ontbreekt. In dat geval is er dus geen sprake van een overheidsopdracht voor een werk of een concessieovereenkomst voor een openbaar werk, hetgeen betekent dat er geen aanbestedingsplicht op grond van het Bao bestaat.”

voor werken het criterium rechtstreeks economisch belang aannam, om die reden eveneens toepasbaar zijn op concessieovereenkomsten voor werken.⁷⁰

Het aannemen van het element ‘rechtstreeks economisch belang’ bij concessieovereenkomsten voor werken sluit ook aan bij de in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 geformuleerde gedachte dat de aannemer het recht verkrijgt het gerealiseerde werk te exploiteren ‘ten behoeve van de overheid’.⁷¹ Daarnaast kan uit haar voorstel voor de Concessierichtlijn worden afgeleid dat de Commissie van mening is dat het uitvoeren van werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moet zijn.⁷² In het voorstel is namelijk opgenomen dat de richtlijn van toepassing is “op de verwerving van werken”.⁷³ In de considerans wordt dat als volgt toegelicht:⁷⁴

“‘Verwerving’ moet breed opgevat worden in de zin van het verkrijgen van de voordelen van de betrokken werken of diensten die niet in alle gevallen een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten of aanbestedende entiteiten vereisen.”

Overeenkomsten waarbij een exploitatierecht wordt verleend zonder dat de aanbestedende dienst bepaalde werken verwerft, vallen blijkens de considerans dan ook buiten de Concessierichtlijn.⁷⁵ Het voorstel is wat betreft de beperking tot de verwerving van werken (of diensten) tot op heden ongewijzigd gebleven.⁷⁶

Overigens verschillen in de Nederlandse taalversie de in dit kader gebruikte termen in de voorstellen voor de Concessierichtlijn (‘verwerving’) en de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (‘verkrijging’). Uit bijvoorbeeld de Franse en Duitse taalversies blijkt evenwel dat het om hetzelfde gaat (in beide voorstellen resp. ‘*acquisition*’ en ‘*Erwerb*’). Net als bij overheidsopdrachten voor werken in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, moet derhalve worden aangenomen dat

70 Vgl. HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 48-49, zoals besproken in paragraaf 5.8.

71 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 69. Deze gedachte lijkt ook ten grondslag te liggen aan het oordeel van de Haagse voorzieningenrechter dat geen sprake was van een concessieovereenkomst voor werken omdat geen sprake was van ‘openbare werken’; zie V.zr. Rb. Den Haag 28 december 1994, JAAN 2007/0105 (*Camping Ockenburg*).

72 Vergelijk de redenering met betrekking tot dit element bij overheidsopdrachten voor werken in paragraaf 5.8.5.

73 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM (2011) 897 def., art. 1 lid 2.

74 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM (2011) 897 def., overweging 9.

75 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM (2011) 897 def., overweging 6.

76 Zie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 6 en 6b, alsook art. 2 lid 1.

de Commissie hiermee heeft beoogd het element ‘rechtstreeks economisch belang’ te codificeren in haar voorstel voor de Concessierichtlijn.⁷⁷

6.7.1 Voorbeelden van een rechtstreeks economisch belang

In het vorige hoofdstuk werden drie voorbeelden genoemd waarin de werken worden uitgevoerd in het rechtstreeks economische belang van de aanbestedende dienst.⁷⁸ Het betreft kort gezegd: *i)* eigendom, *ii)* beschikking en *iii)* economische voor- of nadelen bij de uit te voeren werken.

Het risico op economische voor- of nadelen voor de aanbestedende dienst bij de uit te voeren werken is bij een concessieovereenkomst voor werken niet erg waarschijnlijk. Zoals hierna zal blijken, zullen bij een concessieovereenkomst de uitgevoerde werken doorgaans niet worden overgedragen aan derden⁷⁹ en kiest een aanbestedende dienst juist voor deze vorm van opdrachtverlening als hij geen financiële risico’s wenst te lopen maar deze bij de concessiehouder wil leggen.⁸⁰

Daarentegen zal de aanbestedende dienst bij een concessieovereenkomst voor werken de eigendom of anderszins de beschikking verkrijgen van de uitgevoerde werken. Hieronder wordt uiteengezet dat het verlenen van het exploitatierecht voor bepaalde tijd moet zijn, hetgeen vereist dat de aanbestedende dienst uiteindelijk de beschikking zal krijgen over de uitgevoerde werken.⁸¹ Aangenomen moet worden dat voor het rechtstreeks economisch belang niet relevant is of de aanbestedende dienst deze beschikking (door eigendom of anderszins) reeds direct na uitvoering van de werken en dus tijdens de exploitatieperiode heeft, dan wel dat hij eerst na afloop van die periode de beschikking over de uitgevoerde (en geëxploiteerde) werken verkrijgt. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval als de concessiehouder de werken gedurende de exploitatie in eigendom heeft. Ook in dat geval is het evenwel de aanbestedende dienst die besluit de werken door de concessiehouder gedurende een bepaalde periode te laten exploiteren, waarbij de aanbestedende dienst voorwaarden kan stellen aan die exploitatie. Vanwege deze invloed heeft de aanbestedende dienst dan gedurende de exploitatie al materieel een (aanzienlijke) mate van beschikking over het werk. Daarnaast is aannemelijk dat het enkele vooruitzicht op de toekomstige beschikking over het werk reeds voldoende is om een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst op te leveren, mits het werk dan nog een economische waarde voor de aanbestedende dienst vertegenwoordigt.⁸²

77 Zie paragraaf 5.8.5.

78 Zie paragraaf 5.8.2.

79 Zie paragraaf 6.9.2.

80 Zie paragraaf 6.9.3.

81 Zie paragraaf 6.9.2.

82 Vergelijk het hierboven weergegeven standpunt van het Kenniscentrum PPS dat sprake is van ‘overheidsconsumptie’ als de door de marktpartij gerealiseerde werken uiteindelijk aan de overheid (bijvoorbeeld een gemeente) worden overgedragen

6.8 UITVOEREN VAN WERKEN

Een concessieovereenkomst voor werken moet betrekking hebben op het uitvoeren van werken en verschilt op dit punt niet van een overheidsopdracht voor werken. Dit wordt ook ondersteund door het voorstel voor de Concessierichtlijn waarin de definitie van een concessieovereenkomst voor werken op dit punt gelijk is aan die van een overheidsopdracht voor werken in de Aanbestedingsrichtlijn.⁸³ Hierboven werd al uiteengezet dat de toevoeging ‘openbare’ werken in de definitie inhoudelijk geen verschil maakt.⁸⁴

Het uitvoeren van werken kan bestaan uit het (ontwerpen en) uitvoeren van een ‘werk’ overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst, zoals het aanleggen van een snelweg.⁸⁵ Daarbij zal het in de praktijk van de aard van het werk afhangen of het zich leent voor een concessieovereenkomst; de concessiehouder moet immers door middel van de exploitatie van het werk zijn kosten terug kunnen verdienen.⁸⁶ Voor de uitleg van de eisen van de aanbestedende dienst daaraan en de omvang van een ‘werk’ wordt verwezen naar het vorige hoofdstuk.⁸⁷

De vraag is of een concessieovereenkomst voor werken ook betrekking kan hebben op het (ontwerpen en) uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn, zoals sloop- of reparatiewerkzaamheden. In de definitie uit de Aanbestedingsrichtlijn is enkel opgenomen dat de tegenprestatie bestaat uit het recht *het werk* te exploiteren. Dit lijkt erop te duiden dat een concessieovereenkomst alleen het uitvoeren van een ‘werk’ kan omvatten en niet het uitvoeren van werkzaamheden uit de bijlage. In het huidige voorstel voor de Concessierichtlijn is de definitie op dit punt echter aangepast, in die zin dat een concessieovereenkomst voor werken betrekking heeft op de uitvoering van werken en de tegenprestatie bestaat uit het recht ‘de werken’ waarop de overeenkomst betrekking heeft, te exploiteren.⁸⁸ De uitvoering van werken omvat het uitvoeren van werkzaamheden

zonder verdere betaling en deze werken nog enige waarde vertegenwoordigen. Zie Kenniscentrum PPS, *Handleiding PPS en aanbesteden*, 2001, § 3.4, zoals besproken in paragraaf 5.8.1.

83 Art. 2 lid 1 sub 2 en sub 5 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

84 Zie paragraaf 6.4.

85 Zie hierover paragraaf 5.9.

86 Dit past ook binnen de hierboven aangehaalde opmerking van de Commissie dat exploitatie slechts bij bepaalde soorten van werken mogelijk is; zie de toelichting op het Commissievoorstel voor de Richtlijn Werken, COM(64) 233 def., p. 3.

87 Zie paragraaf 5.9.4 resp. 5.9.5. Zie ook de definitie van het uitvoeren van werken in art. 2 lid 1 sub 5 van het meest voorstel voor de Concessierichtlijn, te weten Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012.

88 Zie meest recentelijk: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise

uit bijlage 1, zo bepaalt het richtlijnvoorstel expliciet.⁸⁹ Een dergelijke situatie is ook wel voor te stellen, bijvoorbeeld als de concessiehouder aanzienlijke reparatiewerkzaamheden moet uitvoeren aan een gedeelte van een snelweg en in ruil daarvoor dat deel van de snelweg als tolweg mag exploiteren gedurende een bepaalde periode.

Hoewel een dergelijke situatie in de praktijk niet erg waarschijnlijk lijkt, moet niettemin worden aangenomen dat ook dan de aanbestedende dienst een concessieovereenkomst voor werken sluit. Dit geldt zeker op grond van de voorgestelde Concessierichtlijn, maar naar verwachting ook op grond van de huidige Aanbestedingsrichtlijn. Het alternatief is namelijk dat een dergelijke situatie in het geheel buiten de Aanbestedingsrichtlijn zou vallen – hetgeen het nuttig effect daarvan in gevaar brengt – dan wel dat sprake zou zijn van een overheidsopdracht in plaats van een concessieovereenkomst – hetgeen ongerechtvaardigd voorkomt gezien de gekozen wijze van vergoeding van de aannemer en diens exploitatierisico. De huidige definitie in de Aanbestedingsrichtlijn dient derhalve geacht te worden als tegenprestatie ook te omvatten de exploitatie van het werk waaraan de concessiehouder werkzaamheden moet uitvoeren.⁹⁰

6.9 OVEREENKOMST ONDER BEZWARENDE TITEL

Het kenmerkende verschil tussen een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken is gelegen in de aard van de tegenprestatie. Dit laat echter onverlet dat in beide gevallen vereist is dat de aanbestedende dienst een op geld waardeerbare tegenprestatie levert, oftewel dat het een overeenkomst onder bezwarende titel betreft (in enge zin).⁹¹ Dit zal nader uiteengezet worden in paragraaf 6.9.1. Vervolgens wordt ingegaan op de aard van de tegenprestatie, te weten het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd (paragraaf 6.9.2), waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder (paragraaf 6.9.3).

proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, art. 2 lid 1 sub 2.

89 Zie meest recentelijk: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, art. 2 lid 1 sub 5.

90 In een nog theoretischer – en daarmee nagenoeg hypothetisch – geval zou de tegenprestatie ook kunnen bestaan uit de exploitatie van een werk dat op zichzelf niets met de uit te voeren werkzaamheden te maken heeft. Ook dan lijkt het aannemelijk dat sprake is van een concessieovereenkomst voor werken (en niet van een overheidsopdracht).

91 Zie paragraaf 5.8.4 over de keuze voor de enge benadering van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’.

6.9.1 Concessieovereenkomsten zijn overeenkomsten onder bezwarende titel

In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ inhoudt dat de aanbestedende dienst een op geld waardeerbare tegenprestatie levert in ruil voor de uitvoering van de werken door de aannemer.⁹² Bij een concessieovereenkomst bestaat deze tegenprestatie van de aanbestedende dienst eruit dat hij een exploitatierecht voor bepaalde tijd verleent aan de concessiehouder. Zoals in de volgende paragraaf nader zal worden uiteengezet, stelt dit exploitatierecht de concessiehouder in staat zijn kosten voor de uitvoering van de werken terug te verdienen, bijvoorbeeld door tolheffing bij een snelweg die de concessiehouder heeft moeten aanleggen. Een dergelijk exploitatierecht is derhalve op geld waardeerbaar, zodat de verlening daarvan een op geld waardeerbare tegenprestatie vormt en een concessieovereenkomst aldus een overeenkomst onder bezwarende titel is.

Dit is ook op diverse plaatsen bevestigd. Zo stelt advocaat-generaal Mengozzi in zijn conclusie in de zaak *Müller* dat aan het begrip ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ het idee ten grondslag ligt van een “uitwisseling van prestaties tussen de aanbestedende dienst, die een prijs betaalt (*of, subsidiair, een gebruiksrecht verleent*), en de opdrachtnemer, die de werkzaamheden of werken moet uitvoeren [cursivering PH]”.⁹³ Een tegenprestatie die bestaat uit het verlenen van een gebruiksrecht is kenmerkend voor een concessieovereenkomst, zodat deze overweging van Mengozzi impliceert dat ook een concessieovereenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel is. Verder wordt in het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn een concessieovereenkomst voor werken gedefinieerd als “een contract onder bezwarende titel”,⁹⁴ volgens de Commissie is deze definitie identiek aan de huidige definitie uit de Aanbestedingsrichtlijn, hetgeen meebrengt dat ook daarin een concessieovereenkomst voor werken een overeenkomst onder bezwarende titel is.⁹⁵

Ook op nationaal niveau is bevestiging te vinden. Zo is in de nota van toelichting op het Bao het volgende opgenomen:⁹⁶

92 Zie paragraaf 5.6.

93 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 77 (cursivering PH).

94 Commissievoorstel Concessierichtlijn, COM(2011) 897 def., art. 2 lid 1 sub 2. In het Commissievoorstel wordt het begrip ‘concessie voor openbare werken’ gehanteerd in plaats van ‘concessieovereenkomst voor werken’. Hierboven is reeds aangegeven dat omwille van de eenduidigheid hier gekozen is voor ‘concessieovereenkomst’ en dat de toevoeging ‘openbare’ geen inhoudelijk verschil maakt en daarom hier wordt weggelaten.

95 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 8.

96 Stb. 2005, 408, p. 48. Vergelijk ook het voorgestelde art. 1.16a van de Aanbestedingswet, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11. Dit artikel beperkt de werking van de be-

“Van een overeenkomst onder bezwarende titel is niet alleen sprake als de aanbestedende dienst een prijs betaalt, maar ook als een andersoortige economische tegenprestatie wordt verstrekt, *bijvoorbeeld een exploitatierecht* [cursivering PH].”

Een ander voorbeeld is de verwijzingsbeschikking van de Duitse rechter in de zaak *Müller*. Daarin stelt de verwijzende rechter: “*Die Übertragung des Nutzungsrechts hat entgeltersetzenden Charakter.*”⁹⁷ Verder heeft de Franse Raad van State (*Conseil d’Etat*) geoordeeld dat de verlening van het recht om inkomsten te verwerven uit reclame die op te realiseren bushokjes mocht worden geplaatst mede een bezwarende titel opleverde, ook al ging dat niet ten koste van de publieke middelen.⁹⁸ Een dergelijk recht om reclame te mogen aanbrengen kan worden gezien als een exploitatierecht van de eenmaal gerealiseerde bushokjes.

In de literatuur is eveneens aangenomen dat concessieovereenkomsten ‘overeenkomsten onder bezwarende titel’ zijn.⁹⁹ Er zijn echter ook diverse auteurs die het standpunt hebben ingenomen dat concessieovereenkomsten – in tegenstelling tot overheidsopdrachten – geen overeenkomsten onder bezwarende titel zijn.¹⁰⁰ Op grond van het bovenstaande moet dat evenwel niet juist worden geacht. De achtergrond van die standpunten is vermoedelijk dat als een concessieovereenkomst ook een overeenkomst onder bezwarende titel is, de concessieovereenkomst zou passen binnen de definitie van een overheidsopdracht en dus een (type) overheidsopdracht zou zijn. Dit laatste is echter niet het geval.¹⁰¹ De systematiek

palingen in de betreffende afdeling tot het sluiten van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel “tot het verrichten van werken, leveringen of diensten, die niet een overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieovereenkomst is waarop artikel 1.4, onderdeel a, van toepassing is.”

- 97 OLG Düsseldorf, verwijzingsbeschikking van 2 oktober 2008, kenmerk ‘VII-Verg 25/08’ (*Müller*), p. 20.
- 98 Daarnaast was de exploitant ook vrijgesteld van betaling van een vergoeding voor het gebruik van het openbaar domein; zie D’Hooghe 2009, nr. 255. Deze jurisprudentie wordt ook aangehaald in Boot & Wuijster 2008a.
- 99 Nijhoff 2000, p. 27.
- 100 Zie de conclusie van de A-G van 18 mei 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*), para. 24. De A-G stelt daar dat een “noodzakelijke contextuele invulling van het begrip ‘onder bezwarende titel’ concessies [zou] uitsluiten.” Onder verwijzing daarnaar overweegt Arrowsmith dat concessies beschouwd zouden kunnen worden als niet zijnde onder bezwarende titel; zie Arrowsmith 2005, p. 322. Zie verder Meesters 2011, p. 98. Volgens haar is in het geval van een werkenconcessie, de tegenprestatie van de aanbestedende dienst niet gelegen in de bezwarende titel, maar in het recht voor de concessiehouder het werk te exploiteren.
- 101 Zo ook D’Hooghe 2009, nr. 256: “Hoewel concessieovereenkomsten voor openbare werken op zich geen overheidsopdrachten zijn, vallen zij toch binnen het toepassingsgebied van de reglementering overheidsopdrachten.” Enigszins anders: Wedekind 1993. Hij stelde: “De inhoud van de concessieovereenkomst loopt parallel met de gewone overheidsopdracht. (...) Een concessieovereenkomst in het communautaire recht kan men dus een species van het genus ‘overheidsopdracht’ noemen.” Anders: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 94 en met name p. 173:

van de Aanbestedingsrichtlijn sluit namelijk uit dat een concessieovereenkomst tevens als een overheidsopdracht kan worden beschouwd.¹⁰² Zou dat wel zo zijn, dan moet een concessieovereenkomst reeds op grond van artikel 28 van de Aanbestedingsrichtlijn worden aanbesteed. Dit zou zich niet verdragen met de artikelen 56 en 58 van de Aanbestedingsrichtlijn, die een zelfstandige aanbestedingsverplichting bevatten en derhalve niet zijn geformuleerd als uitzondering op artikel 28. Bovendien zou (onder meer) de bepaling in artikel 56 over de berekening van de geraamde waarde van een concessieovereenkomst voor werken¹⁰³ dan overbodig zijn, omdat artikel 9 van toepassing is op alle overheidsopdrachten en alsdan ook zou gelden voor concessieovereenkomsten. Hetzelfde geldt voor de systematiek van de Commissievoorstellen voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn en de Concessierichtlijn. Als concessieovereenkomsten een overheidsopdracht zouden zijn, dan zouden zij reeds onder de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn vallen en was de Concessierichtlijn overbodig.

Het voorgaande legt een gebrek in de definitie van een overheidsopdracht voor werken bloot. Deze is namelijk zo geformuleerd dat concessieovereenkomsten voor werken, zijnde eveneens overeenkomsten onder bezwarende titel, in theorie binnen de definitie van een overheidsopdracht voor werken kunnen vallen. Hierboven is vastgesteld dat een dergelijke overlap echter niet de bedoeling van de Europese wetgever is geweest en dus niet mogelijk moet worden geacht. Bedoeld is dus dat een overheidsopdracht voor werken een overeenkomst onder bezwarende titel (etc.) is, *anders dan een concessieovereenkomst voor werken*. Het verdient dan ook aanbeveling dat de Europese wetgever dit verduidelijkt in de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Blijft die verduidelijking op Europees niveau uit, dan zou de Nederlandse wetgever alsnog daarvoor moeten zorgen in de implementatiewetgeving.

“Dat geldt ook voor de concessies voor openbare diensten, die per slot [van rekening] niets anders dan een subspecies van het begrip overheidsopdracht vormen.”; Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BT8434 (*Gezondheidscentrum Elst*), r.o. 4.2: “Het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is dus gelegen in de aard van de tegenprestatie aan de zijde van de aanbestedende dienst. De overeenstemming is daarin gelegen dat het in beide gevallen gaat om een overheidsopdracht.”

102 Voor wat betreft overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor diensten kwam het Hof tot dezelfde conclusie in HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*), r.o. 57. *Telaustria* had aangevoerd dat concessieovereenkomsten reeds onder de definitie van overheidsopdrachten voor diensten zouden vallen, omdat sprake was van ‘schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel’. Het Hof ging daar niet in mee. Hoewel dat zo zou kunnen worden opgevat, moet worden aangenomen dat het Hof hier niet heeft bedoeld dat concessieovereenkomsten voor diensten geen overeenkomsten onder bezwarende titel zouden zijn, maar slechts dat zij niet kunnen worden aangemerkt als ‘overeenkomsten onder bezwarende titel’ in de zin van definitie van een overheidsopdracht voor diensten.

103 De bepaling luidt: “Deze waarde wordt berekend volgens de regels voor overheidsopdrachten voor openbare werken van art. 9.”

6.9.2 Verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd

De vorm van de tegenprestatie die de aanbestedende dienst levert bij een concessieovereenkomst voor werken is een exploitatierecht voor bepaalde tijd. Kort gezegd komt dit erop neer dat de aanbestedende dienst de concessiehouder de kans biedt om zelf zijn kosten terug te verdienen en zo mogelijk ook winst te maken.¹⁰⁴ Op die manier wordt het door de aanbestedende dienst beoogde werk gerealiseerd, terwijl dat niet ten laste gaat van de publieke middelen.

Het bekendste voorbeeld van een dergelijk exploitatierecht is het recht om een in opdracht van de aanbestedende dienst gerealiseerde snelweg te exploiteren en in dat kader tol te heffen.¹⁰⁵ Een ander voorbeeld is de situatie waarin de concessiehouder een gebouw moet renoveren, waarvan een deel zal worden gebruikt door de aanbestedende dienst; het overige deel staat na renovatie ter beschikking aan de concessiehouder om inkomsten te verwerven uit de exploitatie daarvan, bijvoorbeeld door winkelruimte te verhuren.¹⁰⁶ Een derde voorbeeld betreft de situatie waarin een gemeente grond en water verhuurt aan een ontwikkelaar voor het ontwerp, de realisatie en de exploitatie van een jachthaven gedurende een aantal jaren.¹⁰⁷

De aanbestedende dienst kan de verlening van het exploitatierecht ook aanvullen met de betaling van een bepaald bedrag. De definitie van een concessieovereenkomst voor werken in de Aanbestedingsrichtlijn voorziet hier ook expliciet in door op te nemen dat de tegenprestatie ook kan bestaan uit het exploitatierecht “gepaard gaande met een prijs”. Met andere woorden, een dergelijke aanvullende betaling behoeft nog niet te betekenen dat geen sprake meer is van een concessieovereenkomst voor werken. Echter, als de tegenprestatie grotendeels zou bestaan uit een betaling van een geldbedrag en daarnaast ook een exploitatierecht zou worden verleend, is van een concessieovereenkomst geen sprake meer, maar gaat het om een overheidsopdracht voor werken. Uit de eerder besproken ontwikkeling van het begrip ‘concessieovereenkomst voor werken’ bleek dat het omslagpunt tussen een overheidsopdracht (betaling) en een concessieovereenkomst (exploitatierecht)

104 Zie in die zin ook Van Garsse 2007, p. 547. Overigens is niet uitgesloten dat de inkomsten uit de exploitatie worden betaald door de aanbestedende dienst, zoals bijvoorbeeld het geval is bij schaduwtoel; zie daarover onder meer Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, C-121/02 en D’Hooghe 2009, nr. 262.

105 Zie ook HvJ EG 27 oktober 2005, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/ Italië*).

106 Zie Arrowsmith 2000. Een vergelijkbaar voorbeeld is te vinden bij Hebly 2003; hij noemt het voorbeeld van een gemeentelijk zwembad waarbij de aannemer na renovatie extra voorzieningen mag aan- of opbouwen, zoals een sportschool en/of woningbouw. De verhouding tussen het onderdeel dat ten behoeve van de aanbestedende dienst wordt gerealiseerd en de overige onderdelen wordt besproken in het volgende hoofdstuk (paragraaf 7.5).

107 Kenniscentrum PPS, *Handleiding PPS en aanbesteden*, 2001, § 3.5.

wordt bepaald door de mate van risico-overdracht.¹⁰⁸ Deze risico-overdracht wordt in de volgende paragraaf nader geanalyseerd.

6.9.2.1 Voor bepaalde tijd

De aanbestedende dienst verleent het exploitatierecht slechts voor bepaalde tijd. Deze beperking in tijd is niet expliciet opgenomen in de Aanbestedingsrichtlijn, maar er bestaan niettemin overtuigende argumenten om dat aan te nemen. Zo past concessieverlening voor onbepaalde tijd niet goed bij de gedachte dat het exploitatierecht de concessiehouder in staat moet stellen zijn kosten terug te verdienen. Een exploitatierecht voor onbepaalde tijd impliceert dan dat ook de vereiste terugverdienperiode onbepaald is, hetgeen uiterst onwaarschijnlijk is.

Daarnaast bevat de wetgevingsgeschiedenis aanwijzingen dat bedoeld is dat het exploitatierecht voor onbepaalde tijd wordt verleend. Zo had de Commissie in haar voorstel voor de Richtlijn Werken opgenomen dat de tegenprestatie voor het uitvoeren van de werken bestaat “in het verlenen van het recht het werk *tijdens een bepaalde periode* te exploiteren”.¹⁰⁹ Uiteindelijk heeft de Raad een tekst aangenomen waarin deze beperking in de tijd niet meer was opgenomen; een motivering hiervoor ontbreekt echter. De Commissie was niettemin in 2000 nog onveranderd van mening dat het exploitatierecht beperkt is in tijd.¹¹⁰

“het recht op exploitatie [geeft] de concessiehouder de mogelijkheid *gedurende een bepaalde periode* geld te vorderen van de gebruiker van het werk [cursivering PH]”.

Ook het Economisch en Sociaal Comité stelde in zijn eigen (alternatieve) definitie van een concessieovereenkomst als voorwaarde dat de exploitatie weliswaar langdurig, maar niettemin beperkt is in tijd:¹¹¹

“Een concessieovereenkomst voor openbare werken is een rechtshandeling (bij overeenkomst dan wel eenzijdig) waarmee een overheidsinstantie aan een particuliere rechtspersoon het recht delegeert om een bepaalde infrastructuur of dienst *gedurende een lange en van te voren vastgestelde periode* te ontwerpen, bouwen, onderhouden en exploiteren [cursivering PH].”

In 2006 sloot het Parlement zich daarbij aan door te stellen dat de looptijd van een concessieovereenkomst beperkt moet zijn tot zo lang “als nodig is om de afschrij-

108 Zie paragraaf 6.2.

109 Cursivering PH. Zie verder paragraaf 6.1.1.

110 Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, *PbEG* 2000, C-121/02.

111 Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het onderwerp ‘Naar een EU-regelgeving inzake concessieovereenkomsten en contracten voor publiek-private samenwerking (PPS)’, *PbEG* 2001, C 14/91.

ving van de investeringen, een passende rentabiliteit van het ingebrachte kapitaal en herfinanciering van toekomstige investeringen te garanderen”.¹¹²

Het verbaast dan ook niet dat de Commissie in haar voorstel voor de Concessierichtlijn de volgende beperking aan de looptijd van de concessieovereenkomst – en derhalve van het exploitatierecht – heeft opgenomen:¹¹³

“De duur van de concessie is beperkt tot de termijn die naar schatting noodzakelijk is voor de concessiehouder om de gedane investeringen in verband met het exploiteren van de werken of diensten met een redelijk rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen.”

Met andere woorden, de looptijd is maximaal de terugverdienperiode voor de concessiehouder. Andere criteria aan de hand waarvan de looptijd zou kunnen worden beperkt – zoals door verwijzing naar prestatie-indicatoren of de tijd die nodig is om de met de concessie nagestreefde doelen te realiseren – werden moeilijk toepasbaar en dikwijls ongepast geacht.¹¹⁴

Volgens de Commissie gaat het bij bovenstaande bepaling om alle investeringen die nodig zijn om de concessie uit te voeren, zoals investeringen in nieuwe voorzieningen of in het in stand houden van reeds bestaande voorzieningen, alsook investeringen in training van personeel, intellectueel eigendom, vergunningen en financiering.¹¹⁵ Het Eerste Compromisvoorstel noemt enkel nog als voorbeelden investeringen met betrekking tot infrastructuur, materieel en personeel.¹¹⁶ Meest recentelijk worden echter als voorbeelden genoemd uitgaven met betrekking tot infrastructuur, auteursrechten, octrooien, materieel, logistiek, indienstneming en training van personeel om de concessie uit te voeren.¹¹⁷

De bepaling als zodanig is in het Eerste Compromisvoorstel gehandhaafd, al is geschrapd dat het moet gaan om een ‘redelijk’ rendement, hetgeen onduidelijk

112 Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement over publiek-private samenwerkingen en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (2006/2043(INI))*, P6_TA(2006)0462, 26 oktober 2006.

113 COM(2011) 897 def., art. 16.

114 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, toelichting bij art. 16.

115 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 20.

116 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, overweging 19a.

117 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012, overweging 19a.

werd gevonden.¹¹⁸ In plaats daarvan is sindsdien in de considerans opgenomen dat het moet gaan om een rendement op het geïnvesteerd vermogen, dat moet corresponderen met een rendement dat verwacht wordt onder normale marktomstandigheden.¹¹⁹ Daarnaast is aan de bepaling toegevoegd dat deze alleen geldt voor concessies met een looptijd van meer dan vijf jaar. Deze overweging en bepaling zijn in de laatste versie van het richtlijnvoorstel gehandhaafd, al is aan die bepaling toegevoegd dat de duur “in principe” is beperkt.¹²⁰ Deze ruimte voor uitzonderingen moet echter zeer beperkt worden uitgelegd, gelet op de volgende overweging uit de considerans:¹²¹

“In exceptional circumstances, the concession may be of a longer duration than the one defined on the basis of the above criteria, if the contracting authority or entity demonstrates that, for example, this duration is required by sector specific legislation in accordance with the Treaty and pursuant to the Union’s secondary law.”

Ook het Hof lijkt het exploitatierecht in tijd te beperken. Ten aanzien van overheidsopdrachten voor diensten overwoog het Hof nog dat het “gemeenschapsrecht (...) bij de huidige stand ervan evenwel niet [voorziet] in een verbod op voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomsten inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening”.¹²² Maar in de specifieke context van de concessieovereenkomst voor werken kwam later in het *Müller*-arrest aan bod dat de Duitse wetgever in de definitie van een concessieovereenkomst voor werken had opgenomen dat de tegenprestatie bestaat uit “het recht het werk gedurende een bepaalde tijd te exploiteren”.¹²³ In zijn arrest overwoog het Hof dat “er hoe dan ook gegronde redenen [zijn], waaronder met name de mededingingshandhaving, om aan te nemen dat concessieverlening voor onbepaalde tijd in strijd is met de Unierechtsorde”.¹²⁴ Advocaat-generaal Jääskinen leidde daaruit af dat het verlenen van een exploitatierecht voor onbepaalde tijd in strijd is met de door het Hof gegeven definitie van

118 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, art. 16.

119 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, overweging 19a.

120 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012, overweging 19a resp. art. 16.

121 Geïntroduceerd in: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 19a.

122 HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Pressetext*), r.o. 74.

123 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 31. Cursivering PH.

124 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 79.

een concessieovereenkomst.¹²⁵ Daarnaast kan uit het arrest *Spaanse veerdiensten* van het Hof worden opgemaakt dat als concessieverlening het vrij verkeer van diensten beperkt, de looptijd van die concessie moet worden gerechtvaardigd vanwege dwingende redenen van algemeen belang;¹²⁶ de concessieverlening mag het vrij verkeer dan niet verder beperken dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken.¹²⁷ Een onbeperkte looptijd lijkt dan op voorhand niet te rechtvaardigen. In lijn hiermee wordt in de considerans van het Compromisvoorstel de daarin gestelde beperking van de looptijd van een concessie toegelicht door te stellen dat de beperking van het vrij verkeer door de concessieverlening gerechtvaardigd is voor de periode die noodzakelijk is voor de concessiehouder om zijn kosten terug te verdienen (inclusief rendement).¹²⁸

Op grond van het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat vereist is dat het exploitatierecht voor bepaalde tijd wordt verleend en dat – ook naar huidig recht – de looptijd niet langer mag zijn dan gerechtvaardigd is gezien de verwachte terugverdienperiode (inclusief rendement). Dit brengt logischerwijs mee dat na afloop van de exploitatieperiode, de aanbestedende dienst dan weer volledig beschikt over het uitgevoerde werk en (opnieuw) kan besluiten een overeenkomst te sluiten voor de exploitatie van het gerealiseerde werk.¹²⁹ Ook is denkbaar dat de aanbestedende dienst dan zou besluiten het werk in eigendom over te dragen aan bijvoorbeeld de voormalige concessiehouder. Dit wordt onderschreven door advocaat-generaal Mengozzi die stelt dat “de mogelijkheid voor het openbaar bestuur om op een dag eigenaar van de bouwwerken te worden, zij het mogelijk slechts teneinde het recht op exploitatie daarvan opnieuw toe te wijzen” een van de fundamentele kenmerken van een concessieovereenkomst voor werken is.¹³⁰

Gelet hierop, kan de overdracht van de eigendom van het werk aan de concessiehouder als zodanig geen verlening van een exploitatierecht opleveren, aangezien het eigendomsrecht in beginsel onbeperkt in tijd is. Dit zou anders zijn als ten tijde van het sluiten van de concessieovereenkomst vaststaat dat de aanbestedende

125 Conclusie van de A-G van 16 september 2010, zaak C-306/08 (*Commissie/Spaanje*), para. 97.

126 HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03 (*Spaanse veerdiensten*), r.o. 37, 41 en 48.

127 Zie onder meer HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 47-48. Zie hierover ook 't Hart 2012b, die uit het *Spaanse veerdiensten*-arrest reeds afleidt dat volgens het Hof concessies niet langer mogen duren dan redelijkerwijs noodzakelijk is om de gedane investeringen en gemaakte kosten terug te verdienen.

128 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, overweging 19a.

129 Een dergelijke nieuwe exploitatieovereenkomst zal – afhankelijk van de omstandigheden – dan kwalificeren als overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor diensten.

130 Conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 92.

dienst na verloop van tijd alsnog het eigendomsrecht of een soortgelijk recht op de werken zal (terug)krijgen of een optie daartoe heeft.¹³¹

Dit laatste is vergelijkbaar met de uitgifte van grond in erfpacht, hetgeen in beginsel ook voor bepaalde tijd gebeurt.¹³² Een voorbeeld hiervan is terug te vinden in een Nederlandse uitspraak die ging over een overeenkomst die de gemeente Maastricht had gesloten met een onderneming op grond waarvan deze gedurende een periode van dertig jaar een erfpachtrecht kreeg met betrekking tot een aantal parkeergarages.¹³³ Deze marktpartij diende op grond van die overeenkomst de betreffende parkeergarages te renoveren en te exploiteren tegen tarieven die in overleg met de gemeente waren vastgesteld. Op basis van deze afspraken oordeelde de rechtbank Maastricht dat de overeenkomst moest worden aangemerkt als een concessieovereenkomst voor werken.¹³⁴ Het verweer van de gemeente dat slechts sprake was van een gewone vastgoedtransactie, waarop het Europese aanbestedingsrecht en het Verdrag niet van toepassing waren, kon dan ook niet slagen.¹³⁵ Hoewel dat niet in de uitspraak aan de orde kwam, is goed voorstelbaar dat de

131 Vergelijk de conclusie van de A-G van 17 november 2009, zaak C-451/08 (*Müller*), para. 97. Zo ook 't Hart 2012b, voetnoot 43.

132 Zo ook Kuypers & Simon 2010.

133 Rb. Maastricht 8 oktober 2008, *LJN BF7031*, BR 2009/364 (*P1/Maastricht*).

134 De rechtbank voegde daar nog het volgende aan toe: "Aangezien uit de considerans van de overeenkomst blijkt dat de gemeente de overeenkomst sluit in verband met de uitvoering van haar parkeerbeleid en dat de overeenkomst door haar wordt gezien als een vorm van publiek-private samenwerking, oordeelt de rechtbank bovendien dat de overeenkomst betrekking heeft op een openbaar werk, zoals bedoeld in artikel 1 onder d van de [Consolidatierichtlijn Werken] (...)." De strekking van dit oordeel blijkt niet duidelijk uit de uitspraak, maar het lijkt erop dat deze niet van (doorslaggevend) belang moet worden geacht voor de kwalificatie van de overeenkomst als concessieovereenkomst, maar moet worden gezien in het licht van de latere overwegingen van de rechtbank ingeval de richtlijn niet van toepassing zou zijn.

135 In het licht van bovenstaande afspraken ten aanzien van de renovatie en exploitatie is weinig verrassend dat dit verweer niet is gehonoreerd. Opmerkelijk zijn echter de volgende opmerkingen van de rechtbank over dit verweer van de gemeente: "(...) [Het verweer] strookt bovendien niet met de eigen handelwijze van de gemeente, nu zij immers voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan een gerenommeerd advocatenkantoor in de Randstad advies heeft gevraagd omtrent de vraag of de transactie al dan niet in strijd zou zijn met het Europees mededingingsrecht. Kennelijk bestond er ook bij de gemeente zelf een gerede twijfel omtrent de beantwoording van die vraag. Indien bij een overheidslichaam in redelijkheid twijfel bestaat omtrent de vraag of een aanbesteding valt binnen de werkingssfeer van het Gemeenschapsrecht, dan mag van haar verwacht worden dat zij, gezien de strekking van het dat recht om een vrij verkeer binnen de interne markt tot stand te brengen en gezien de status van dat recht binnen onze nationale rechtsorde, kiest voor de toepassing van het gemeenschapsrecht."

Kort gezegd was de rechtbank aldus van oordeel dat bij twijfel het Unierecht van toepassing is. Deze redenering zou leiden tot een aanzienlijke uitbreiding van de werkingssfeer van het Unierecht die niet past binnen de bestaande wetgeving en jurisprudentie van het Hof; deze overweging verdient dan ook geen navolging.

periode van dertig jaar gekozen was om de concessiehouder in staat te stellen zijn gemaakte kosten voor de renovatie terug te verdienen uit de exploitatie van de parkeergarages.

In het licht van het bovenstaande zijn de stellingen die de Commissie innam in de – inmiddels stopgezette – inbreukprocedure met betrekking tot het project ‘Het Nieuwe Landgoed’ te Ede moeilijk te begrijpen.¹³⁶ De inbreukprocedure ging over een aantal overeenkomsten tussen de gemeente Ede en een ontwikkelaar. Als gevolg daarvan verkocht de gemeente grond aan de ontwikkelaar, die daarop onder meer commercieel vastgoed diende te realiseren (woningen en een deel van een multifunctioneel centrum). Volgens de Commissie is de overeenkomst voor het commerciële vastgoed onder bezwarende titel gesloten aangezien de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uit uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.¹³⁷ De Commissie vervolgt:

“De tegenprestatie voor de uit te voeren werken komt bijgevolg niet van de Gemeente, maar van de exploitatie van het werk in kwestie, in de praktijk de door derde partijen voor het gebruik of voor de koop van (delen van) Het Nieuwe Landgoed betaalde bedragen. Het Consortium draagt bijgevolg het economisch risico van het exploiteren van het werk in kwestie.”

Tot zover is dit betoog nog goed te volgen. De Nederlandse regering had echter aangevoerd dat de ontwikkelaar de te bouwen woningen niet exploiteert, omdat hij deze zal verkopen. De Commissie reageert hierop als volgt:

“De Commissie is echter van mening dat (...) [de ontwikkelaar] de huizen niet dient te verkopen, maar deze ook aan derden kan verhuren. In ieder geval heeft exploitatie in de zin van de richtlijn een ruime betekenis heeft en kan het de verkoop van huizen en/of verhuur ervan aan derden omvatten. De bouwvergunning geeft bovendien niet alleen een recht om een bepaald gebouw te bouwen, maar garandeert ook dat het kan worden geëxploiteerd omdat het rechtmatig is gerealiseerd.”

Met deze uitleg van het begrip ‘exploitatie’ lijkt de Commissie volledig voorbij te gaan aan bovenstaand vereiste dat de exploitatie voor bepaalde tijd dient te zijn, waarna de aanbestedende dienst (i.c. de gemeente Ede) weer de beschikking over die exploitatie moet krijgen. Door de verkoop van de grond aan de ontwikkelaar is van een dergelijke beperking in tijd en terugkerende beschikking geen sprake; daarvoor is niet relevant of de ontwikkelaar de woningen zal verkopen of verhuren aan derden. Uit het met redenen omkleed advies blijkt ook niet dat er anderszins afspraken bestonden op grond waarvan de gemeente na verloop van tijd over de

136 Zaaknummer 2007/4721. Zie ook de persberichten van de Europese Commissie IP/10/1233 van 30 september 2010 en IP/11/600 van 19 mei 2011. Het met redenen omkleed advies dateert van 1 oktober 2010.

137 Met redenen omkleed advies d.d. 1 oktober 2010.

exploitatie van het commerciële vastgoed zou kunnen beschikken. In dat geval kan van het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd geen sprake zijn en daarmee ook niet van een concessieovereenkomst voor werken.

Het ligt voor de hand dat de Commissie een vergelijkbare stelling heeft ingenomen in de inbreukprocedure inzake het project ‘Doornakkers’.¹³⁸ Ook die kwestie betreft de verkoop van grond door een gemeente (i.c. de gemeente Eindhoven) aan een ontwikkelaar, waarbij volgens de Commissie sprake is van concessieovereenkomst voor werken. Deze zaak is momenteel aanhangig bij het Hof, maar in het licht van het voorgaande moet de kans van slagen minimaal worden geacht.¹³⁹

Niettemin moet worden opgemerkt dat de Commissie op dit gebied in het verleden al wel succes heeft geboekt. Dit was het geval in de inbreukprocedure ‘Osbalwick’.¹⁴⁰ Daarbij ging het om een grondverkoop van de gemeente York aan een woningbouwcorporatie ten behoeve van de ontwikkeling van circa 540 woningen, waarvan ongeveer 40% sociale woningen. De gemeente was betrokken bij de specificatie van de woningen en zou de huurders mogen benoemen voor de sociale woningen.¹⁴¹ In reactie op de ingebrekestelling van de Commissie erkende het Verenigd Koninkrijk dat sprake was van een ten onrechte onderhands gesloten concessieovereenkomst voor werken. Dit leidde uiteindelijk tot stopzetting van de inbreukprocedure. De erkenning van het Verenigd Koninkrijk is opmerkelijk, aangezien nergens uit de stukken blijkt dat de gemeente York op enig moment de volledige beschikking zou verkrijgen over de gerealiseerde woningen. Haar beschikking was beperkt tot het benoemingsrecht voor de huurders voor (slechts) 40% van de woningen. Gelet op hetgeen hierboven is betoogd, moet dit echter onvoldoende worden geacht om de verlening van een exploitatierecht voor bepaalde tijd ten aanzien van alle woningen op te leveren, zodat van een concessieovereenkomst geen sprake kan zijn. Mogelijk heeft bij de erkenning een grote rol gespeeld dat als niet de gemeente York de overeenkomst had moeten aanbesteden, de woningbouwcorporatie dat naar alle waarschijnlijkheid wel had moeten doen. De woningbouwcorporatie was volgens de Commissie en het Verenigd Koninkrijk eveneens een aanbestedende dienst en zou – in ieder geval voor de bouw van de sociale woningen – opdrachten verlenen aan aannemers.

138 Zaaknummer 2007/4524. Persberichten van de Europese Commissie IP/09/1478 (mroa) en IP/10/679 (beroepsprocedure) van resp. 8 oktober 2009 en 3 juni 2010. Zie ook de raadsinformatiebrief van de gemeente Eindhoven van 13 oktober 2009, kenmerk 09.R3326.001. Zie verder Zeelenberg 2009.

139 Het beroep is ingesteld op 9 december 2010, zaak C-576/10 (*Doornakkers*).

140 Zaaknummer 2007/4156. De Commissie heeft hierover twee persberichten gepubliceerd, te weten IP/09/1000 en IP/10/507 van resp. 25 juni 2009 en 5 mei 2010.

141 Zie paragraaf 5.8.2 over het vermoedelijke rechtstreeks economische belang als gevolg van dit benoemingsrecht.

6.9.2.2 Beschikking aanbestedende dienst over het exploitatierecht

Een aanbestedende dienst kan niet een exploitatierecht verlenen aan een concessiehouder die al over dat recht beschikt, bijvoorbeeld omdat deze eigenaar is van de grond in kwestie. Deze situatie deed zich voor in het *Müller*-arrest, waarin het Hof overwoog dat de eigenaar van een stuk grond het recht heeft het te exploiteren met inachtneming van de toepasselijke wettelijke voorschriften.¹⁴² Zolang een marktdeelnemer het recht geniet een stuk grond te exploiteren dat zijn eigendom is, kan een overheidsinstantie in beginsel geen concessie met betrekking tot deze exploitatie verlenen, aldus het Hof. Aan dit oordeel van het Hof lag de volgende overweging ten grondslag:¹⁴³

“Een aanbestedende dienst moet over de exploitatie van een werk in de zin van deze bepaling kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen.”

Met de zinsnede ‘de exploitatie van een werk in de zin van deze bepaling’ verwijst het Hof naar de definitie van een concessieovereenkomst voor werken uit de Aanbestedingsrichtlijn. Deze overweging onderstreept aldus dat in het algemeen de aanbestedende dienst eerst zelf moet kunnen beschikken over het exploitatierecht, voordat hij dat als tegenprestatie kan verlenen aan de concessiehouder.

In de inbreukprocedure ‘Het Nieuwe Landgoed’ nam de Commissie ook op dit punt een moeilijk navolgbaar standpunt in.¹⁴⁴ De verlening van het exploitatierecht zou namelijk eruit bestaan dat de gemeente *i)* de ontwikkelaar heeft verplicht bepaald vastgoed op de door haar verkochte gronden te bouwen en *ii)* verplicht is haar volledige publiekrechtelijke medewerking te verlenen aan het project alsmede een definitieve bouwvergunning af te geven voor de verkochte gronden, zodat de werken kunnen worden uitgevoerd en geëxploiteerd. Aan dit laatste voegt de Commissie toe:

“De realisatieovereenkomst en het toepasselijke publiekrechtelijk kader dat op maat gesneden is voor dit project bevatten de specifieke voorwaarden en beperkingen die (...) [de ontwikkelaar] in acht moet nemen gedurende de exploitatie van het werk. In het licht van deze feiten concludeert de Commissie dat de ontwikkelaar op grond van de Realisatie-overeenkomst in kwestie voor een bepaald project een op maat gesneden bouwvergunning verkrijgt die hem het recht geeft het in de overeenkomst met de Gemeente vastgestelde werk te bouwen en te exploiteren. Dit recht heeft een belangrijke economische waarde.”

Deze stelling lijkt te miskennen dat de gemeente door de grond te verkopen haar recht op exploitatie van die grond – en het daarop te bouwen werk – is kwijtge-

142 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 74.

143 HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*), r.o. 72.

144 Zaaknummer 2007/4721. Zie ook bovenstaande kritiek voor wat betreft het (on)bepaalde tijd van de exploitatie.

raakt. Naar Nederlands recht kan namelijk een grondeigenaar een bouwvergunning (of eigenlijk: omgevingsvergunning) aanvragen, waarbij de vergunningverlener dan geen discretionaire bevoegdheid heeft voor zover de voorgenomen werken passen binnen het vigerende planologische kader.¹⁴⁵ Met andere woorden, de ontwikkelaar heeft vanwege diens verkregen grondeigendom in feite al het recht om werken op de grond te bouwen en te exploiteren. De gemeente heeft dat recht daarentegen niet (meer) en zelfs al zou de gemeente dat recht ook hebben, dan kan zij de ontwikkelaar dat recht niet nog eens verlenen. Om die reden valt niet in te zien dat sprake kan zijn van een concessieovereenkomst voor werken.

Eenzelfde stelling heeft de Commissie ingenomen in de inbreukprocedure ‘Doornakkers’. Dit blijkt uit een persbericht van de Commissie waarin het volgende is opgenomen:¹⁴⁶

“Hoewel de ontwikkelaar het project op eigen risico en voor eigen rekening moet realiseren en van de gemeente geen rechtstreekse betaling ontvangt, is de Commissie van oordeel dat de gemeente Eindhoven de ontwikkelaar een exploitatierecht heeft verleend in de zin van de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten, aangezien de ontwikkelaar een op maat gesneden bouwvergunning krijgt die hem het recht geeft de in de samenwerkingsovereenkomst bepaalde werken te realiseren en te exploiteren.”

Mocht deze zaak uiteindelijk leiden tot een arrest, dan duidt het voorgaande erop dat het Hof de vorderingen van de Commissie zal afwijzen.

6.9.3 Overdracht exploitatierisico

Uit de eerder in dit hoofdstuk beschreven ontwikkeling van het begrip ‘concessieovereenkomst voor werken’ bleek dat het Hof – in navolging van de Commissie – heeft erkend dat het verlenen van het exploitatierecht voor bepaalde tijd impliceert dat de exploitatierisico’s bij de concessiehouder komen te liggen.¹⁴⁷ Dit vereiste van de overdracht van het exploitatierisico ligt ook voor de hand als wordt bedacht dat de concessiehouder de kans krijgt om zijn kosten terug te verdienen door het uitgevoerde werk te exploiteren. Als hij daarbij geen risico zou lopen, is in feite sprake van een tegenprestatie zoals die kenmerkend is voor overheidsopdrachten voor werken, zoals een betaling in geld. Ontbreekt het risico, dan is de overeenkomst in kwestie dus geen concessieovereenkomst, maar een overheidsopdracht voor werken.

145 Zie paragraaf 5.6.4.3.

146 Zaaknummer 2007/4524. Persbericht van de Europese Commissie IP/10/679 van 3 juni 2010.

147 Zie paragraaf 6.2.6. Zo ook A-G Kokott in haar conclusie van 15 juni 2006, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), para. 46.

Voor wat betreft het omslagpunt tussen beide, oftewel de vraag vanaf hoeveel risico-overdracht sprake is van een concessieovereenkomst in plaats van een overheidsopdracht voor werken, is bepalend dat volgens het Hof is “vereist dat de aanbestedende dienst het op hem rustende risico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder”.¹⁴⁸ Het Hof stelde dat in het kader van het onderscheid tussen concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten voor diensten. Voor dit aspect is evenwel niet relevant of het gaat om diensten of werken; de definities van beide type concessieovereenkomsten zijn op dit punt gelijk. Bovendien heeft ook het Hof zijn jurisprudentie over het onderscheid tussen concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten voor diensten een-op-een toegepast op het onderscheid tussen concessieovereenkomsten en overheidsopdrachten voor werken.¹⁴⁹

Wat precies voor een ‘aanzienlijk deel’ overdragen inhoudt en waar derhalve de grens ligt tussen wel of niet voldoende exploitatierisico overdragen om te kunnen kwalificeren als concessieovereenkomst (en niet als overheidsopdracht), geeft het Hof niet aan.¹⁵⁰ In het voorstel voor de Concessierichtlijn vult de Commissie dit criterium in feite in door te vereisen dat het moet gaan om de overdracht van het ‘wezenlijk operationeel risico’. Later is het woord ‘wezenlijk’ geschrapt, overigens zonder verder tot inhoudelijke wijzigingen te leiden.¹⁵¹ Het operationeel risico is overgedragen als er voor de concessiehouder “geen garantie voorhanden is dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken (...) die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden

148 Zie onder meer HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*). Dit sluit ook bij de conclusie van A-G Fennely van 18 mei 2000 bij het *Telaustria*-arrest, zaak C-324/98: “Dit kenmerk is mijns inziens gelegen in de omstandigheid dat de concessiehouder zelf het grootste of althans het substantiële economische risico verbonden aan de verrichting van de diensten heeft te dragen.”, alsook bij HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-300/07 (*Oymanns*), r.o. 75: “Bijgevolg draagt de marktdeelnemer in casu niet het hoofdrisico van de exploitatie van de betrokken activiteiten, dat kenmerkend is voor een concessiehouder in het kader van een concessieovereenkomst voor diensten.”

149 Zie paragraaf 6.2.6.

150 Dit signaleerde Arrowsmith in zekere zin ook. Volgens haar was destijds onduidelijk welk deel van de inkomsten uit de exploitatie afkomstig moet zijn (en dus niet rechtstreeks van de aanbestedende dienst); zie Arrowsmith 2005, p. 328.

151 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012.

terugverdiend”.¹⁵² Hier voegt de Commissie nog het volgende aan toe in een later non-paper over dit onderwerp:¹⁵³

“The Commission considered that, in the light of difficulty to assess the substantial character of the risk transferred, reference to the lack of guarantee of ‘breaking even’ is the only way to ensure a certain level of legal certainty.”

Deze invulling komt ook naar het huidige recht juist voor, aangezien het ontbreken van een dergelijke garantie betekent dat de concessiehouder het risico loopt dat hij zijn kosten niet zal terugverdienen, terwijl bij een overheidsopdracht de aannemer van tevoren precies de waarde van de tegenprestatie van de aanbestedende dienst kan bepalen.¹⁵⁴ Deze benadering is ook gehandhaafd in de latere versies van het Concessierichtlijnvoorstel.¹⁵⁵ Een eventuele risicobeperkende ‘exitregeling’ ingeval de concessie wordt beëindigd en dat toerekenbaar is aan de aanbestedende dienst, doet overigens niet af aan de oorspronkelijke risico-overdracht.¹⁵⁶

Met andere woorden, pas als de aanbestedende dienst zoveel exploitatierisico overdraagt dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen, is sprake van een concessieovereenkomst en niet van een overheidsopdracht voor werken.

6.9.3.1 Beperkt exploitatierisico door regelgeving

Het exploitatierisico zoals dat op de aanbestedende dienst rust, kan evenwel van meet af aan beperkt zijn als gevolg van specifieke regelgeving. In dat geval kan de aanbestedende dienst logischerwijs ook maar een beperkt exploitatierisico over-

152 Art. 2 lid 2 Commissievoorstel Concessierichtlijn. Zie ook de toelichting hierop in Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 8. Zie meest recent: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012, art. 2 lid 1 sub 15.

153 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 9.

154 Ook Risvig Hansen is van mening dat deze invulling reeds op grond van de huidige jurisprudentie geldt; zie Risvig Hansen 2012b, p. 96.

155 Zie meest recentelijk: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 7 en art. 2 lid 1 sub 15.

156 Zie meest recentelijk: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Gecorrigeerd Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12 COR 1, 9 november 2012, overweging 8.

dragen aan de concessiehouder. De vraag is of dat verschil maakt voor de beoordeling of sprake is van een concessieovereenkomst.

Deze vraag deed zich voor in het *Eurawasser*-arrest dat ging over een concessie voor de voorziening van drinkwater en de afvoer van afvalwater.¹⁵⁷ In dat verband overwoog het Hof dat in bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals de watervoorziening en de afvoer van afvalwater, het gebruikelijk is dat daarvoor regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben.¹⁵⁸ Als de aanbestedende dienst geen enkele invloed heeft op de wijze waarop de activiteit in kwestie aldus publiekrechtelijk is georganiseerd en derhalve op de omvang van het over te dragen risico, dan zou het niet redelijk zijn om van de aanbestedende dienst te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is.¹⁵⁹ Met andere woorden, het enkele feit dat het exploitatierisico van meet af aan een beperkte omvang heeft vanwege externe omstandigheden, is niet van invloed op de beoordeling of al dan niet sprake is van een concessieovereenkomst. Sterker nog, zelfs als de aanbestedende dienst een van meet af aan erg beperkt exploitatierisico dat op hem rust voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt, is volgens het Hof nog sprake van een concessieovereenkomst.¹⁶⁰

Een beperkt exploitatierisico betekent niettemin dat er nog steeds een risico op de concessiehouder rust, zodat hij geen zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen.¹⁶¹ Als de regelgeving echter tot gevolg heeft dat er (nagenoeg) geen exploitatierisico meer overblijft en de concessiehouder daardoor die zekerheid wel heeft, dan vormt de overeenkomst in kwestie geen concessieovereenkomst meer, maar een overheidsopdracht. De Commissie onderschrijft dit als volgt in de considerans van haar voorstel voor de Concessierichtlijn:¹⁶²

“Wanneer sectorspecifieke regelgeving voorziet in een waarborg voor de concessiehouder betreffende de rendabiliteit van de investeringen en de kosten die voor de exploitatie van de opdracht zijn gemaakt, mag een dergelijke opdracht niet als een concessie in de zin van deze richtlijn kwalificeren.”

157 HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 13.

158 HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 72.

159 HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*), r.o. 35.

160 HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*), r.o. 72 jo. HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*), r.o. 48. Later ook bevestigd in HvJ EU 10 november 2011, zaak C-348/10 (*Norma-A*), r.o. 50. Zie voor kritiek op deze overweging: Risvig Hansen 2012a.

161 Anders: Risvig Hansen 2012a. Zij meent dat de overdracht van een beperkt risico in geen geval een concessieovereenkomst kan opleveren.

162 Overweging 8 bij Commissievoorstel Concessierichtlijn.

De term ‘waarborg’ in deze overweging moet in samenhang worden gelezen met de hierboven aangehaalde ‘garantie’, zoals bedoeld in artikel 2 lid 2 van het voorstel. In beide gevallen gaat het om het bestaan van de zekerheid voor de concessiehouder dat hij zijn kosten zal kunnen terugverdienen. Overigens blijkt ook uit andere taalversies van het voorstel dat met de hierboven bedoelde ‘waarborg’ hetzelfde wordt bedoeld als een ‘garantie’.¹⁶³ Bovendien sluit dit aan bij de eerdere overweging uit de considerans dat de toepassing van specifieke regels voor de gunning van concessies niet gerechtvaardigd zou zijn indien de aanbestedende dienst de concessiehouder van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimum-inkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de kosten die de aannemer met betrekking tot de uitvoering van de opdracht dient te maken.¹⁶⁴ Aan bovenstaande overweging is later nog toegevoegd dat in sectoren met gereguleerde tarieven concessies kunnen worden verleend, voor zover het exploitatierisico, hoe beperkt dat ook is, nog steeds kan worden overgedragen aan de concessiehouder.¹⁶⁵ In het Derde Compromisvoorstel voor de Concessierichtlijn is in de considerans toegevoegd dat het bovenstaande ook geldt als het risico niet is beperkt door regelgeving maar door contractuele afspraken.¹⁶⁶

6.9.3.2 Aard van het exploitatierisico

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico op de concessiehouder moet overdragen en dat deze overdracht ertoe moet leiden dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. De vervolgvraag is dan wat voor soort risico dit ‘exploitatierisico’ is.¹⁶⁷

De aard van het over te dragen exploitatierisico is al geruime tijd voorwerp van discussie. De Commissie omschreef het exploitatierisico in 2000 nog als de risico’s “die verbonden zijn aan de financiële constructie van de operatie – die men de ‘economische risico’s’ zou kunnen noemen”.¹⁶⁸ Het Hof gaf jaren later (iets) meer inzicht. Volgens het Hof gaat het in ieder geval niet om risico’s die zijn verbonden aan slecht beheer of beoordelingsfouten van de aannemer, aangezien der-

163 Zie de Engelse, Duitse en Franse taalversies waarin in deze overweging wordt gesproken over respectievelijk ‘a guarantee’, ‘einen garantierten Ausgleich’ en ‘une garantie’.

164 Overweging 7 bij Commissievoorstel Concessierichtlijn.

165 Zie meest recentelijk: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012, overweging 8.

166 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012, overweging 8.

167 Zie hierover ook Risvig Hansen 2012b, p. 82-91.

168 Deze visie wordt enkele maanden later gedeeld door A-G Fennely in zijn conclusie van 18 mei 2000 bij het *Telaustria*-arrest, zaak C-324/98, dat ging over concessieovereenkomsten voor diensten; zie voetnoot 29 van dit hoofdstuk.

gelijke risico's inherent zijn aan elke overeenkomst.¹⁶⁹ Het exploitatierisico moet daarentegen worden opgevat als “het risico van blootstelling aan de grillen van de markt”, aldus het Hof. Dit kan zijn neerslag vinden in:

- het gevaar voor mededinging van andere marktdeelnemers;
- het gevaar voor wanverhouding tussen vraag en aanbod van diensten;
- het risico van insolventie van degenen die de verrichte diensten moeten betalen;
- het risico dat de exploitatiekosten niet volledig door de inkomsten worden gedekt; of ook
- het risico van aansprakelijkheid voor schade wegens gebrekkige dienstverlening.

Het “risico van blootstelling aan de grillen van de markt” komt later ook terug in het voorstel voor de Concessierichtlijn.¹⁷⁰ De Commissie heeft dat in haar voorstel evenwel als volgt nader uitgewerkt:¹⁷¹

“Dat economische risico kan bestaan uit:

- a) het risico verbonden aan het gebruik van de werken of de vraag naar de verrichting van de dienst; of
- b) het risico verbonden aan de beschikbaarheid van de infrastructuur die door de concessiehouder wordt aangeboden of wordt gebruikt voor de verrichting van diensten voor de gebruikers.”

Ter toelichting hierop stelt de Commissie:¹⁷²

“It is therefore clear that certain risks such as a purely financial risk (related to increase of the cost of the capital borrowed), regulatory risks (related to changes in the regulatory environment), construction risks (common to public works contract), management risks (bad management or errors of judgment by the economic operator) can not be considered as “operating risk”.”

In het Eerste Compromisvoorstel is bovenstaande bepaling enigszins gewijzigd en verplaatst naar de considerans.¹⁷³ De betreffende overweging luidt als volgt:

169 HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*).

170 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Gecorrigeerd Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12 COR 1, 9 november 2012, overweging 9.

171 Art. 2 lid 2 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

172 Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012, p. 9.

173 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012, overweging 8a.

“An operating risk must stem from the factors which are outside the control of the parties and thus can not result from inappropriate performance of the contract by any of the parties to the contract. An operating risk may consist in either a demand or an availability risk or in both a demand and an availability risk. Demand risk is to be understood as the risk on actual demand for the works or services which are the object of the contract. Availability risk is to be understood as the risk on the supply of the works or services which are the object of the contract, in particular the risk that the supply of the services will not match demand and the risk of liability for harm or damage resulting from inadequacy of the works or services.”

Later is “*the risk of liability for harm or damage resulting from inadequacy of the works or services*” geschraapt uit deze overweging en is daaraan toegevoegd:¹⁷⁴

“Risks such as those linked to bad management, contractual defaults by the economic operator or to a *force majeure* event are not decisive for the purposes of classification as a concession, since those risks are inherent in every contract, whether it be a public procurement contract or a concession.”

Uit het bovenstaande volgt dat het exploitatierisico ten eerste kan bestaan uit het ‘vraagrisico’. Dit houdt in dat de mate waarin de aannemer erin slaagt de door hem gemaakte kosten terug te verdienen, afhangt van de vraag naar de door hem te verrichten exploitatie.¹⁷⁵ In het klassieke voorbeeld van de aanleg en exploitatie van een tolweg, bestaat het vraagrisico eruit dat de aannemer niet weet hoeveel mensen gebruik zullen maken van de door hem aangelegde tolweg en derhalve tolgeld zullen betalen. Van een dergelijk vraagrisico wordt algemeen aangenomen dat het moet worden aangemerkt als een exploitatierisico zoals dat vereist is voor een concessieovereenkomst voor werken.¹⁷⁶

Daarnaast kan het exploitatierisico bestaan uit het ‘beschikbaarheidsrisico’, hetgeen voorkomt in de sfeer van (Nederlandse) DBFM-overeenkomsten¹⁷⁷ voor infrastructuur, zoals snelwegen. In dat geval dient de aannemer bijvoorbeeld een snelweg aan te leggen en gedurende een relatief lange periode te onderhouden. In ruil daarvoor ontvangt de aannemer van de aanbestedende dienst een periodieke vergoeding tijdens de onderhoudsfase. De hoogte van deze vergoeding is dan afhankelijk van de daadwerkelijke beschikbaarheid van de snelweg voor de gebruikers, maar onafhankelijk van het gebruik.¹⁷⁸ De meningen of een dergelijk risico een exploitatierisico in de zin van een concessieovereenkomst oplevert, lopen ech-

174 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Gecorrigeerd Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12 COR 1, 9 november 2012, overweging 9.

175 Arrowsmith 2005, p. 324; D’Hooghe 2009, nr. 260.

176 Zie Van Garsse 2007, p. 569 en de daar aangehaalde literatuur.

177 Design, Build, Finance, and Maintain.

178 Zie daarover bijvoorbeeld het *DBFM- Handboek*, ‘een verkenning van contractonderdelen’, januari 2008, beschikbaar via <www.ppsbijhetrijck.nl>, p. 38, alsook de

ter uiteen.¹⁷⁹ Doorslaggevend lijkt in ieder geval te zijn of in de omstandigheden van een concreet geval sprake is van een zodanig risico dat de aannemer niet zeker is dat hij zijn kosten zal terugverdienen en mogelijk (veel) minder of juist meer inkomsten uit de exploitatie zal verwerven.

Ten behoeve van het vaststellen van de eventuele overdracht van het exploitatierisico, is in de considerans van het voorstel voor de Concessierichtlijn opgenomen dat daarbij rekening kan worden gehouden met de netto contante waarde (“*net present value*”) van alle investeringen, kosten en opbrengsten van de concessiehouder, mits dat gebeurd op een consistente en uniforme wijze.¹⁸⁰

Gelet op het voorgaande, moet het voorstel voor de Concessierichtlijn op dit onderdeel worden gezien als een nadere – en bruikbare – verduidelijking van de huidige stand van het recht ten aanzien van de aard van het exploitatierisico.

6.9.4 Tussenconclusie overeenkomst onder bezwarende titel

Net als overheidsopdrachten voor werken zijn concessieovereenkomsten voor werken ‘overeenkomsten onder bezwarende titel’. Het verschil is evenwel dat bij een concessieovereenkomst voor werken de tegenprestatie eruit bestaat dat de aanbestedende dienst aan de concessiehouder het recht verleent het eenmaal uitgevoerde werk te exploiteren en op die manier de gemaakte kosten terug te verdienen. Dit exploitatierecht is voor bepaalde tijd, waarbij de duur afhangt van de te verwachten terugverdienperiode. Na afloop van de exploitatieperiode kan de aanbestedende dienst dan weer volledig beschikken over het uitgevoerde werk. Bovendien veronderstelt de verlening van dit recht dat de aanbestedende dienst daar eerst zelf over beschikt, voordat hij het kan verlenen aan een concessiehouder.

Het verlenen van een exploitatierecht kan worden aangevuld met een andersoortige tegenprestatie, bijvoorbeeld de betaling van een bepaald bedrag. Ook is het mogelijk dat door externe omstandigheden, zoals sectorspecifieke regelgeving, het exploitatierisico voor de concessiehouder wordt beperkt. De maatstaf om te bepalen of desondanks sprake is van een concessieovereenkomst, is of de aanbestedende dienst zoveel exploitatierisico heeft overgedragen dat de concessie-

uitwerking daarvan in Bijlage 2 van de ‘Rijksbreed DBFM modelovereenkomst Infrastructuur’, eveneens via voornoemde website beschikbaar.

179 Zo sluit Van Garsse niet uit dat het beschikbaarheidsrisico ook een exploitatierisico vormt; Van Garsse 2007, p. 570. D’Hooghe c.s. betwijfelen of een dergelijke zienswijze bevestiging zal vinden in de rechtspraak; D’Hooghe 2009, mr. 260. Hebly wijst erop dat als een beschikbaarheidsvergoeding ertoe leidt dat bij een correcte nakoming van de overeenkomst, de aannemer volledig wordt betaald, geen sprake is van een exploitatierisico; Hebly 2003, voetnoot 9.

180 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012, overweging 9.

houder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. Is die zekerheid er wel, dan moet de overeenkomst in kwestie worden beschouwd als overheidsopdracht voor werken. Deze onzekerheid kan het gevolg zijn van zowel het vraag- als het beschikbaarheidsrisico.

6.10 CONCLUSIE

De concessieovereenkomst voor werken als vorm van opdrachtverstrekking heeft sinds zijn introductie in 1971 weinig aandacht gekregen vergeleken met de overheidsopdracht voor werken. Ruim 25 jaar na de introductie ging de Commissie in 1997 voor het eerst dieper in op het onderscheid tussen beide en kwam tot de conclusie dat het onderscheid gelegen is in de verlening van een exploitatierecht dat tot gevolg heeft dat de concessiehouder het exploitatierisico draagt. Het zou nog eens tien jaar duren (tot 2008) voordat ook het Hof expliciet dit onderscheidende kenmerk erkende. In het voorstel voor de Concessierichtlijn wordt het exploitatierisico voor het eerst in de wetgeving opgenomen en daarin verduidelijkt. Ook worden daarin andere elementen bevestigd, zoals dat een concessieovereenkomst een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ is, dat de werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst moeten worden uitgevoerd, en dat het te verlenen exploitatierecht slechts voor bepaalde tijd is.

In dit hoofdstuk is vastgesteld dat sprake is van een concessieovereenkomst voor werken als:

- a) een aanbestedende dienst;
- b) en een concessiehouder;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
 - i. bestaande uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan de aannemer;
 - ii. waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de aannemer;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage I; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Voor alle elementen behalve die onder d geldt dat deze gelijk zijn aan de overeenkomstige elementen zoals die bij de overheidsopdracht voor werken zijn besproken. Een concessiehouder is inhoudelijk gezien niet anders dan een aannemer (element a). Verder moet worden aangenomen dat van een concessieovereenkomst voor werken ook sprake is als de concessiehouder niet een ‘werk’ maar werkzaamheden moet uitvoeren en de tegenprestatie bestaat uit de exploitatie van het werk waaraan die werkzaamheden moeten worden uitgevoerd (element g). Bovendien geldt ook ten aanzien van deze elementen dat zij weliswaar cumulatief zijn, maar

dat niettemin een functionele benadering is vereist bij de interpretatie van die elementen.

Het verschil tussen een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken is aldus gelegen in het element onder d: de ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. De hiervoor benodigde op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst bestaat bij een concessieovereenkomst voor werken eruit dat de aanbestedende dienst een exploitatierecht voor bepaalde tijd verleent. De duur van dit recht (en derhalve van de concessieovereenkomst) hangt af van de te verwachten terugverdienperiode. Na afloop van de concessieovereenkomst beschikt de aanbestedende dienst dan weer volledig over het uitgevoerde werk en kan hij (opnieuw) besluiten om bijvoorbeeld een overeenkomst te sluiten voor de exploitatie van het gerealiseerde werk of het werk in eigendom over te dragen aan de voormalig concessiehouder.

Bovendien moet de verlening van het exploitatierecht tot gevolg hebben dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico, hoe beperkt dat als zodanig ook is, voor ten minste een aanzienlijk deel op de concessiehouder heeft overgedragen. Dat is het geval als de aanbestedende dienst zoveel exploitatierisico heeft overgedragen dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. Deze (on)zekerheid kan het gevolg zijn van zowel het vraag- als het beschikbaarheidsrisico.

Voor zover een gronduitgifteovereenkomst voldoet aan alle bovenstaande elementen, moet deze worden beschouwd als concessieovereenkomst voor werken. In dat geval rust op de overheid een expliciete verplichting om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, mits de geraamde waarde de drempelwaarde overschrijdt, of de gronduitgifte anderszins een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Vormt een gronduitgifteovereenkomst echter geen concessieovereenkomst voor werken en ook geen overheidsopdracht voor werken, dan is sprake van zuivere gronduitgifte. De verplichtingen uit het aanbestedingsrecht gelden dan niet. Of de overheid dan niettemin verplicht is gelijke kansen te bieden, zal in Deel B blijken.

Hoofdstuk 7

Europese opdrachtverstrekking bij gronduitgifte

De eerste subonderzoeksvraag betref het bestaan van een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Uit de vorige hoofdstukken is gebleken dat het huidige recht geen expliciete verplichting bevat om gelijke kansen te bieden van gronduitgifte als zodanig, maar wel als die gronduitgifte Europese opdrachtverstrekking inhoudt. Dat is het geval als de gronduitgifteovereenkomst een overheidsopdracht of een concessieovereenkomsten voor werken vormt en de geraamde waarde daarvan de drempelwaarde overschrijdt (momenteel € 5 miljoen excl. btw), of, bij een lagere waarde, niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Vervolgens is vastgesteld wanneer een overeenkomst moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken.

Voor de beantwoording van de eerste subonderzoeksvraag moet vervolgens worden ingegaan op de concrete toepassing van het voorgaande op gronduitgifte. Met andere woorden, hoe kan bij een concreet geval van gronduitgifte worden bepaald of dat Europese opdrachtverstrekking inhoudt en derhalve daarbij een expliciete verplichting bestaat tot het bieden van gelijke kansen? Dit hoofdstuk beoogt die vraag te beantwoorden. Daartoe zal een aantal typen van gronduitgifte aan bod komen. Telkens is dan de vraag of de gronduitgifte een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt en zo ja, waarvan dan de geraamde waarde moet worden berekend dan wel waarvan moet worden bepaald of het een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Hierbij zal blijken dat de verschillende elementen van een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken vaak niet op zichzelf staan, maar met elkaar samenhangen. Bovendien wordt duidelijk hoe moet worden omgegaan met allerlei combinaties van overeenkomsten, werken en andere activiteiten.

Achtereenvolgens komen in dit hoofdstuk de volgende typen gronduitgifte aan bod:

- 1) gronduitgifteovereenkomsten waarbij de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking van de aanbestedende dienst komen (paragraaf 7.1);
- 2) gronduitgifteovereenkomsten waarbij de wederpartij werken uitvoert die *niet* ter beschikking van de aanbestedende dienst komen (paragraaf 7.2);
- 3) meerdere gronduitgifteovereenkomsten ten behoeve van (werkzaamheden aan) één werk (paragraaf 7.3);

- 4) één gronduitgifteovereenkomst ten behoeve van (werkzaamheden aan) meerdere werken (paragraaf 7.4);
- 5) gemengde gronduitgifteovereenkomsten (paragraaf 7.5), bestaande uit:
 - deels overheidsopdracht en deels concessieovereenkomst voor werken;
 - deels overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken en deels voor diensten en/of leveringen;
 - deels overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken en deels zuivere gronduitgifte.

Voor de nadere onderbouwing van de afzonderlijke elementen van een overheidsopdracht en concessieovereenkomst zoals die hieronder worden toegepast, wordt verwezen naar respectievelijk hoofdstuk 5 en 6. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat onderstaande behandeling van typen van gronduitgifte (uiteraard) geen uitputtende opsomming is van de mogelijke arrangementen bij gronduitgifte. Gekozen is voor veel voorkomende, typische gevallen, die als handvat kunnen worden gebruikt in de praktijk, ook bij meer complexe situaties. Ieder praktijkgeval zal dan ook op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld.

7.1 WERKEN TER BESCHIKKING VAN DE AANBESTEDENDE DIENST

Of een gronduitgifteovereenkomst tot opdrachtverstrekking leidt, zal doorgaans het eenvoudigst zijn vast te stellen als de wederpartij van de overheid verplicht is bepaalde werken uit te voeren die ter beschikking van de aanbestedende dienst komen. Een voorbeeld hiervan is als een gemeente grond verkoopt aan een ontwikkelaar die verplicht is op die grond een gemeentehuis te bouwen en dat gedurende vijftien jaar te verhuren aan de gemeente.

Bij een dergelijke overeenkomst is in ieder geval sprake van een aanbestedende dienst en een schriftelijke overeenkomst. Ook is er een aannemer, aangezien daarvoor niet is vereist of deze de werken zelf uitvoert, dan wel (zoals de ontwikkelaar uit het voorbeeld dat doet) de werken laat uitvoeren door een derde. De aannemer is verplicht de werken uit te voeren (in het voorbeeld: het bouwen van het gemeentehuis), zodat ook dat element aanwezig is. Volledige afwezigheid van een bouwplicht is bij dit type gronduitgifte onwaarschijnlijk, omdat de aanbestedende dienst dan het risico zou lopen dat de door hem gewenste en te verkrijgen werken niet worden uitgevoerd. Zo zal de gemeente in bovenstaand voorbeeld graag de beschikking willen hebben over het gemeentehuis en daarom het besluit om daadwerkelijk te gaan bouwen niet willen overlaten aan de ontwikkelaar.

Door het vooruitzicht van de beschikking over de uitgevoerde werken, is de uitvoering van die werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst. In bovenstaand voorbeeld vloeit de beschikking voort uit de verhuur aan de aanbestedende dienst; daarbij is niet relevant hoe lang de overeengekomen huurperiode is. Daarnaast kan de beschikking ook langs een andere weg tot stand komen, bijvoorbeeld door eigendomsoverdracht van de uitgevoerde werken aan

de aanbestedende dienst. Vertaald naar het voorbeeld, zou van dit laatste sprake zijn als de ontwikkelaar het gemeentehuis bouwt en vervolgens de grond met daarop het gemeentehuis weer verkoopt aan de gemeente.

Het bovenstaande voorbeeld heeft betrekking op het uitvoeren van een ‘werk’, namelijk het gemeentehuis. Het ligt voor de hand dat bij dit type gronduitgifte het werk zal moeten voldoen aan de eisen van de aanbestedende dienst. Het is immers hoogst onwaarschijnlijk dat een aanbestedende dienst de aannemer de vrije hand zou geven in wat voor werk hij zal uitvoeren, terwijl de aanbestedende dienst daarover uiteindelijk de beschikking krijgt. Zo zal de gemeente in het voorbeeld eisen willen stellen aan het ontwerp van het gemeentehuis, teneinde zeker te weten dat het bijvoorbeeld wat betreft uitstraling van de buitengevel en indeling van de werkruimtes voldoet aan hetgeen de gemeente wenselijk en noodzakelijk acht. Daarnaast kan dit type gronduitgifte betrekking hebben op het uitvoeren van werkzaamheden zoals bedoeld in bijlage 1 van de Aanbestedingsrichtlijn en het Bao. Dat zou bijvoorbeeld het geval zijn als een gemeente grond verkoopt aan een aannemer die op de grond bepaalde sloopwerkzaamheden verricht en vervolgens de grond weer verkoopt of verhuurt aan de gemeente. Een dergelijke ‘grondroute’ komt evenwel nogal omslachtig voor en zal dan ook niet snel in de praktijk worden gehanteerd.

Tot slot kan ervan worden uitgegaan dat dit type gronduitgifteovereenkomst een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ betreft. De aannemer zal immers als ondernemer niet geneigd zijn om de werken uit te voeren als daartegenover niet een op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst zou staan. In bovenstaand voorbeeld zullen de kosten voor het bouwen van het gemeentehuis worden verdisconteerd in de huurprijzen, zodat de ontwikkelaar zijn kosten gedurende de huurperiode terugverdient.¹

Overheidsopdracht voor werken

Gelet op het voorgaande, zal een gronduitgifteovereenkomst waarbij de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking van de aanbestedende dienst komen, in beginsel kwalificeren als overheidsopdracht voor werken. Als de geraamde waarde van die werken de drempelwaarde overschrijdt² of die werken een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen,³ is de aanbestedende dienst verplicht gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. In die gevallen bestaat aldus een expliciete verplichting om bij gronduitgifte de hier beoogde gelijke kansen te bieden.

1 Dit was bijvoorbeeld ook het geval in HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*).

2 Zie paragraaf 3.3.

3 Zie paragraaf 4.3.

Concessieovereenkomst voor werken

Daarnaast is denkbaar dat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst bestaat uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd met als gevolg dat het exploitatierisico bij de aannemer komt te liggen. In dat geval kwalificeert de gronduitgifteovereenkomst niet als overheidsopdracht maar als concessieovereenkomst voor werken. Net als bij bovenstaande overheidsopdrachten is de geraamde waarde c.q. het belang van de gehele overeenkomst dan het uitgangspunt om te bepalen of de overheid voor de opdrachtverstrekking expliciet verplicht is gelijke kansen te bieden.

In bovenstaand voorbeeld is van een dergelijke tegenprestatie geen sprake, omdat de aannemer van te voren de omvang van de tegenprestatie kan vaststellen (namelijk de huurprijs gedurende de overeengekomen huurperiode) en dus niet het exploitatierisico loopt. Van een concessieovereenkomst voor werken zou wel sprake zijn als een aanbestedende dienst aan een aannemer grond verkoopt en de aannemer op die grond een openbaar zwembad moet aanleggen en exploiteren gedurende een bepaalde periode. De aannemer dient dan op enig moment, maar uiterlijk aan het einde van de exploitatieperiode, de eigendom van de grond en het daarop gelegen zwembad – of anderszins de beschikking voor onbepaalde tijd daarover – over te dragen aan de aanbestedende dienst. Bestaat een dergelijke verplichting tot overdracht van de beschikking niet, dan kan van een concessieovereenkomst geen sprake zijn omdat het verleende exploitatierecht dan niet voor bepaalde tijd is. Bovendien is de uitvoering van de werken (dat wil zeggen: de aanleg van het zwembad) dan niet in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst,⁴ zodat niet alleen geen sprake van een concessieovereenkomst voor werken is, maar ook niet van een overheidsopdracht voor werken. De overeenkomst in kwestie vormt in dat geval zuivere gronduitgifte en geen opdrachtverstrekking. Als gevolg daarvan is het aanbestedingsrecht niet van toepassing en daarmee evenmin de aanbestedingsrechtelijke expliciete verplichting om gelijke kansen te bieden.

7.2 WERKEN NIET TER BESCHIKKING VAN DE AANBESTEDENDE DIENST

Het is uiteraard ook mogelijk dat een gronduitgifteovereenkomst juist tot doel heeft om werken uit te laten voeren die niet ter beschikking van de aanbestedende dienst komen. Dat is bijvoorbeeld het geval als een gemeente grond verkoopt aan een ontwikkelaar die op de volledige grond woningen zal bouwen en aan derden zal verkopen.

4 De aanbestedende dienst heeft dan immers ook geen financieel belang bij de uitvoering van de werken en een andersoortig rechtstreeks economisch belang laat zich hier moeilijk voorstellen; zie hierover verder paragraaf 5.8.

Net als in de vorige paragraaf, zijn bij dit type gronduitgifte duidelijk aanwezig de elementen ‘aanbestedende dienst’, ‘aannemer’ en ‘schriftelijke overeenkomst’. Mocht echter een of meer van de andere elementen ontbreken, dan is geen sprake van opdrachtverstrekking maar van zuivere gronduitgifte. In dat geval geldt de eerder vastgestelde expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen uit het Europese aanbestedingsrecht niet en moet worden gezocht naar een andere grondslag om alsnog de gelijke kansen van alle potentiële wederpartijen te waarborgen (zie Deel B).

In de praktijk zal bijvoorbeeld lang niet altijd sprake zijn van een verplichting voor de aannemer om tot uitvoering van de werken over te gaan. Ontbreekt deze bouwplicht op papier, dan zou niettemin *de facto* sprake kunnen zijn van een bouwplicht, omdat de aannemer feitelijk geen andere keuze heeft dan te starten met de bouw (bijvoorbeeld omdat hij anders een aanzienlijke boete is verschuldigd).⁵ Is ook *de facto* geen sprake van een bouwplicht, dan betreft de gronduitgifteovereenkomst zuivere gronduitgifte en geen opdrachtverstrekking. Het opleggen van een bouwplicht kan evenwel wenselijk zijn vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst. Zo zou de gemeente in bovenstaand voorbeeld een bouwplicht kunnen opleggen omdat zij wil voorkomen dat de eenmaal uitgegeven grond onbebouwd blijft en omdat zij invulling wenst te geven aan het vigerende bestemmingsplan of juist aan een nog vast te stellen gewijzigd bestemmingsplan.

Verder is het de vraag of de aanbestedende dienst een op geld waardeerbare tegenprestatie levert voor de uitvoering van de werken door de aannemer, zodat het een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ betreft. Deze tegenprestatie zou met name kunnen worden gevonden in de prijs die de aannemer moet betalen voor de grond (dat wil zeggen: de koopprijs, erfpachtcanon, of huurprijs). Is deze minder dan marktconform, dan levert het verschil tussen de daadwerkelijke en een marktconforme prijs een op geld waardeerbare tegenprestatie op. Bij een marktconforme prijs zou niettemin anderszins sprake kunnen zijn van een tegenprestatie, bijvoorbeeld als de aanbestedende dienst in het kader van een selectieprocedure niet heeft gekozen voor de partij die de hoogste grondprijs zou betalen. Hetzelfde geldt als de aanbestedende dienst rechtstreeks bijdraagt om een onrendabele top te dekken. In bovenstaand voorbeeld zou een dergelijke onrendabele top kunnen bestaan als de aannemer sociale koopwoningen bouwt, waarvoor de kosten hoger zijn dan de koopprijs die de doelgroep redelijkerwijs kan opbrengen. Vanwege de functionele benadering behoeft een dergelijke bijdrage niet noodzakelijk plaats te vinden op grond van de gronduitgifteovereenkomst zelf. Ook als deze is vormgegeven in een chronologisch onderscheiden handeling, zoals een afzonderlijke subsidie door dezelfde aanbestedende dienst, is het mogelijk dat deze handeling als een geheel samen met de gronduitgifteovereenkomst moet worden beoordeeld. Daarvan is naar alle waarschijnlijkheid sprake als tussen beide handelingen niet te veel tijd verloopt en er overtuigende aanwijzingen zijn dat de aanbestedende dienst

5 Zie paragraaf 5.2 onder ‘Cumulatieve elementen en functionele benadering’.

reeds bij de eerste handeling de bedoeling had de tweede handeling te verrichten. Ontbreekt een op geld waardeerbare tegenprestatie echter in het geheel, dan kan geen sprake meer zijn van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken, maar gaat het om zuivere gronduitgifte.

De uit te voeren werken zullen bovendien niet snel in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst zijn, aangezien deze daarover niet de beschikking zal krijgen. Van voldoende beschikking is niettemin vermoedelijk toch sprake als in bovenstaand voorbeeld de gemeente het recht zou hebben om de huurders of kopers van de te bouwen woningen te benoemen.⁶ Daarnaast zou het rechtstreeks economisch belang kunnen bestaan in een financieel belang van de aanbestedende dienst bij de uitvoering van de werken, bijvoorbeeld door daarin als investeerder risicodragend te participeren. Dit zal doorgaans evenwel niet het geval zijn. Dat is echter anders als de hoogte van de grondprijs gekoppeld is aan de daadwerkelijk gerealiseerde opbrengsten van de werken. De aanbestedende dienst heeft in dat geval een financieel belang bij de uit te voeren werken, in het bijzonder bij de opbrengsten daaruit. In het voorbeeld zou dit het geval zijn als de grondprijs die de ontwikkelaar moet betalen, achteraf wordt vast- of bijgesteld naar rato van de daadwerkelijke prijzen van de woningen die de ontwikkelaar aan derden heeft verkocht. Hoe hoger de verkoopprijs van een woning, hoe hoger de grondprijs is die de gemeente ontvangt en vice versa. Het realiseren van die woningen is dan in het rechtstreeks economisch belang van de gemeente. Zonder een rechtstreeks economisch belang is daarentegen sprake van zuivere gronduitgifte, ook als de andere elementen wel aanwezig zijn (zoals een bouwplicht en eisen aan de uit te voeren werken).

Voor wat betreft hun aard kunnen de uit te voeren werken bestaan uit werkzaamheden uit bijlage 1 van de Aanbestedingsrichtlijn (bijvoorbeeld sloopwerkzaamheden) of uit een 'werk' (bijvoorbeeld de woningen uit bovenstaand voorbeeld). Als het gaat om werkzaamheden uit de bijlage, moet worden aangenomen dat voor opdrachtverstrekking is vereist dat de aannemer deze werkzaamheden moet verrichten conform de specificaties van de aanbestedende dienst. Dit zal doorgaans snel het geval zijn, aangezien bijvoorbeeld bij sloopwerkzaamheden ook bepaald zal zijn wat de aannemer moet slopen en niet alleen dat er iets gesloopt moet worden. Als de overeenkomst ziet op de uitvoering van een 'werk', is relevant hoeveel invloed de aanbestedende dienst op dat werk heeft. Van opdrachtverstrekking is dan namelijk pas sprake als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. De bron van de eisen (publiek- of privaatrechtelijk) is hiervoor niet relevant, enkel het effect. Hoewel dat niet is uitgesloten, zal het publiekrechtelijke kader (zoals het bestemmingsplan en de welstandsnota) doorgaans niet zulke gedetailleerde eisen bevatten dat dit leidt tot opdrachtverstrekking. In bovenstaand voorbeeld zou van dergelijke eisen sprake

6 Zie paragraaf 5.8.2.2.

zijn als in de gronduitgifteovereenkomst en/of in het publiekrechtelijke kader tot in detail wordt vastgelegd wat voor woningen de ontwikkelaar moet realiseren (aantal woningen, oppervlakte en hoogte van de binnenruimten, bouwlagen, duurzaamheidseisen, passend binnen gedetailleerd stedenbouwkundig plan, etc.). Is dat niet het geval, dan is van opdrachtverstrekking een sprake, maar betreft het zuivere gronduitgifte.

Overheidsopdracht voor werken

Zijn alle bovenstaande elementen aanwezig, dan vormt de gronduitgifteovereenkomst een overheidsopdracht voor werken. Van de gehele overeenkomst moet dan de geraamde waarde worden berekend vanuit het perspectief van de aannemer en, als deze waarde de drempelwaarde niet overschrijdt, moet van dat geheel worden beoordeeld of het een grensoverschrijdend belang vertoont. In bovenstaand voorbeeld is dit de geraamde waarde c.q. het belang van de werken die de aannemer op die grond moet uitvoeren (dat wil zeggen: de inkomsten van derden die hij naar verwachting uit de verkoop zal verkrijgen).

Grosso modo is de kans dat dit type gronduitgifte in de praktijk een overheidsopdracht voor werken vormt evenwel niet groot en in ieder geval aanzienlijk kleiner dan bij de in de vorige paragraaf besproken gronduitgiftes.

Concessieovereenkomst voor werken

Strikt genomen kunnen gronduitgifteovereenkomsten die betrekking hebben op werken die niet ter beschikking komen van de aanbestedende dienst, geen concessieovereenkomsten voor werken vormen. Daarvoor is immers vereist dat de aanbestedende dienst op enig moment, maar uiterlijk na afloop van de exploitatie, de beschikking over de uitgevoerde werken verkrijgt. Bij gronduitgifte die bestaat uit de verkoop van grond is dat juist niet het geval. Gelet op de door de Commissie gestarte inbreukprocedures inzake Osbaldwick, Het Nieuwe Landgoed en Doornakkers, denkt de Commissie daar kennelijk anders over. De eerste twee procedures zijn echter stopgezet voordat het Hof zich hierover kon uitspreken; bij de derde komt het wellicht nog zover. Het valt te verwachten dat het Hof in dat geval zal bevestigen dat zonder het vooruitzicht van beschikking over de werken, van een concessieovereenkomst voor werken geen sprake kan zijn.

Dit vooruitzicht kan daarentegen wel bestaan als de gronduitgifte wordt vormgegeven als de overdracht van een recht op die grond voor *bepaalde* tijd, zoals erfpacht, huur en opstalrecht. Als daarbij na afloop van dat recht de op de betreffende grond uitgevoerde werken ter beschikking komen van de aanbestedende dienst, dan heeft deze aan de aannemer een exploitatierecht voor bepaalde tijd verleend en is de uitvoering van die werken in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst. In feite betreft het dan gronduitgifte ten behoeve van werken die ter beschikking van de aanbestedende dienst komen, zoals dat in de vorige paragraaf werd besproken. Hieraan wordt overigens niet afgedaan als partijen het betreffende recht op de grond kunnen verlengen. Als ook alle overige elementen aanwezig zijn, zal de overeenkomst dan een concessieovereenkomst in plaats van

een overheidsopdracht voor werken vormen, mits de aanbestedende dienst het exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de aannemer.

7.3 MEERDERE GRONDUITGIFTEOVEREENKOMSTEN TEN BEHOEVE VAN ÉÉN WERK

Bij de vorige twee typen gronduitgifteovereenkomsten ging het telkens om één gronduitgifteovereenkomst met als enkel doel de realisatie van (werkzaamheden aan) één werk. Het is echter ook mogelijk dat meerdere gronduitgifteovereenkomsten gezamenlijk als enkel doel hebben de realisatie van (werkzaamheden aan) één werk, waarbij ieder van die overeenkomsten op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. In dat geval moet de geraamde waarde van alle betrokken overeenkomsten bij elkaar worden opgeteld om te bepalen of de drempelwaarde van momenteel € 5 miljoen (excl. btw) wordt overschreden. Wordt die drempel niet overschreden, dan moet van het geheel beoordeeld worden of dat een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Een dergelijke aggregatie van verschillende gronduitgifteovereenkomsten is in ieder geval noodzakelijk als deze betrekking hebben op de uitvoering van een en hetzelfde ‘werk’. Daarbij is niet relevant of meerdere aanbestedende diensten betrokken zijn. Voor de beoordeling wat als één werk moet worden beschouwd kan de eerder beschreven Vendée-test worden toegepast. Zo is denkbaar dat twee gemeenten een tolweg willen laten aanleggen die een verbinding tussen beide gemeenten vormt. Daartoe geeft ieder van hen de grond waarop de weg moet worden aangelegd uit in erfpacht aan een ontwikkelaar, die de tolweg ook zal laten exploiteren. Als ieder van beide gemeenten afzonderlijk een gronduitgifteovereenkomst sluit met die ontwikkelaar, zullen beide overeenkomsten niettemin samen moeten worden genomen en de geraamde waarden bij elkaar moeten worden opgeteld. Conform de Vendée-test vormt de aan te leggen tolweg namelijk één werk, omdat beide delen van die weg dezelfde technische en economische functie hebben, technisch niet naar plaats zijn gescheiden en ook niet zijn gescheiden naar tijd of coördinatie.⁷

Indien meerdere gronduitgifteovereenkomsten ieder het uitvoeren van werkzaamheden uit bijlage 1 bij de Aanbestedingsrichtlijn omvatten, is aggregatie noodzakelijk voor zover die werkzaamheden betrekking hebben op hetzelfde ‘werk’.⁸

7 Zonder coördinatie bestaat immers het risico dat beide delen niet goed op elkaar aansluiten en ook de exploitatie van de gehele tolweg niet goed verloopt.

8 Zie paragraaf 5.9.5.

7.4 EÉN GRONDUITGIFTEOVEREENKOMST TEN BEHOEVE VAN MEERDERE WERKEN

Het omgekeerde van de situatie uit de vorige paragraaf kan zich ook voordoen: één gronduitgifteovereenkomst die tot doel heeft de realisatie van meer dan één werk of de uitvoering van werkzaamheden met betrekking tot meer dan één werk, waarbij de uitvoering van (de werkzaamheden met betrekking tot) ieder werk op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. Een voorbeeld hiervan is als een gemeente op basis van één overeenkomst met een ontwikkelaar grond verkoopt waarop de ontwikkelaar een gemeentehuis moet bouwen en verhuren aan de gemeente, alsook opdracht verleent om in de buurt van het te bouwen gemeentehuis een parkje aan te leggen op gemeentegrond. Wat zijn de gevolgen van een dergelijke clustering binnen een gronduitgifteovereenkomst?

De clustering heeft dan tot gevolg dat de geraamde waarde die moet worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde, de geraamde waarde van de gehele overeenkomst is en niet per werk mag worden genomen. De aanbestedende dienst heeft in dat geval immers ervoor gekozen de verschillende onderdelen bij elkaar te voegen, zodat het vanuit diens perspectief ook voor de hand ligt de geraamde waarde van het geheel te hanteren. Dit sluit bovendien aan bij de benadering van het Hof in *Auroux/Roanne* dat de geraamde waarde moet worden bepaald vanuit het perspectief van de potentiële inschrijvers:⁹ voor hen gaat het om de waarde van het ‘totaalpakket’ en niet om de waarde van de afzonderlijke onderdelen. In bovenstaand voorbeeld betekent dit aldus dat als geraamde waarde moet worden genomen de gezamenlijke geraamde waarde van het gemeentehuis en het parkje. In lijn hiermee zal, als de drempelwaarde niet wordt overschreden, ook van dit geheel moeten worden bepaald of het al dan niet een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Overigens kan een dergelijke clustering leiden tot spanning met het proportionaliteitsbeginsel en om die reden onder omstandigheden niet zijn toegelaten. Dit specifieke aspect valt evenwel buiten de kaders van het onderhavige onderzoek en zal hier dan ook verder buiten beschouwing blijven.¹⁰

7.5 GEMENGDE GRONDUITGIFTEOVEREENKOMSTEN

Het laatste type gronduitgifte dat wordt besproken is de gemengde gronduitgifteovereenkomst. Daarbij is een onderscheid naar drie ‘mengvormen’ gemaakt, omdat bij ieder een afzonderlijk regime geldt om te bepalen wat de gevolgen van de vermenging zijn. Dit neemt uiteraard niet weg dat in de praktijk complexere

9 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 48-57. Zie verder paragraaf 3.3.2.

10 Zie hierover de Aanbestedingswet en de in dat kader gepubliceerde Gids Proportionaliteit.

mengvormen mogelijk zijn. Deze zullen evenwel vanuit de hier geschetste regimes moeten worden benaderd.

7.5.1 Overheidsopdracht/concessieovereenkomst voor werken en diensten/leveringen

Allereerst is het mogelijk dat een gronduitgifteovereenkomst deels een overheidsopdracht voor werken vormt en deels een overheidsopdracht voor diensten of leveringen. Zo kan een gemeente grond verkopen aan een ontwikkelaar die daarop een gemeentehuis moet bouwen en gedurende vijftien jaar verhuren aan de gemeente, hetgeen een overheidsopdracht voor werken vormt. In aanvulling daarop kan de ontwikkelaar verplicht zijn om het gebouw gedurende de huurperiode dagelijks te laten schoonmaken, hetgeen als zodanig een overheidsopdracht voor diensten vormt.

Hoofdvoorwerp-test

Op grond van de Aanbestedingsrichtlijn zijn op overheidsopdrachten voor werken grotendeels dezelfde regels van toepassing als op overheidsopdrachten voor leveringen of diensten. De richtlijn bepaalt bij een mengvorm van werken, leveringen en/of diensten wat de ‘kleur’ van de gemengde opdracht is. Bij een mengeling van werken en leveringen vormt de gehele opdracht een overheidsopdracht voor werken, tenzij de opdracht slechts zijdelings betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van de leveringen.¹¹ Een vergelijkbare bepaling geldt voor een combinatie van werken en diensten: ook dan vormt de gehele opdracht een overheidsopdracht voor werken, tenzij de werkzaamheden bijkomstig zijn ten opzichte van het verrichten van de diensten.¹²

Deze bepaling heeft tot gevolg dat een gemengde opdracht moet worden geacht slechts één type overheidsopdracht te zijn; welk type dat is, hangt af van de verhouding tussen de werken enerzijds en de leveringen/diensten anderzijds. Deze fictie brengt mee dat vervolgens de geraamde waarde van de gehele opdracht moet worden gehanteerd om te beoordelen of deze de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt. Welke drempelwaarde van toepassing is – de drempel van momenteel € 5 miljoen voor werken of die van € 200.000 voor leveringen en diensten (beide excl. btw) – vloeit voort uit de fictie: het type overheidsopdracht dat het geheel wordt geacht te zijn, bepaalt welke drempelwaarde geldt. Een opdracht die bestaat uit € 150.000 aan diensten gecombineerd met € 4,9 miljoen aan werken die niet slechts bijkomstig zijn ten opzichte van de diensten, moet als geheel als overheidsopdracht voor werken worden beschouwd en overschrijdt daarmee de toepasselijke drempelwaarde van € 5 miljoen. Mocht de drempelwaarde niet wor-

11 Art. 1 sub i onder 2 Bao. De Aanbestedingsrichtlijn formuleert het iets anders, maar zonder inhoudelijke gevolgen; zie art. 1 lid 2 sub c Aanbestedingsrichtlijn.

12 Art. 1 sub j onder 3 Bao en art. 1 lid 2 onder d 3^e alinea Aanbestedingsrichtlijn.

den overschreden, dan moet van het geheel worden bepaald of het een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Voorafgaand aan de Aanbestedingsrichtlijn bestonden deze bepalingen nog niet. In plaats van één Aanbestedingsrichtlijn golden toen drie richtlijnen, te weten de Consolidatierichtlijn Werken,¹³ Richtlijn Leveringen¹⁴ en Richtlijn Diensten.¹⁵ Geen van deze richtlijnen voorzag evenwel in een regeling ten aanzien van gemengde opdrachten bestaande uit werken in combinatie met leveringen en/of diensten.¹⁶ Het Hof vulde dit aan door te bepalen dat “wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en sommige andere op een ander soort overheidsopdracht, op grond van het hoofdoorwerp van de overeenkomst moet worden bepaald welke gemeenschapsrichtlijn inzake overheidsopdrachten in beginsel van toepassing is”.¹⁷ Deze ‘hoofdoorwerp-test’ heeft het Hof later als volgt verduidelijkt:¹⁸

“Het hoofdoorwerp dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die primieren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien. De respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking moeten worden genomen.”

Het ligt voor de hand dat deze hoofdoorwerp-test ook moet worden gebruikt ter nadere invulling van de huidige regeling in de Aanbestedingsrichtlijn, namelijk om te bepalen of de opdracht het uitvoeren van werken als hoofdoorwerp heeft dan wel dat de opdracht daarop slechts zijdelings betrekking heeft c.q. dat de werken slechts bijkomstig zijn. Dit lijkt ook de opvatting van de Commissie te zijn,

13 Richtlijn 93/37/EEG.

14 Richtlijn 93/36/EEG.

15 Richtlijn 92/50/EEG.

16 De Richtlijn Diensten bevatte wel de volgende overweging: “dat, voor zover de werken bijkomstig zijn en niet het eigenlijke voorwerp van de opdracht uitmaken, zij niet de indeling van de overeenkomst als overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kunnen rechtvaardigen”.

17 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 37, onder verwijzing naar HvJ EG 19 april 1994, zaak C-331/92 (*Gestión Hotelera Internacional SA*); dit is later bevestigd in HvJ EU 26 mei 2011, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*), r.o. 90. De Commissie heeft dit standpunt later ook overgenomen in onder meer de Handleiding Werken uit 1997. Eerder pleitte de Commissie nog ervoor om de waarde de doorslag te laten geven; zie Europese Commissie, *Overheidsopdrachten en communautaire financiering*, 1991, p. 49. Daar stelt de Commissie dat bij een gemengde opdracht van leveringen en werken het deel met de hoogste waarde de kwalificatie van de opdracht als geheel bepaalt.

18 HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*), r.o. 49.

die – in het licht van de rechtspraak van het Hof – de hoofdvoorwerp-test heeft opgenomen in haar voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn.¹⁹

Gemengde onderdelen scheidbaar?

Gedacht kan worden dat de hoofdvoorwerp-test moet worden voorafgegaan door de vraag of de verschillende onderdelen (werken enerzijds en diensten/leveringen anderzijds) van elkaar kunnen worden gescheiden. Is scheiding mogelijk, dan zouden volgens deze benadering de afzonderlijke onderdelen ieder op hun eigen merites moeten worden beoordeeld. Als deze afzonderlijke beoordeling ertoe leidt dat – vanwege de geraamde waarde en/of het duidelijk grensoverschrijdend belang – voor het betreffende onderdeel als zodanig een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat (conform de Aanbestedingsrichtlijn respectievelijk het VwEU), dan moet de aanbestedende dienst voor dat onderdeel aan die verplichting voldoen.

Aanleiding voor deze benadering is het arrest *Data Processing* uit 1989.²⁰ Dat arrest ging over een inbreukprocedure tegen Italië met betrekking tot de aanschaf van systemen voor automatische gegevensverwerking. Deze aanschaf bestond uit de levering van de benodigde hardware en uit het verrichten van diensten met betrekking tot de software (ontwerp, onderhoud, uitvoering en soms het beheer). Volgens de advocaat-generaal waren de Commissie en Italië het erover eens dat “de hardware en de software, na het noodzakelijke ontwerp van het systeem, onontbeerlijke en onlosmakelijke elementen zijn voor de inrichting van een systeem voor automatische gegevensverwerking”.²¹ Italië voerde aan dat vanwege die onderlinge verwevenheid het noodzakelijk was de opdracht voor het geheel aan één onderneming te gunnen. Van die opdracht vormde de leveringen slechts een ondergeschikt element, zodat de Richtlijn Leveringen volgens Italië niet van toepassing was. Destijds bestond de Richtlijn Diensten nog niet, als gevolg waarvan niet-toepasselijkheid van de Richtlijn Leveringen betekende dat de opdracht buiten de aanbestedingswetgeving zou vallen. Het Hof accepteerde dit niet en stelde het volgende:²²

“De aanschaf van de apparatuur die nodig is voor de installatie van een systeem voor automatische gegevensverwerking, kan worden gescheiden van de werkzaamheden rond het ontwerp en het beheer van het systeem. De Italiaanse regering had zich kunnen wenden tot vennootschappen die gespecialiseerd zijn in de ontwikkeling van programmatuur voor de betrokken systemen, en met in-

19 Zie art. 3 lid 1 Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn en de toelichting daarop.

20 HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88 (*Data Processing*).

21 Conclusie van de A-G van 4 oktober 1989, zaak C-3/88 (*Data Processing*), para. 41.

22 HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88 (*Data Processing*), r.o. 19. De oorspronkelijke Nederlandse vertaling bevat een verschrijving; ten onrechte is daarin opgenomen “kan niet worden gescheiden” in plaats van “kan worden gescheiden”. Dit wordt bevestigd door de oorspronkelijke taalversie en door de andere vertalingen van het arrest.

achtneming van de richtlijn de benodigde apparatuur kunnen aanschaffen overeenkomstig de door die vennootschappen gegeven technische specificaties.”

Met andere woorden, scheiding van de onderdelen leveringen en diensten was mogelijk en de levering – waarvan de geraamde waarde de drempelwaarde overschreed – had daarom afzonderlijk en conform de Richtlijn Leveringen moeten worden aanbesteed.

Eenzelfde benadering koost het Hof in het arrest *Club Hotel Loutraki* uit 2010.²³ Daarin stelde het Hof als voorwaarde voor de hoofdvoorwerp-test dat de verschillende onderdelen “onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden en dus een ondeelbaar geheel vormen”. Het Hof lijkt daarbij niettemin voor een minder strikte benadering te kiezen ten aanzien van de vraag wat een dergelijke ondeelbaar geheel vormt dan in *Data Processing*. De gemengde overeenkomst in kwestie bestond namelijk uit een aandelenverkoop, een verplichting om een casino te beheren (diensten) en een verplichting om het casino en de naast gelegen hotels en terreinen te moderniseren (werken). In lijn met *Data Processing* had het Hof kunnen overwegen dat alle drie deze onderdelen op zichzelf kunnen worden gescheiden en daarom geen sprake is van een ondeelbaar geheel. Dat deed het Hof echter niet. Het stelde vast dat de gemengde overeenkomst paste in het kader van een nationaal besluit tot gedeeltelijke privatisering van een overheidscasino, voorwerp was van één oproep tot inschrijving en kenmerken vertoende van één overeenkomst die betrekking had op alle onderdelen. Dit wees volgens het Hof op de “noodzaak om die gemengde overeenkomst te sluiten met een enkele partner die tegelijkertijd de nodige financiële draagkracht voor de aankoop van de betrokken aandelen en beroepservaring op het gebied van de exploitatie van een casino bezit.” Om die reden was sprake van een ondeelbaar geheel. Het Hof bevestigde deze benadering in het arrest *Mehiläinen Oy*, waarin het de beoordeling of de onderdelen scheidbaar zijn bovendien als volgt verduidelijkte:²⁴

“De uitgedrukte of vermoede bedoeling van de contractpartijen om de verschillende onderdelen van een gemengde overeenkomst als onscheidbaar te beschouwen is niet voldoende, maar deze bedoeling moet blijken uit objectieve gegevens die deze bedoeling kunnen rechtvaardigen en een grondslag kunnen zijn voor de noodzaak om een enkele overeenkomst te sluiten.”

De aldus vereiste objectieve onderbouwing van de onscheidbaarheid is ook overgenomen in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn.²⁵

23 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), r.o. 48. Zie voor de feiten die ten grondslag liggen aan dit arrest ook Ter Mors & Haverkort 2010.

24 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-215/09 (*Mehiläinen Oy*), r.o. 39 en 45.

25 Sinds het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012, overweging 4 quater.

De vraag is evenwel of de scheidbaarheid relevant is bij overeenkomsten die bestaan uit een combinatie van een overheidsopdracht voor werken enerzijds en een overheidsopdracht voor leveringen of diensten anderzijds. De arresten *Club Hotel Loutraki* en *Mehiläinen Oy* gingen namelijk over andere typen gemengde overeenkomsten, waarbij een onderdeel van de overeenkomst in het geheel buiten de aanbestedingswetgeving viel. Het arrest *Data Processing* betrof eveneens een mengvorm waarbij een van de onderdelen (te weten de opdracht voor diensten) buiten de toen geldende aanbestedingswetgeving viel. Voor de hier besproken gemengde overeenkomsten bestaat daarentegen, zoals gezegd, een specifieke regeling in de Aanbestedingsrichtlijn. De betreffende bepalingen in de Aanbestedingsrichtlijnen noemen de (on)scheidbaarheid van de onderdelen niet als relevant element en bevatten enkel een verwijzing naar het bijkomstige c.q. zijdelingse karakter van de werken ten opzichte van de diensten respectievelijk de leveringen. Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat het specifieke regime uit de aanbestedingswetgeving prevaleert en daarom bij gemengde overheidsopdrachten voor werken, leveringen en/of diensten enkel de hoofdvoorwerp-test relevant is.²⁶ Verdere ondersteuning hiervoor kan worden gevonden in het *Felix Swoboda*-arrest, waarin het Hof een scheiding van een gemengde opdracht voor A- en B-diensten niet nodig achtte, omdat artikel 10 van de toepasselijke aanbestedingsrichtlijn expliciet stelde dat bij dergelijke overeenkomsten het onderdeel met de grootste waarde bepaalde welke ‘kleur’ de gehele overeenkomst geacht moet worden te hebben.²⁷ Bovendien sluit ook de benadering in het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn hierop aan, aangezien de scheidbaarheid bij dergelijke gemengde opdrachten geen rol speelt en bij andere gemengde overeenkomsten wel (zie hierna).

Het voorgaande zou evenwel anders zijn als de vermenging van de verschillende onderdelen kunstmatig zou zijn met het oog op omzeiling van de aanbestedingswetgeving. Dat zou het geval kunnen zijn als aan een opdracht voor werken een ondergeschikte opdracht voor diensten wordt toegevoegd, waarbij het onderdeel diensten op zichzelf de daarvoor geldende drempelwaarde weliswaar overschrijdt, maar het geheel (werken en diensten) de daarvoor geldende drempelwaarde (te weten die voor werken) niet. De functionele benadering vereist in dat geval dat het kunstmatig toegevoegde onderdeel wordt gescheiden. Zo stelde het Hof in

26 A-G Sharpston lijkt daarentegen van mening te zijn dat de scheidbaarheid altijd relevant is; zie haar conclusie van 29 oktober 2009 bij gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), waarin zij in para. 54 stelt: “Wanneer een openbare aanbestedingsprocedure uiteenlopende componenten omvat die ieder voor zich aan verschillende regelingen onderworpen zouden zijn, is de eerste stap om te onderzoeken of een dergelijke afzonderlijke behandeling toch mogelijk zou zijn geweest. Zo ja, dan moet voor elke component die op zichzelf genomen onder de werkingssfeer van een bepaalde richtlijn voor overheidsopdrachten valt, een aanbesteding in overeenstemming met de bepalingen van die richtlijn plaatsvinden. Zo nee, dan moet worden beslist welke regels op het geheel moeten worden toegepast.”

27 HvJ EG 14 november 2002, zaak C-411/00 (*Felix Swoboda*), r.o. 56.

Felix Swoboda het volgende, nadat het had vastgesteld dat het uitgangspunt is, dat het onderdeel met de hoogste waarde de ‘kleur’ van de gehele gemengde overeenkomst bepaalt:²⁸

“Dit zou slechts anders zijn wanneer de aanbestedende dienst diensten van verschillende aard kunstmatig onder een en dezelfde opdracht zou laten vallen, zonder dat er tussen deze diensten enig verband zou bestaan wegens een gemeenschappelijk doel of een gemeenschappelijke werking, alleen maar om het aandeel van de in bijlage I B bij richtlijn 92/50 genoemde diensten in de opdracht te vergroten en zo via artikel 10, tweede zin, van diezelfde richtlijn aan de toepassing van alle bepalingen daarvan te ontkomen.”

Ten aanzien van opdrachtverstrekking voor werken lijkt dit risico op omzeiling evenwel niet te bestaan. Vermenging van een opdracht voor werken met een opdracht voor leveringen en/of diensten kan immers niet leiden tot een hogere toepasselijke drempelwaarde, maar zal door de toegenomen omvang van de gehele opdracht juist eerder leiden tot het bereiken van die drempel.

Uit het bovenstaande volgt dat als één gronduitgifteovereenkomst deels een overheidsopdracht voor werken vormt en deels een overheidsopdracht voor diensten of leveringen, het hoofdvoorwerp van de overeenkomst bepaalt als welk type opdrachtverstrekking de gehele overeenkomst moet worden beschouwd. De geraamde waarde van de opdracht als geheel moet dan worden vergeleken met de drempelwaarde die geldt voor het hoofdvoorwerp. Aangezien de drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor werken hoger is dan die voor leveringen en diensten (momenteel € 5 miljoen respectievelijk € 200.000, beide excl. btw), kan dit ertoe leiden dat de Aanbestedingsrichtlijn verplicht tot het bieden van gelijke kansen voor werken, terwijl de geraamde waarde van de gehele overeenkomst minder is dan € 5 miljoen, maar de diensten en/of leveringen waarmee die werken zijn gemengd in één gronduitgifteovereenkomst het hoofdvoorwerp vormen; de relevante drempelwaarde is in dat geval namelijk niet € 5 miljoen maar € 200.000. Als de toepasselijke drempelwaarde niet wordt overschreden, moet van het geheel worden bepaald of het duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

In het bovenstaande voorbeeld is het evenwel niet waarschijnlijk dat de schoonmaakdiensten en niet de bouw van het gemeentehuis het hoofdvoorwerp vormen, zodat het geheel moet worden beschouwd als overheidsopdracht voor werken.

28 HvJ EG 14 november 2002, zaak C-411/00 (*Felix Swoboda*), r.o. 57. Vergelijk ook art. 9 lid 1 van de aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren (Richtlijn 2004/17/EG), waarin het volgende is opgenomen: “De keuze tussen één opdracht voor meerdere activiteiten en verschillende afzonderlijke opdrachten mag echter niet ingegeven worden door de wens om de opdracht van het toepassingsgebied van deze richtlijn uit te sluiten (...).”

Concessieovereenkomsten

Een mengvorm van werken met diensten en/of leveringen kan zich eveneens voordoen bij concessieovereenkomsten, al is een concessieovereenkomst voor leveringen moeilijk voorstelbaar en kent ook de Aanbestedingsrichtlijn die vorm niet.²⁹ Bij een gemengde concessieovereenkomst voor werken en diensten dient bovenstaande hoofdvoorwerp-test eveneens te worden toegepast, zo kan worden afgeleid uit het *Acoset*-arrest.³⁰ Dit was ook de opvatting van de Commissie in haar interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten uit 2000.³¹

In de Aanbestedingsrichtlijn is niettemin geen bepaling opgenomen die regelt hoe omgegaan moet worden met concessieovereenkomsten die niet alleen betrekking hebben op werken, maar ook op diensten. Opmerkelijker is dat ook het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn op dit punt geen regeling bevat, terwijl daarin een afzonderlijk artikel is gewijd aan gemengde concessies.³² Deze lacune is alsnog opgevuld in het Geconsolideerde Compromisvoorstel, waarin is bepaald dat bij die mengvormen het hoofdvoorwerp bepalend is.³³ Daaraan is toegevoegd dat als het verrichten van de diensten onmogelijk is zonder de voorafgaande uitvoering van de werken, het hoofdvoorwerp van de overeenkomst wordt gevormd door de werken.

Anders dan bij overheidsopdrachten het geval is, vormt de huidige aanbestedingswetgeving dus geen reden om aan te nemen dat de scheidbaarheid van de verschillende onderdelen hier niet relevant zou zijn. Daarentegen vertoont deze situatie juist overeenkomsten met die uit *Data Processing*. Immers, concessieovereenkomsten voor werken vallen momenteel onder de aanbestedingswetgeving, terwijl concessieovereenkomsten voor diensten dat niet doen; bij *Data Processing* gold hetzelfde voor overheidsopdrachten voor leveringen respectievelijk diensten. Dit vormt een aanwijzing dat de scheidbaarheid relevant is, teneinde te voorkomen dat onderdelen onnodig kunnen ‘ontsnappen’ aan de toepassing van de aanbestedingswetgeving in het geheel (dat wil zeggen: als het onderdeel dat een concessieover-

29 Zie hierover verder Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 97.

30 HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*), r.o. 45. Het Hof past daarbij naar analogie HvJ EG 19 april 1994, zaak C-331/92 (*Gestión Hotelera Internacional SA*) toe, alsook art. 9 lid 1 Richtlijn 2004/17/EG. Die laatste bepaling bevat een regeling voor overeenkomsten die onder deze aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren vallen en die betrekking hebben op meerdere nutsactiviteiten (zoals activiteiten met betrekking tot water en post). Een dergelijke gemengde nutsopdracht “volgt de voorschriften die van toepassing zijn op de activiteit waarvoor de opdracht in de eerste plaats is bestemd.” De toepasselijkheid van de hoofdvoorwerp-test bij gemengde concessies is recentelijk ook bevestigd in HR 18 januari 2013, *LJN BY0543 (PI/Maastricht)*.

31 Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2, p. 5.

32 Art. 18 Commissievoorstel Concessierichtlijn.

33 Art. 18 lid 4 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012.

eenkomst voor werken vormt niet het hoofdvoorwerp uitmaakt en het geheel derhalve als concessieovereenkomst voor diensten moet worden beschouwd, terwijl beide onderdelen ook gescheiden hadden kunnen worden opgedragen). Zodra de Concessierichtlijn in werking treedt, geldt dit argument overigens niet meer, omdat dan ook concessieovereenkomsten voor diensten onder secundaire wetgeving vallen. Zolang een expliciete regeling in de Concessierichtlijn evenwel ontbreekt, lijkt het erop dat de scheidbaarheid relevant blijft.

Anderzijds ging het Hof in *Acoset* niet expliciet in op de eventuele scheiding van de werken en diensten in kwestie, maar paste het enkel de hoofdvoorwerp-test toe. Het gaat evenwel te ver om op basis daarvan te concluderen dat de scheidbaarheid niet relevant zou zijn. Volgens het Hof betrof het namelijk werkzaamheden “die horen bij” de te verlenen diensten.³⁴ Dit wijst erop dat de werken en diensten een ondeelbaar geheel vormden.

Ook de Commissie acht de scheidbaarheid relevant. Zij stelt daarover het volgende in bovengenoemde interpretatieve mededeling:³⁵

“Overigens komen in de praktijk ook verrichtingen voor die zowel betrekking hebben op de uitvoering van werken als op het verrichten van diensten. Zo kunnen naast concessieovereenkomsten voor openbare werken ook concessieovereenkomsten voor dienstverlening worden gesloten voor aanvullende activiteiten die onafhankelijk zijn van de exploitatie van de concessie voor het werk. Restaurantdiensten (catering) bij een autoweg kunnen bijvoorbeeld worden geregeld in een concessieovereenkomst voor dienstverlening die los staat van de concessieovereenkomst voor de aanleg of het beheer van die autoweg. Indien de objecten van deze contracten scheidbaar zijn, moeten volgens de Commissie op de afzonderlijke contracten de regels voor het desbetreffende type contract worden toegepast.”

Gelet op het voorgaande, moet worden aangenomen dat als één gronduitgifteovereenkomst deels een concessieovereenkomsten voor werken en deels een concessieovereenkomst voor diensten vormt, beide onderdelen afzonderlijk moeten worden beoordeeld als zij van elkaar scheidbaar zijn. Dat is het geval als zij geen ondeelbaar geheel vormen. De enkele mogelijkheid om voor de onderdelen gescheiden opdracht te verlenen, zoals het Hof dat in *Data Processing* bedoelde, lijkt in het licht van de recentere arresten *Club Hotel Loutraki* en *Mehiläinen Oy* onvoldoende grond voor scheiding. Ook in dat geval kan scheiding achterwege blijven als op grond van de feiten en omstandigheden van het geval objectief gezien de noodzaak blijkt om de gronduitgifteovereenkomst als geheel met één wederpartij te sluiten.

34 HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*), r.o. 45.

35 Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2, p. 5.

Moeten de onderdelen worden gescheiden, dan dient ieder onderdeel op zijn eigen merites te worden beoordeeld. Per onderdeel moet dan bekeken worden of dat onderdeel als zodanig een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont (zowel bij het onderdeel werken als diensten) dan wel of de geraamde waarde daarvan de drempelwaarde overschrijdt (alleen bij het onderdeel werken).³⁶

Is een scheiding niet nodig, dan moet met behulp van de hoofdvoorwerp-test worden bepaald welk regime van toepassing is op het ondeelbare geheel. Zo zal van scheiding geen sprake zijn bij de diensten die de concessiehouder uitvoert ter exploitatie van het uitgevoerde werk; deze exploitatiediensten stellen de concessiehouder immers in staat de gemaakte kosten voor de uitvoering van het werk terug te verdienen. Bij een dergelijk ondeelbaar geheel moet dat geheel dan – afhankelijk van het hoofdvoorwerp – worden geacht óf een concessieovereenkomst voor werken óf een concessieovereenkomst voor diensten te vormen. Als er enkel diensten worden verricht om het uitgevoerde werk rendabel te maken, is aannemelijk dat de uitvoering van het werk het hoofdvoorwerp vormt.³⁷ In dat geval moet de geraamde waarde van het geheel (dus inclusief de diensten) worden vergeleken met de drempelwaarde zoals die geldt voor concessieovereenkomsten voor werken. Dit is in lijn met de hierboven besproken fictie bij overheidsopdrachten en past ook binnen de benadering van het Hof dat bij de bepaling van de waarde van een opdracht rekening moet worden gehouden met de totale waarde daarvan vanuit het oogpunt van een potentiële inschrijver.³⁸ Mocht de geraamde waarde de drempelwaarde niet overschrijden, dan moet van het geheel worden beoordeeld of het duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Als dus een gronduitgifteovereenkomst bestaat uit twee onscheidbare onderdelen waarvan er een als zodanig een concessieovereenkomst voor werken vormt en de ander een concessieovereenkomst voor diensten, dan dient eerst het hoofdvoorwerp te worden bepaald. Indien blijkt dat de geraamde waarde van de werken € 4,9 miljoen is tegenover een waarde van € 200.000 van de diensten en het hoofdvoorwerp als gevolg daarvan de uitvoering van werken is, moet de gehele overeenkomst worden beschouwd als een concessieovereenkomst voor werken waarvan de geraamde waarde de toepasselijke drempelwaarde van € 5 miljoen overschrijdt.

Voor zover de Concessierichtlijn op dit punt ongewijzigd zal worden aangenomen, geldt evenwel dat vanaf de implementatie daarvan de scheidbaarheid niet langer relevant is en – conform de regeling uit de Concessierichtlijn – enkel het hoofdvoorwerp doorslaggevend is.

36 Zie ook HvJ EU 22 december 2010, zaak C-215/09 (*Mehiläinen Oy*), r.o. 47.

37 Nijhoff 2000, p. 20.

38 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 57. Zie hierover ook paragraaf 3.3.2.

7.5.2 Overheidsopdracht en concessieovereenkomst voor werken

De tweede soort gemengde gronduitgifte bestaat eruit dat een gronduitgifteovereenkomst deels een overheidsopdracht en deels een concessieovereenkomst voor werken vormt. Omdat voor beide onderdelen in de aanbestedingswetgeving verschillende procedures gelden voor het bieden van gelijke kansen, is relevant om te weten als wat voor type opdrachtverstrekking het geheel moet worden aange-merkt.

Een voorbeeld hiervan is als een gemeente een overeenkomst met een marktpartij sluit voor de uitgifte in erfpacht van grond waarop de marktpartij voor eigen rekening en risico een tolweg moet aanleggen en gedurende vijftien jaar moet exploiteren enerzijds en voor de aanleg van groenvoorzieningen op de gemeentegrond langs de tolweg anderzijds. Het uitgangspunt daarbij is dat de aanleg en exploitatie van de tolweg als zodanig een concessieovereenkomst voor werken oplevert en de aanleg van de groenvoorzieningen een overheidsopdracht voor werken.

De Aanbestedingsrichtlijn voorziet niet in een regeling voor een dergelijke mengvorm. Deze lacune beoogt de Commissie op te vullen in haar voorstellen voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn en de Concessierichtlijn. In artikel 3 lid 2 van het Commissievoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is het volgende opgenomen:³⁹

“In het geval van gemengde opdrachten die onderdelen van overheidsopdrachten en concessies bevatten, wordt het deel van de opdracht dat een onder deze richtlijn vallende overheidsopdracht vormt, gegund overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn.

Wanneer de verschillende delen van de opdracht objectief gezien niet scheidbaar zijn, wordt de toepassing van deze richtlijn bepaald door het voornaamste voorwerp van die opdracht.”

In het Derde Compromisvoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is bovenstaande bepaling tekstueel enigszins gewijzigd en inhoudelijk uitgebreid.⁴⁰ Gehandhaafd is dat als beide onderdelen (overheidsopdracht respectievelijke concessie) objectief gezien onscheidbaar zijn, het hoofdvoorwerp de ‘kleur’ van het geheel bepaalt. Zijn beide onderdelen daarentegen wel scheidbaar, dan expliciteert het richtlijnvoorstel dat de aanbestedende dienst vrij is ieder onderdeel afzonderlijk te gunnen (dat wil zeggen: als afzonderlijke overheidsopdracht respectievelijk concessie), conform het regime dat op dat onderdeel als zodanig van toepassing is. Uit het voorstel volgt dat de aanbestedende dienst echter ook ervoor kan kiezen om de op zichzelf scheidbare onderdelen niettemin als één gemengde overeen-

39 COM(2011) 896 def.

40 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012, art. 3.

komst te gunnen. In dat geval is de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn van toepassing op het geheel zodra het overheidsopdracht-deel bovendrempelig is. Met andere woorden, kiest de aanbestedende dienst alsnog voor gezamenlijke gunning, dan is het striktste regime dat op een van de delen van toepassing is, van toepassing op de gehele gemengde overeenkomst. Zou dat laatste overigens niet het geval zijn, dan kan een aanbestedende dienst toepasselijkheid van het striktste regime (te weten: de Aanbestedingsrichtlijn) omzeilen door beide onderdelen als gemengd geheel te gunnen, terwijl daartoe geen objectieve noodzaak bestaat aangezien de onderdelen scheidbaar zijn. Een dergelijke omzeiling van het aanbestedingsrecht is – ook in het licht van de anti-omzeilingsbepalingen in de huidige aanbestedingswetgeving en de functionele benadering van het Hof – uiteraard niet toegestaan. Bovenstaande anti-omzeilingsbepaling is sinds het Derde Compromisvoorstel gehandhaafd.⁴¹

Het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn bevatte het volgende spiegelbeeld van bovenstaande bepaling:

“In geval van concessies die aan deze richtlijn onderworpen zijn en opdrachten die aan [Richtlijn 2004/18/EG of Richtlijn 2004/17/EG] of Richtlijn 2009/81/EG onderworpen zijn, wordt het deel van de opdracht dat een concessie vormt die onder deze richtlijn valt, gegund in overeenstemming met de bepalingen ervan.

Wanneer de verschillende onderdelen van die opdrachten objectief niet scheidbaar zijn, wordt de toepassing van deze richtlijn bepaald op basis van het hoofdvoorwerp van die opdracht.”

Sinds het Derde Compromisvoorstel is deze bepaling echter gewijzigd.⁴² Deels is dat om de bepaling in lijn te brengen met het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn. Bepaald is namelijk dat als de onderdelen scheidbaar zijn, zij afzonderlijk kunnen worden gegund volgens het op het afzonderlijke onderdeel toepasselijke regime; kiest de aanbestedende dienst toch voor gezamenlijke gunning, dan is de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn van toepassing op de gehele gemengde overeenkomst, mits deze van toepassing is op het overheidsopdracht-deel. De gewijzigde bepaling zorgt echter ook voor een discrepantie met het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn, zodat beide bepalingen niet langer volledig elkaars spiegelbeeld zijn. Als namelijk beide onderdelen onscheidbaar zijn, dan geldt op grond van het voorstel voor de Concessierichtlijn bovenstaande regeling eveneens: de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn is van toepassing op het geheel, zodra deze toepasselijk is op het overheidsopdracht-deel. Dat is op grond

41 Zie meest recent: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012.

42 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012, art. 18 lid 6.

van het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn niet het geval indien het concessieovereenkomst-deel het hoofdvoorwerp vormt.

Vooralnog moet worden aangenomen dat de regeling uit de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn voorrang heeft, aangezien deze beter past bij de jurisprudentie van het Hof. In bovenstaande bepalingen klinken namelijk duidelijk de arresten *Data Processing* en *Club Hotel Loutraki* door, zoals die in de vorige paragraaf werden besproken. Aangenomen moet dan ook worden dat de richtlijnvoorstellen op dit punt beogen het huidige recht te codificeren. Voor zover de onderdelen een ondeelbaar geheel vormen, geeft het hoofdvoorwerp de doorslag.⁴³ Alsdan moet de geraamde waarde van de gehele overeenkomst worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde (momenteel zowel voor overheidsopdrachten als concessieovereenkomsten € 5 miljoen excl. btw). Zijn beide onderdelen daartegen scheidbaar, dan moeten zij afzonderlijk op hun eigen merites (inclusief geraamde waarde) worden beoordeeld. De aanbestedende dienst kan dan voor ieder onderdeel een afzonderlijke overeenkomst sluiten met een marktpartij. Kiest de aanbestedende dienst niettemin ervoor om voor de onderdelen tezamen één gemengde overeenkomst te sluiten, dan is niet het hoofdvoorwerp doorslaggevend, maar geldt het striktste regime dat op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is. Concreet brengt dat mee dat als het overheidsopdracht-deel bovendrempelig is, de gehele gemengde overeenkomst moet worden beschouwd als een bovendrempelige overheidsopdracht.

Bovenstaand regime kan naar analogie worden toegepast op gemengde gronduitgifteovereenkomsten waarbij geen van beide scheidbare onderdelen als zodanig bovendrempelig is, maar een van beide niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Worden beide onderdelen afzonderlijk gegund, dan geldt alleen een transparantieplichting op grond van het VwEU voor het deel met het duidelijk grensoverschrijdende belang. Sluit de aanbestedende dienst toch één gemengde overeenkomst, dan moet hij voor het geheel de transparantieplichting in acht nemen. Bij onderscheidbare delen bepaalt het hoofdvoorwerp of de transparantieplichting al dan niet voor het geheel geldt.

43 In de considerans van het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn is het volgende voorbeeld opgenomen: “Die onderbouwde noodzaak van het sluiten van een contract kan bijvoorbeeld aanwezig zijn bij oprichten van een enkel gebouw, waarvan een deel rechtstreeks wordt gebruikt door de aanbestedende dienst en een ander deel wordt geëxploiteerd als concessie, bijvoorbeeld voor publieke parkeergelegenheid.”; opgenomen sinds het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012, overweging 4 quater.

7.5.3 Overheidsopdracht/concessieovereenkomst voor werken en zuivere gronduitgifte

Het derde en laatste type gemengde gronduitgifteovereenkomsten dat hier wordt besproken, bestaat uit een combinatie van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst voor werken enerzijds en zuivere gronduitgifte anderzijds (dat wil zeggen: activiteiten die geen opdrachtverstrekking vormen). Dit betekent dat behalve dat de overheid grond uitgeeft om daarop een overheidsopdracht of concessieovereenkomst te laten uitvoeren, zij tegelijkertijd ook grond uitgeeft voor andere doeleinden. Ter illustratie twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld is een gemeente die grond verkoopt aan een ontwikkelaar die daarop voor eigen rekening en risico een woon-/winkelcomplex realiseert met daaronder een parkeergarage. De ontwikkelaar is verplicht de parkeergarage gedurende ten minste vijftien jaar te verhuren aan de gemeente, die deze zal exploiteren als openbare garage. Over het woon-/winkelcomplex krijgt de gemeente niet de beschikking en ook is de realisatie daarvan anderszins niet in haar rechtstreeks economisch belang. Bovendien stelt de gemeente in de overeenkomst geen eisen aan dat complex en bevat het publiekrechtelijke kader alleen maar algemene randvoorwaarden. Onder die omstandigheden moet de realisatie van de parkeergarage worden aangemerkt als overheidsopdracht voor werken, maar betreft de gronduitgifteovereenkomst voor het overige (dat wil zeggen: het woon-/winkelcomplex) een zuivere gronduitgifte.

Het tweede voorbeeld betreft een gemeente die grond verkoopt aan een ontwikkelaar ten behoeve van woningbouw. Net als bij het vorige voorbeeld stelt de gemeente geen eisen en is de woningbouw niet in haar rechtstreeks economisch belang. Naast de verplichting om binnen het publiekrechtelijke kader woningbouw te realiseren, is de ontwikkelaar ook gehouden het openbaar gebied aan te leggen (zoals de wegen tussen de woningen en het openbare groen). De grond met daarop het aangelegde openbare gebied moet de ontwikkelaar verkopen aan de gemeente. De aanleg van het openbaar gebied vormt in dat geval een overheidsopdracht voor werken, terwijl de gronduitgifteovereenkomst verder bestaat uit zuivere gronduitgifte.

De huidige aanbestedingswetgeving biedt voor dit type gemengde overeenkomsten geen oplossing. De Commissie wil in deze wetstechnische lacune voorzien, door het volgende te introduceren in artikel 3 lid 2 van het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn:

“In het geval van opdrachten die betrekking hebben op aanbestedingen die onder deze richtlijn vallen, en op aanbestedingen of andere elementen waarop deze richtlijn, de Richtlijn [tot vervanging van 2004/17/EG] en Richtlijn 2009/81/EG niet van toepassing zijn, wordt het deel van de opdracht dat uit onder deze richtlijn vallende aanbesteding bestaat, gegund overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn. (...)

Wanneer de verschillende delen van de opdracht objectief gezien niet scheidbaar zijn, wordt de toepassing van deze richtlijn bepaald door het voornaamste voorwerp van die opdracht.”

In het voorstel voor de Concessierichtlijn is wederom het spiegelbeeld te vinden (artikel 18 lid 4):

“Wanneer concessies die onder deze richtlijn vallen alsook aanbesteding of andere elementen die niet onder deze richtlijn of onder de Richtlijnen [die Richtlijn 2004/17/EG en Richtlijn 2004/18/EG vervangen] of Richtlijn 2009/81/EG vallen het voorwerp van opdrachten uitmaken, wordt het deel van de opdracht dat een concessie vormt die onder deze richtlijn valt in overeenstemming met deze richtlijn gegund. Wanneer echter de verschillende onderdelen van de opdracht objectief niet scheidbaar zijn, wordt de toepassing van deze richtlijn bepaald op basis van het hoofdvoorwerp van die opdracht.”

Sinds het Derde Compromisvoorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn valt dit type gemengde overeenkomsten onder dezelfde bepaling als de hierboven besproken gemengde overeenkomsten bestaande uit een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst.⁴⁴ De gekozen systematiek is daarmee gelijk aan die bij de gemengde overeenkomsten bestaande uit een overheidsopdracht- en een concessieovereenkomst-deel, zoals die in de vorige paragraaf aan bod kwamen. Kort gezegd: als de onderdelen onscheidbaar zijn, bepaalt het hoofdvoorwerp de ‘kleur’ van het geheel. Als de onderdelen daarentegen scheidbaar zijn, kan voor ieder onderdeel een afzonderlijke overeenkomst worden gesloten conform het daarvoor geldende regime. Wil de aanbestedende dienst niettemin één, gemengde overeenkomst sluiten, dan geldt voor die gehele overeenkomst de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn, mits die op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is. Het Derde Compromisvoorstel voor de Concessierichtlijn bevat een gelijklopende bepaling.⁴⁵

44 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012, art. 3. Zie meest recent: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012.

45 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012, art. 18 lid 5.

Deze systematiek geldt ook op basis van het huidige recht.⁴⁶ In *Club Hotel Loutraki* deed zich een vergelijkbare situatie voor.⁴⁷ De gemengde overeenkomst in kwestie bestond niet alleen uit onderdelen die onder de aanbestedingswetgeving vielen (te weten het beheer van het casino en de modernisering daarvan alsook van de omliggende hotels en terreinen), maar ook uit een aandelenverkoop, hetgeen – net zoals zuivere gronduitgifte – niet onder die wetgeving valt.⁴⁸ In dat kader stelde het Hof dat als de verschillende onderdelen een “ondeelbaar geheel vormen, de betrokken transactie voor de juridische kwalificatie ervan in haar geheel als een eenheid moet worden onderzocht en moet worden beoordeeld op basis van de regels die van toepassing zijn op het onderdeel dat het hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst vormt”. Met andere woorden, als de onderdelen niet scheidbaar zijn, geldt de hoofdvoorwerp-test. Het Hof voegde daar vervolgens aan toe:

“Deze conclusie geldt ongeacht of het onderdeel dat het hoofdvoorwerp van een gemengde overeenkomst vormt, binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt.”

Met betrekking tot de gemengde overeenkomst in kwestie oordeelde het Hof dat de aandelenverkoop het hoofdvoorwerp van de ondeelbare overeenkomst vormde. Dit leidde tot de conclusie dat de overeenkomst “in haar geheel niet binnen de werkingssfeer van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten valt”.⁴⁹ Deze conclusie bevestigt dat het hoofdvoorwerp bij een ondeelbare overeenkomst bepaalt hoe de gehele overeenkomst moet worden beschouwd. Als dat hoofdvoorwerp niet onder de aanbestedingswetgeving valt (zoals bij zuivere gronduitgifte het geval is), valt de gehele overeenkomst daar dus niet onder, ook al bevat die overeenkomst ook onderdelen die op zichzelf wel onderworpen zouden zijn aan die wetgeving.⁵⁰

Evenals bij de mengvorm van een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken, kan het bovenstaande hier naar analogie worden toegepast in de situatie waarin het scheidbare onderdeel dat een overheidsopdracht of

46 Bovenstaande bepaling uit het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn heeft de Commissie expliciet gebaseerd op *Data Processing*; zie Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012, p. 12.

47 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), r.o. 48. Bevestigd in HvJ EU 22 december 2010, zaak C-215/09 (*Mehiläinen Oy*).

48 Zoals expliciet bevestigd door het Hof in r.o. 59.

49 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), r.o. 62.

50 Arrowsmith pleitte hier al eerder voor: “One view is that such supply arrangements are not regulated when they are merely incidental to a wider transaction, and the supply arrangement cannot reasonably be severed from the other elements. This is, its is submitted, the correct view.” Zie Arrowsmith 2005, p. 411. Ook de Procurement Lawyers’ Association legt de nadruk op de hoofdvoorwerp-test bij dergelijke gemengde overeenkomst, al noemen zij de eventuele scheidbaarheid van de onderdelen niet; zie The Procurement Lawyers’ Association 2009.

concessieovereenkomst voor werken vormt weliswaar niet bovendrempelig is, maar niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Als voor dat onderdeel een transparantieverplichting geldt op grond van het VwEU en de overheid toch besluit één gemengde overeenkomst te sluiten voor beide onderdelen, dient zij voor de gehele gemengde overeenkomst de transparantieverplichting in acht te nemen. Zou de overheid dat namelijk niet doen, dan leidt de ‘vrijwillige vermenging’ tot omzeiling van het VwEU en verliezen met name artikelen 49 en 56 VwEU hun nuttig effect, hetgeen ontoelaatbaar moet worden geacht gelet op de functionele benadering van het Hof.

Toepassing op eerste voorbeeld – woon-/winkelcomplex met openbare parkeergarage
 Toegepast op het eerste voorbeeld dat hierboven werd gegeven, betekent het voorgaande dat de eerste vraag die moet worden gesteld is of de bouw van het woon-/winkelcomplex en de onderliggende parkeergarage van elkaar kunnen worden gescheiden dan wel dat zij een ondeelbaar geheel vormen. Vanwege de technische samenhang tussen beide onderdelen en het feit dat de ontwikkelaar eigenaar wordt van het geheel, ligt het voor de hand dat beide in één bouwstroom door dezelfde aannemer en in opdracht van de ontwikkelaar worden gerealiseerd. Bovendien zou het scheiden van de bouw van beide onderdelen vermoedelijk leiden tot allerlei bezwaren met betrekking tot de aansprakelijkheid: als de onderliggende parkeergarage later gebreken blijkt te vertonen, is de kans groot dat die van invloed zullen zijn op het woon-/winkelcomplex. Aangenomen mag dus worden dat beide onderdelen een ondeelbaar geheel vormen.

In dat geval is het hoofdvoorwerp doorslaggevend voor de kwalificatie van de gehele gronduitgifteovereenkomst. Als dat hoofdvoorwerp de realisatie van het woon-/winkelcomplex is, hetgeen niet onder de aanbestedingswetgeving valt, moet de gehele overeenkomst worden beschouwd als zuivere gronduitgifte. Van een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van het aanbestedingsrecht kan dan geen sprake zijn; het waarborgen van die gelijke kansen zal dan langs een andere weg moeten gebeuren (zie Deel B). Als daarentegen het hoofdvoorwerp de aanleg van de parkeergarage is, moet de gehele overeenkomst worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken. Zodra de geraamde waarde van het geheel de toepasselijke drempelwaarde van thans € 5 miljoen (excl. btw) overschrijdt of de gehele overeenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, is de gemeente dan verplicht voor het sluiten van de overeenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.⁵¹

51 Dit lijkt overeen te komen met de situatie die wordt bedoeld in Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *ICER Rapport Auroux*, 2008, p. 10. Daarin wordt het volgende gesteld ten aanzien van een PPS-overeenkomst ten behoeve van een gebiedsontwikkeling met publieke en private functies waarvoor een grondexploitatiemaatschappij (GEM) wordt opgericht: “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

Benadrukt wordt dat in het voorbeeld de ontwikkelaar verplicht is een ‘werk’ uit te voeren, te weten (enkel) de ondergrondse parkeergarage. Aangezien de realisatie van het bovenliggende woon/winkelcomplex als zodanig niet een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt, valt dat onderdeel geheel buiten de aanbestedingswetgeving en kan het ook geen onderdeel uitmaken van hetzelfde ‘werk’ als de parkeergarage. Zelfs als dat niettemin het geval zou kunnen zijn, moet worden aangenomen dat beide onderdelen een verschillende technische functie vervullen (parkeren versus wonen/winkelen) en ook wat economische functie betreft verschillen (enerzijds betaalt de gemeente voor de parkeergarage en zal die kosten deels verhalen op de gebruikers en anderzijds zal de uiteindelijke eigenaar van het woon-/winkelcomplex betalen voor de bouw daarvan). Gelet hierop moet de aanbestedingsrechtelijke kwalificatie van een dergelijke gemengde overeenkomst enkel met behulp van bovenstaande systematiek worden bepaald; de omvang van een ‘werk’ speelt daarbij geen rol.

De hierboven beschreven systematiek wijkt af van de benadering die is gekozen in publicaties die (mede) zijn uitgegeven door de Nederlandse rijksoverheid. Zo valt uit een handleiding van het Kenniscentrum PPS uit 2005 op te maken dat zodra in bovenstaand voorbeeld de parkeergarage op zichzelf een bovendrempele overheidsopdracht zou vormen, voor het geheel (dus ook voor het woon/winkelcomplex) een aanbestedingsplicht geldt.⁵² Een dergelijke aanbestedingsplicht kan volgens de handleiding als lastig en vreemd worden ervaren, maar het ontbreekt aan jurisprudentie waaruit blijkt dat het geheel dan zonder aanbesteding aan een marktpartij kan worden opgedragen. Zoals hiervoor gebleken, is met het arrest *Club Hotel Loutraki* uit 2010 alsnog voorzien in dergelijke jurisprudentie. Niettemin is dit standpunt in 2011 ongewijzigd overgenomen in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011.⁵³ De Reiswijzer bespreekt namelijk de situatie waarin onderdelen die wel en niet onder de aanbestedingswetgeving vallen één bouwkundig geheel vormen (zoals ook in bovenstaand voorbeeld het geval is). Als het onderdeel dat wel onder de aanbestedingswetgeving valt als zodanig op grond daarvan aanbestedingsplichtig is, dan kan de combinatie met andere onderdelen die niet onder de aanbestedingswetgeving vallen “er niet toe leiden dat het geheel niet aanbestedingsplichtig zou zijn”. Dit wordt als volgt samengevat:

“Met andere woorden: je kunt dus geen op zichzelf aanbestedingsplichtige opdrachten ‘wegstoppen’ in een (veel) groter bouwkundig geheel.”

verschillende onderdelen van de overeenkomst in hun afzondering bezien wellicht minder duidelijk tot die conclusie zou voeren.” Een nadere toelichting op deze (zeer) algemene stelling ontbreekt evenwel.

52 Kenniscentrum PPS, *Europese aanbesteding bij PPS bij gebiedsontwikkeling*, 2005, p. 20-21. Hetzelfde standpunt is te vinden in PPS-bureau landelijk gebied, *PPS groen & aanbesteden: wanneer & hoe?*, augustus 2005, p. 21 en 26.

53 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 79-80.

De Reiswijzer miskent hiermee de relevantie van de scheidbaarheid van de onderdelen. Zijn deze immers onscheidbaar, dan geeft het hoofdvoorwerp de doorslag, hetgeen ertoe kan leiden dat het geheel moet worden geacht geen overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken te vormen, terwijl ondergeschikte onderdelen dat als zodanig wel doen; dit wordt niet anders als de geraamde waarde van die onderdelen de drempelwaarde overschrijdt. Het ‘wegstoppen’ kan zich dan ook enkel voordoen als weliswaar sprake is van scheidbare onderdelen, maar de aanbestedende dienst toch één, gemengde overeenkomst wil sluiten. Om in die gevallen omzeiling te voorkomen, geldt, zoals gezegd, voor de gehele overeenkomst het strikteste regime dat op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is.

In de Reiswijzer wordt vervolgens gesteld dat als de geraamde waarde van het onderdeel dat onder de aanbestedingswetgeving valt, (veel) lager is dan de toepasselijke drempelwaarde, de combinatie met de onderdelen die niet onder die wetgeving vallen, niet ertoe leidt dat het geheel alsnog moet worden aangemerkt als bovendrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst. Ook hier ontbreekt echter iedere verwijzing naar de jurisprudentie van het Hof op grond waarvan het hoofdvoorwerp doorslaggevend is bij gemengde overeenkomsten die een ondeelbaar geheel vormen. Hoewel de hoofdvoorwerp-test in de praktijk waarschijnlijk vaak tot hetzelfde resultaat zal leiden als het standpunt uit de Reiswijzer, behoeft dat niet altijd het geval te zijn. Zo is het mogelijk dat een onderdeel dat op zichzelf een overheidsopdracht voor werken vormt met een geraamde waarde van € 4,8 miljoen, wordt gecombineerd met een onderdeel dat niet onder de aanbestedingswetgeving valt met een geraamde waarde van € 1 miljoen, waarbij het resultaat van die combinatie een ondeelbaar geheel is. Gezien de verschillen in waarde, ligt dan voor de hand dat het overheidsopdracht-onderdeel het hoofdvoorwerp vormt. De gehele overeenkomst moet dan worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken met een geraamde waarde van ($€ 4,8 + 1 =$) € 5,8 miljoen. Aangezien dat meer is dan de toepasselijke drempelwaarde van € 5 miljoen, geldt voor die overeenkomst dus een verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van de aanbestedingswetgeving, terwijl dat volgens het standpunt van de Reiswijzer niet het geval zou zijn.

Toepassing op tweede voorbeeld – woningbouw en aanleg openbaar gebied

Het tweede voorbeeld betreft gronduitgifte ten behoeve van de realisatie van woningbouw en de aanleg van het bijbehorende openbaar gebied. In dat geval is het aannemelijk dat beide onderdelen (aanleg openbaar gebied respectievelijk woningbouw) scheidbaar zijn. De gemeente zou namelijk ook ervoor hebben kunnen kiezen om alleen de grond bestemd voor de woningbouw te verkopen aan de ontwikkelaar en de grond bestemd voor het openbaar gebied zelf in eigendom te houden. In dat geval zou de gemeente afzonderlijk opdracht verlenen aan een aannemer voor de aanleg van dat openbaar gebied; deze opdracht zou dan een overheidsopdracht voor werken vormen. Gelet hierop, moeten beide onderdelen afzonderlijk op hun eigen merites worden beoordeeld. De grondverkoop ten behoeve van de woningbouw vormt in dit voorbeeld zuivere gronduitgifte en valt dus buiten de werking van het aanbestedingsrecht. Voor de grondverkoop ten behoeve van het openbaar gebied

geldt een verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van het aanbestedingsrecht, mits de geraamde waarde de drempelwaarde van momenteel € 5 miljoen (excl. btw) overschrijdt of dit onderdeel een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.⁵⁴ Mocht de gemeente verplicht zijn voor de opdracht voor het openbaar gebied gelijke kansen te bieden, dan wordt aan die verplichting niet afgedaan door alsnog voor beide scheidbare onderdelen één, gemengde overeenkomst te sluiten. De gemeente moet dan voor die overeenkomst als geheel gelijke kansen bieden.

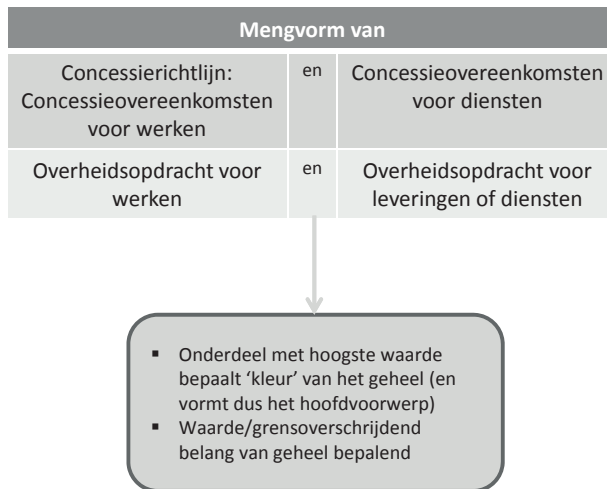
Net als bij het eerste voorbeeld heeft ook hier te gelden dat de woningbouw als zodanig buiten de aanbestedingswetgeving valt en geen onderdeel uitmaakt van het ‘werk’ dat bestaat uit de aanleg van het openbaar gebied. Zou dat in theorie niettemin het geval kunnen zijn, dan is goed denkbaar dat de woningbouw en de aanleg van het openbaar gebied beide dezelfde technische functie vervullen en aldus een eenheid vormen naar de aard van het werk. Aanwijzingen daarvoor zijn dat voor beide onderdelen één overeenkomst wordt gesloten en (in voorkomend geval) dat voor het geheel één ontwerp bestaat. Echter, aangenomen moet worden dat beide onderdelen naar plaats technisch en economisch zijn gescheiden, zodat zij overeenkomstig de Vendée-test niet tezamen één werk kunnen vormen. De onderdelen zijn immers naar alle waarschijnlijkheid technisch niet noodzakelijkerwijs onderling verbonden (dus technisch gescheiden); verder zal de gemeente doorgaans betalen voor de aanleg van het openbaar gebied en de uiteindelijke eigenaren van de woningen zullen betalen voor de woningbouw (dus economisch gescheiden). De omvang van een ‘werk’ speelt hier aldus hoe dan ook geen rol.

7.5.4 Tussenconclusie gemengde gronduitgifteovereenkomsten

Een gronduitgifteovereenkomst kan bestaan uit twee onderdelen die als zodanig een overheidsopdracht voor werken respectievelijk diensten of leveringen vormen. In dat geval moet – in overeenstemming met de Aanbestedingsrichtlijn – worden bepaald wat het hoofdvoorwerp van de gehele overeenkomst is. Als dat het uitvoeren van werken is, dan geldt de gehele gronduitgifteovereenkomst als een overheidsopdracht voor werken; afhankelijk van de geraamde waarde c.q. het belang van de gehele overeenkomst geldt dan op grond van het huidige recht al dan niet een expliciete verplichting om gelijke kansen te bieden. Deze systematiek lijkt slechts uitzondering als de aanbestedende dienst de verschillende onderdelen kunstmatig bij elkaar heeft gevoegd, enkel om op het geheel een lichter regime van toepassing te laten zijn.

Vormen de twee onderdelen daarentegen respectievelijk een concessieovereenkomst voor werken en diensten, dan biedt de Aanbestedingsrichtlijn geen uitkomst. In dat geval moet eerst worden beoordeeld of beide onderdelen scheidbaar zijn of juist

54 Hoewel het gemengde karakter van de overeenkomst daar niet aan de orde kwam, was dit feitelijk de situatie in Hof Den Haag 31 januari 2001, *LJN AB0451 (Mortierepolder)*.



Figuur 3 Gemengde gronduitgifteovereenkomsten

7.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk zijn verschillende typen van gronduitgifte door de overheid aan bod gekomen. Daarbij is telkens uiteengezet of de gronduitgifte een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt en zo ja, waarvan dan de geraamde waarde moet worden berekend dan wel waarvan moet worden bepaald of het een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Het huidige recht bevat immers een expliciete verplichting voor opdrachtverstrekking voor werken waarvan de geraamde waarde de drempelwaarde van momenteel € 5 miljoen (excl. btw) overschrijdt, of die, bij een lagere waarde, niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Zo zal een gronduitgifteovereenkomst waarbij de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking van de overheid komen, in beginsel een overheidsopdracht voor werken vormen. Daarnaast is denkbaar dat de tegenprestatie van de overheid bestaat uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd en waarbij de overheid het exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt aan haar wederpartij. De overheid moet dan op enig moment, maar uiterlijk aan het einde van de exploitatieperiode, de beschikking voor onbepaalde tijd over de uitgevoerde werken verkrijgen. In dat geval vormt de gronduitgifteovereenkomst geen overheidsopdracht maar een concessieovereenkomst voor werken. In alle gevallen is de geraamde waarde c.q. het belang van de gehele overeenkomst het uitgangspunt om te bepalen of de overheid voor de opdrachtverstrekking gelijke kansen moet bieden.

Heeft de gronduitgifteovereenkomst daarentegen betrekking op de uitvoering van werken die *niet* ter beschikking van de overheid zullen komen, dan is grosso modo de kans dat deze overeenkomst een overheidsopdracht voor werken oplevert, aanzienlijk kleiner. In de praktijk zal naar verwachting doorgaans geen sprake zijn van een verplichting tot het uitvoeren van werken, een op geld waardeerbare tegenprestatie, een rechtstreeks economisch belang en/of het uitvoeren van werkzaamheden of een werk conform de eisen van de aanbestedende dienst. Strikt genomen kunnen dergelijke gronduitgifteovereenkomsten bovendien geen concessieovereenkomst voor werken vormen. De daarvoor vereiste uiteindelijke beschikking van de overheid over de werken ontbreekt immers. Dit is anders als de gronduitgifte wordt vormgegeven als de overdracht van een recht op die grond voor *bepaalde* tijd, zoals erfpacht, huur en opstalrecht, en de op de betreffende grond uitgevoerde werken na afloop ter beschikking komen van de overheid. Als bij dit type gronduitgifte sprake is van opdrachtverstrekking, moet van de gehele overeenkomst – vanuit het perspectief van de wederpartij – de geraamde waarde worden berekend (inclusief inkomsten van derden) en, als deze de drempelwaarde niet overschrijdt, moet van dat geheel worden beoordeeld of het een grensoverschrijdend belang vertoont.

Behalve dat één gronduitgifteovereenkomst betrekking heeft op de uitvoering van (werkzaamheden aan) één werk, kan het ook voorkomen dat meerdere gronduitgifteovereenkomsten gezamenlijk dat als enkel doel hebben, waarbij ieder van die overeenkomsten op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. De geraamde waarde van deze overeenkomsten moet dan bij elkaar worden opgeteld voor zover deze betrekking hebben op de uitvoering van een en hetzelfde ‘werk’. Voor de beoordeling wat als één werk moet worden beschouwd, kan de in hoofdstuk 5 beschreven Vendée-test worden toegepast. Daarbij is niet relevant of meerdere aanbestedende diensten zijn betrokken.

Het omgekeerde kan zich ook voordoen: één gronduitgifteovereenkomst die tot doel heeft de realisatie van meer dan één werk of de uitvoering van werkzaamheden met betrekking tot meer dan één werk, waarbij de uitvoering van (de werkzaamheden met betrekking tot) ieder werk op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. In dat geval moet niet de geraamde waarde van ieder afzonderlijk werk, maar die van de gehele gronduitgifteovereenkomst worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde. Blijft deze onder de drempelwaarde, dan moet van het geheel worden beoordeeld of dat duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Ten slotte is het niet ongebruikelijk dat een gronduitgifteovereenkomst bestaat uit verschillende onderdelen die ieder op zich als een ander type opdrachtverstrekking moeten worden beschouwd of juist geen opdrachtverstrekking maar zuivere gronduitgifte vormen. Zo kan een gronduitgifteovereenkomst bestaan uit twee onderdelen die als zodanig een overheidsopdracht voor werken respectievelijk diensten of leveringen vormen. In dat geval bepaalt het hoofdvoorwerp de ‘kleur’ van de gehele overeenkomst en moet de geraamde waarde van de gehele overeen-

komst worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde, tenzij sprake is van een kunstmatige samenvoeging om het aanbestedingsrecht te omzeilen. Voor onderdrempelige opdrachten geldt dan dat van het geheel moet worden bepaald of het duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Vormen de twee onderdelen daarentegen respectievelijk een concessieovereenkomst voor werken en diensten, dan moet – tot implementatie van de Concessierichtlijn – eerst worden beoordeeld of beide onderdelen scheidbaar zijn of juist objectief gezien noodzakelijk een ondeelbaar geheel vormen. Vormen de onderdelen een ondeelbaar geheel, dan bepaalt het hoofdvoorwerp de ‘kleur’ van de gehele gronduitgifteovereenkomst en vormt de geraamde waarde c.q. het grensoverschrijdend belang van de gehele overeenkomst het uitgangspunt. Zijn de onderdelen daarentegen scheidbaar, dan moet ieder onderdeel op zijn eigen merites worden beoordeeld; de geraamde waarde c.q. het grensoverschrijdend belang van ieder onderdeel geldt dan als uitgangspunt om te bepalen of de aanbestedende dienst voor dat onderdeel gelijke kansen moet bieden. Mocht de aanbestedende dienst niettemin ervoor kiezen om voor beide onderdelen geen afzonderlijke overeenkomsten te sluiten, maar één, gemengde overeenkomst voor het geheel, dan geldt voor dat geheel de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn c.q. de transparantieplichting op grond van het VwEU, mits die op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is. Deze systematiek in twee stappen (scheidbaarheid en vervolgens kwalificatie conform het hoofdvoorwerp respectievelijk afzonderlijke beoordeling) geldt ook bij gronduitgifteovereenkomsten die bestaan uit een combinatie van een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken, alsmede bij een combinatie van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken en zuivere gronduitgifte.

Hoofdstuk 8

Conclusie Europese opdrachtverstrekking

De centrale stelling in dit onderzoek is dat overheden – vanuit het in paragraaf 1.2.1 besproken gelijkheidsbeginsel – verplicht zouden moeten zijn om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst met het oog op de uitvoering van werken gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Voor zover een dergelijke gronduitgifte Europese opdrachtverstrekking inhoudt, bestaat die verplichting expliciet in het huidige (aanbestedings)recht en wordt het gelijkheidsbeginsel gewaarborgd.

Deze verplichting is ontwikkeld in de Europese aanbestedingswetgeving. Daarin is namelijk een aanbestedingsverplichting opgenomen die inhoudt dat de overheid bij Europese bovendrempelige opdrachtverstrekking gelijke kansen moet bieden aan alle potentiële wederpartijen. Deze aanbestedingsplicht is een gedetailleerde uitwerking van het algemene beginsel van gelijke behandeling, zoals dat is uitgewerkt in het algemene verbod van discriminatie naar nationaliteit in het VwEU dat op zijn beurt weer is uitgewerkt in de specifieke vrij-verkeerbepalingen van artikelen 49 en 56 VwEU, die beperkingen aan de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten door ondernemingen uit andere lidstaten verbieden. Bovendien wordt met die aanbestedingsplicht beoogd de daadwerkelijke mededinging binnen de Unie te bevorderen. De Europese aanbestedingsverplichting vormt daarmee een concrete uitdrukking van zowel het publiek- als het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel zoals dat in paragraaf 1.2.1 werd besproken. Deze aanbestedingsplicht geldt alleen voor opdrachtverstrekking voor werken met een geraamde waarde van meer dan de drempelwaarde (momenteel € 5 miljoen excl. btw). De geraamde waarde moet worden berekend vanuit het perspectief van de potentiële inschrijvers en op basis van de opdracht zoals deze is gedefinieerd door de aanbestedende dienst. De waarde van meerdere opdrachten moet evenwel samen worden genomen als deze betrekking hebben op één en hetzelfde ‘werk’. De aanbestedingswetgeving voorziet weliswaar in uitzonderingen op de verplichting om gelijke kansen te bieden, maar de kans dat die zich bij gronduitgifte voordoen, is bijzonder klein.

Het Hof heeft vervolgens erkend dat de overheid ook voor opdrachtverstrekking die buiten de aanbestedingswetgeving valt, gelijke kansen moet bieden. Deze verplichting is gebaseerd op bovenstaande artikelen 49 en 56 VwEU, in het licht van de daaraan ten grondslag liggende beginselen van gelijke behandeling en transparantie, en is door het Hof met name geformuleerd om te waarborgen dat

de overheid potentiële wederpartijen uit andere lidstaten materieel gelijk behandelt ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen (conform het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel). Vanwege de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit is voor de toepasselijkheid van beide artikelen evenwel een Europese dimensie van de betreffende opdrachtverstrekking vereist; daarvoor dient de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang te vertonen. Van een duidelijk grensoverschrijdend belang is al sprake als vooraf in redelijkheid te verwachten is dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, getuigd op de feiten en omstandigheden van het geval (aard, omvang en locatie van de opdracht). Mocht het resultaat van die beoordeling zijn dat de opdracht volgens de overheid in kwestie geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, dan zou de betreffende overheid potentiële wederpartijen in de gelegenheid moeten stellen om kennis te nemen van een dergelijk besluit, zodat zij daar nog tegenop kunnen komen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Verder is van belang dat het VwEU – eveneens vanwege de evenredigheid en subsidiariteit – geen ‘bescherming’ biedt aan nationale potentiële wederpartijen ten opzichte van die uit andere lidstaten, maar alleen omgekeerd. Dit risico op omgekeerde discriminatie wordt echter gerepareerd door het nationale recht: de gelijke kansen van de nationale potentiële wederpartijen moeten alsnog worden gewaarborgd op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Overigens bestaan op de verplichting om gelijke kansen te bieden bij onderdempelige Europese opdrachtverstrekking weliswaar ruimere uitzonderingen dan op grond van de aanbestedingswetgeving, maar ook hier is niet te verwachten dat die zich in de praktijk snel zullen voordoen.

De aanbestedingswetgeving is specifiek ontwikkeld voor opdrachtverstrekking, zoals dat in die wetgeving is gedefinieerd. Op grond daarvan kan bovenstaande aanbestedingsplicht enkel gelden voor gronduitgifteovereenkomsten die een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormen als bedoeld in de Aanbestedingsrichtlijn. Voor alle overige typen van gronduitgifte – oftewel: zuivere gronduitgifte – is de aanbestedingswetgeving niet bedoeld en zal langs een andere weg gezocht moeten worden naar een verplichting tot het bieden van gelijke kansen (zie Deel B). De beperking tot opdrachtverstrekking geldt ook voor bovenstaande jurisprudentie van het Hof, zodat deze eveneens niet zonder meer kan worden doorgetrokken tot zuivere gronduitgifte. Dit brengt mee dat voor het bestaan van een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen het essentieel is om vast te kunnen stellen in welke gevallen een gronduitgifteovereenkomst een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt.

Van een *overheidsopdracht voor werken* is eerst sprake indien aan een aantal cumulatieve elementen is voldaan. Deze elementen zijn afgeleid uit de ontwikkeling van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ in de aanbestedingswetgeving en de jurisprudentie. Deze ontwikkeling kenmerkt zich door een langdurige uitbreiding van de reikwijdte van dat begrip, gevolgd door een betrekkelijk recente afbakening van de buitengrenzen van die reikwijdte. Op grond daarvan is vastgesteld dat een overheidsopdracht voor werken bestaat als:

- a) een aanbestedende dienst (zoals een overheid);
- b) en een aannemer;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst;

De door het Hof vereiste functionele benadering van het begrip overheidsopdracht voor werken verzet zich tegen een restrictieve benadering van deze cumulatieve elementen. Ten eerste kan het zijn dat verschillende, opeenvolgende overeenkomsten die ieder op zich niet voldoen aan alle elementen van een overheidsopdracht voor werken, als geheel moeten worden beoordeeld en als zodanig wél een overheidsopdracht voor werken vormen. Ten tweede kan de functionele benadering impliceren dat als een van bovenstaande elementen strikt genomen weliswaar ontbreekt, maar *de facto* daar toch sprake van is, dit element niettemin aanwezig moet worden geacht. Als in een bepaald geval dus op het eerste gezicht niet aan alle elementen is voldaan, zal alsnog moeten worden beoordeeld of sprake is van een rechtmatige vormgeving van de overeenkomst als niet-overheidsopdracht dan wel van een onrechtmatige omzeiling van de aanbestedingswetgeving.

De afzonderlijke elementen zijn in hoofdstuk 5 uitgebreid geanalyseerd. Daaruit is met name gebleken dat het element ‘onder bezwarende titel’ inhoudt dat de overheid een te onderscheiden, op geld waardeerbare tegenprestatie moet leveren in ruil voor het uitvoeren van werken door de aannemer. Het spiegelbeeld hiervan is het element ‘rechtstreeks economisch belang’. Dit element houdt namelijk in dat de prestatie van de aannemer een rechtstreekse economische waarde vertegenwoordigt voor de overheid. Daarmee wordt bedoeld dat alleen als de werken ook voor een private opdrachtgever een economische waarde zouden vertegenwoordigen, deze waarde voldoende is om een rechtstreeks economisch belang voor de overheid op te leveren. Ten aanzien van het uitvoeren van werken is vereist dat de betreffende werkzaamheden of het ‘werk’ voldoen aan de eisen van de overheid. De omvang van een ‘werk’ kan worden bepaald met behulp van de in hoofdstuk 5 geformuleerde Vendée-test.

Een *concessieovereenkomst voor werken* lijkt in sterke mate op een overheidsopdracht voor werken, maar vormt een afzonderlijk type opdrachtverstrekking. Een concessieovereenkomst is aldus geen (type) overheidsopdracht. Naar aanleiding van een analyse van de ontwikkelingen in de aanbestedingswetgeving en de jurisprudentie is in hoofdstuk 6 vastgesteld dat het onderscheid tussen beide typen overeenkomsten is gelegen in de verlening van een exploitatierecht voor bepaalde tijd, die ook tot gevolg heeft dat de overheid het exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt aan de concessiehouder. De duur van de exploitatie (en derhalve van de concessieovereenkomst) hangt af van de te verwachten

terugverdienperiode. Na afloop van de concessieovereenkomst beschikt de aanbestedende dienst dan weer volledig over het uitgevoerde werk en kan hij (opnieuw) besluiten om bijvoorbeeld een overeenkomst te sluiten voor de exploitatie van het gerealiseerde werk of het werk in eigendom over te dragen aan de voormalig concessiehouder. De overheid heeft het exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel op de concessiehouder overgedragen als de aanbestedende dienst zo veel exploitatierisico overdraagt, dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. Deze (on)zekerheid kan het gevolg zijn van zowel het vraag- als het beschikbaarheidsrisico.

Verder is gebleken dat van een concessieovereenkomst voor werken ook sprake is als de concessiehouder niet een 'werk', maar werkzaamheden moet uitvoeren en de tegenprestatie bestaat uit de exploitatie van het werk waaraan die werkzaamheden moeten worden uitgevoerd. Dit alles brengt mee dat van een concessieovereenkomst voor werken sprake is als:

- a) een aanbestedende dienst;
- b) en een concessiehouder;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
 - i. bestaande uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan de concessiehouder;
 - ii. waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Net als bij overheidsopdrachten voor werken geldt hier dat deze elementen met behulp van een functionele benadering moeten worden uitgelegd.

Ten behoeve van de beantwoording van de eerste subonderzoeksvraag is vervolgens in hoofdstuk 7 ingegaan op de concrete toepassing van het voorgaande op gronduitgifte. Daartoe zijn verschillende typen van gronduitgifte door de overheid aan bod gekomen, waarbij telkens uiteen is gezet in hoeverre dat type gronduitgifte een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt en zo ja, waarvan dan de geraamde waarde moet worden berekend dan wel waarvan moet worden bepaald of het een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

In dat kader is naar voren gekomen dat een gronduitgifteovereenkomst waarbij de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking van de overheid komen, in beginsel een overheidsopdracht voor werken zal vormen en eventueel een concessieovereenkomst voor werken. Heeft de gronduitgifteovereenkomst daarentegen betrekking op de uitvoering van werken die *niet* ter beschikking van de overheid zullen komen, dan is grosso modo de kans dat de gronduitgifte een overheids-

opdracht voor werken vormt, aanzienlijk kleiner. Strikt genomen kunnen dergelijke gronduitgifteovereenkomsten bovendien geen concessieovereenkomst voor werken vormen.

Verder is ingegaan op de mogelijkheid dat meerdere gronduitgifteovereenkomsten gezamenlijk als enkel doel hebben de uitvoering van (werkzaamheden aan) één werk, waarbij ieder van die overeenkomsten op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. De geraamde waarde van deze overeenkomsten moet dan bij elkaar worden opgeteld voor zover deze betrekking hebben op de uitvoering van een en hetzelfde ‘werk’; blijft deze waarde onder de drempelwaarde, dan moet van dit geheel aan overeenkomsten worden bepaald of het een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Ook het omgekeerde kan zich voordoen: één gronduitgifteovereenkomst die tot doel heeft de realisatie van meer dan één werk of de uitvoering van werkzaamheden met betrekking tot meer dan één werk, waarbij de uitvoering van (de werkzaamheden met betrekking tot) ieder werk op zichzelf beschouwd een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken vormt. In dat geval moet niet de geraamde waarde van ieder afzonderlijk werk, maar die van de gehele gronduitgifteovereenkomst worden vergeleken met de toepasselijke drempelwaarde. Bij een lagere waarde dan deze drempelwaarde, moet van de gronduitgifteovereenkomst als geheel worden bepaald of deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.

Het laatste type gronduitgifte betreft gemengde gronduitgifteovereenkomsten. Het gaat dan om gronduitgifteovereenkomsten die bestaan uit verschillende onderdelen die ieder op zich als een ander type opdrachtverstrekking moeten worden beschouwd of juist geen opdrachtverstrekking maar zuivere gronduitgifte vormen. Bij een combinatie van werken enerzijds en diensten en/of leveringen anderzijds, bepaalt het hoofdvoorwerp het karakter van de gehele overeenkomst, tenzij de combinatie het gevolg is van een kunstmatige constructie om het aanbestedingsrecht te omzeilen. Betreft het een overeenkomst met twee onderdelen die op zichzelf respectievelijk een concessieovereenkomst voor werken en diensten vormen, dan moet – tot de implementatie van de Concessierichtlijn – eerst worden beoordeeld of beide onderdelen scheidbaar zijn of juist objectief gezien noodzakelijk een ondeelbaar geheel vormen. Vormen de onderdelen een ondeelbaar geheel, dan bepaalt het hoofdvoorwerp de ‘kleur’ van de gehele gronduitgifteovereenkomst en vormt de geraamde waarde c.q. het grensoverschrijdend belang van de gehele overeenkomst het uitgangspunt. Zijn de onderdelen daarentegen scheidbaar, dan moet ieder onderdeel op zijn eigen merites worden beoordeeld; de geraamde waarde c.q. het grensoverschrijdend belang van ieder onderdeel geldt dan als uitgangspunt om te bepalen of de aanbestedende dienst voor dat onderdeel gelijke kansen moet bieden. Mocht de aanbestedende dienst niettemin ervoor kiezen om voor beide onderdelen geen afzonderlijke overeenkomsten te sluiten, maar één, gemengde overeenkomst voor het geheel, dan geldt voor dat geheel de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn c.q. de transparantieplichting op grond van het VwEU, mits die op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is. Deze systematiek in twee stappen (scheidbaarheid en vervolgens kwalificatie conform het hoofd-

voorwerp respectievelijk afzonderlijke beoordeling) geldt ook bij gronduitgifte-overeenkomsten die bestaan uit een combinatie van een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken, alsmede bij een combinatie van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken en zuivere gronduitgifte.

Hoofdstuk 9

Nationale opdrachtverstrekking

Tot nu toe is in dit onderzoek vastgesteld dat het huidige recht niet expliciet verplicht om gelijke kansen te bieden bij gronduitgifte, tenzij de gronduitgifte inhoudt dat de overheid een opdracht voor werken verleent aan haar wederpartij en deze opdracht een Europese dimensie heeft. Met andere woorden, voor zuivere gronduitgifte geldt geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen en voor gronduitgifte die Europese opdrachtverstrekking inhoudt wel. Daarmee is nog niet bekend hoe het zit met gronduitgifte die *nationale* opdrachtverstrekking inhoudt. Vanwege het ontbreken van een Europese dimensie – en dus van enige interstatelijkheid – bleek het Europese (aanbestedings)recht daarop niet van toepassing te zijn. Het betreft dus ook juridisch gezien een nationale aangelegenheid. Dit neemt echter niet weg dat vanwege het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel ook voor dergelijke gronduitgifte de overheid verplicht zou moeten zijn om gelijke kansen te bieden.¹ De vraag is dan ook of het huidige nationale recht in een expliciete verplichting voorziet om gelijke kansen te bieden bij gronduitgifte die nationale gronduitgifte inhoudt. In dit hoofdstuk zal die vraag worden beantwoord, zodat vervolgens het volledige antwoord op de eerste subonderzoeksvraag kan worden geformuleerd.

Gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt, betreft het verstrekken van een opdracht waarvan de geraamde waarde lager is dan de toepasselijke drempelwaarde en die evenmin anderszins een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Net als in de overige hoofdstukken gaat het hierbij enkel om opdrachtverstrekking voor werken; opdrachten voor leveringen en diensten blijven aldus buiten beschouwing.

Het Europese (aanbestedings)recht laat onverlet dat lidstaten eigen regels kunnen vaststellen voor de aanbesteding van opdrachten die buiten de werkingssfeer van dat Europese recht vallen. Nagenoeg alle lidstaten hebben dat ook gedaan. Uit een onderzoek van Sigma uit mei 2010 naar de regulering van onderdrempelige opdrachten blijkt dat 19 van de 22 onderzochte lidstaten daarvoor eigen aanbestedingsregels hebben.² De meeste van die lidstaten kennen onder de Europese

1 Zie daarover paragraaf 1.2.1.

2 ‘Public Procurement in EU Member States - The Regulation of Contract Below the EU Thresholds and in Areas not Covered by the Detailed Rules of the EU Directives’, Sigma Papers, No. 45, 27 mei 2010. Zie voor een vergelijkbare conclusie het rapport

drempel nog een of twee nationale drempels. Onder de laagste drempel is onderhandse gunning mogelijk; tussen de laagste drempel en de Europese drempel geldt doorgaans een lichter regime dan boven de Europese drempel (meervoudig onderhandse aanbesteding of nationale aanbestedingen die qua opzet vergelijkbaar zijn met de Europese aanbestedingsprocedures).

Nederland was op het vasteland de enige uitzondering.³ Dit gebrek aan eigen aanbestedingswetgeving voor nationale opdrachtverstrekking doet haast denken dat het aanbestedingsrecht in Nederland een Europese uitvinding is. Niets is echter minder waar. In het navolgende zal blijken dat Nederland vroeger namelijk eigen aanbestedingswetgeving had (paragraaf 9.1). Daarvan is in het huidige recht enkel nog overgebleven de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005, die gelden voor de ‘bouwministeries’ (paragraaf 9.2). Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet zou dit evenwel kunnen veranderen, aangezien daarin voor het eerst weer aandacht wordt besteed aan nationale opdrachtverstrekking door de rijksoverheid en de decentrale overheden (paragraaf 9.3).

9.1 NEDERLANDS AANBESTEDINGSRECHT IN VROEGER TIJDEN

Al ruim voordat sprake was van Europese aanbestedingswetgeving, bestond Nederlandse wetgeving op grond waarvan de overheid opdrachten voor werken openbaar moest aanbesteden.⁴ Zo bevatte een koninklijk besluit uit 1815 een bepaling die beoogde een zo doelmatig mogelijke besteding van de overheidsmiddelen en de bestrijding van corruptie te bewerkstelligen.⁵ Met dat doel voor ogen werd bepaald dat:⁶

“(…) alle aannemingen van werken en leverantien ten behoeve van den Lande, meerder dan vijf honderd Guldens moetende kostende in het openbaar moeten worden aanbesteed. En zullen deze aanbestedingen ten minsten acht dagen te voren in de Nederlandsche Staatscourant en in de Algemeene Nederlandsche Courant aangekondigd, en door aanplakking van biljetten ter plaatse, alwaar de aanbesteding geschied en alwaar de werken of leverantien moeten worden gepresteerd, aan het publiek moeten kenbaar gemaakt worden.”

‘Aanbesteden in Europa. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aanbestedingsregelgeving in 14 EU-lidstaten’ van 11 september 2006 dat is opgesteld door Van Doorne in opdracht van het ministerie van EZ, p. 52-68. Voor een ander uitgebreid overzicht van de aanbestedingsregelgeving in de lidstaten, zie het rapport ‘The comparative Survey on Public Procurement systems across the PPN’ van december 2010, beschikbaar via de website van het Public Procurement Network <<http://www.public-procurementnetwork.org>>.

- 3 De andere twee lidstaten zonder dergelijke aanbestedingsregels waren het Verenigd Koninkrijk en Ierland.
- 4 Zie voor een beschrijving van (verplichtingen tot) aanbesteding in de Romeinse tijd en in Nederland vóór 1815: Manunza 2010. Zie verder Hurx 2010, o.a. p. 116-117.
- 5 Dat blijkt uit art. 5 van het KB. Zie ook Van Romburgh 2005, p. 51.
- 6 KB van 11 november 1815, zoals aangehaald in Hebly 2010.

Ook in een later koninklijk besluit, van 22 april 1920, is deze aanbestedingsplicht terug te vinden. Dat KB bepaalde dat “alle aannemingen van werken en alle leverantiën ten behoeve van den lande, die een uitgaaf vorderen van meer dan f 2500, in het openbaar moeten worden aanbesteed”.⁷

Toen in 1850 de Provinciewet werd vastgesteld, ontbrak een vergelijkbare aanbestedingsplicht voor provincies. In die wet was slechts opgenomen dat Gedeputeerde Staten bevoegd waren de voornemens en voorwaarden van aanbestedingen vast te stellen van de door de provincie op te dragen werken.⁸ In de in 1994 in werking getreden nieuwe Provinciewet is deze bepaling vervallen.

Voor gemeenten werd daarentegen wel in een aanbestedingsplicht voorzien. Artikel 142 van de eerste Gemeentewet uit 1851⁹ luidt als volgt:¹⁰

“(...) [De gemeenteraad] kan zich de vaststelling der plannen en voorwaarden van aanbesteding der werken en leverantien, ten behoeve der gemeente te doen, voorbehouden.

De aanbesteding geschiedt in het openbaar, behoudens de gevallen, waarin, om bijzondere redenen, onderhandsche aanbesteding in het belang der gemeente ware.”

Voor het onderhands aanbesteden van werken (en leveringen) was bovendien goedkeuring nodig van gedeputeerde staten.¹¹ De memorie van toelichting vermeldt over dit goedkeuringsvereiste:¹²

“In deze classe worden ook *onderhandsche* verhuringen, verpachtingen en aanbestedingen gerangschikt. De gemeentebesturen kunnen deze handelingen, volgens het ontwerp, in het openbaar verrigten, zonder eenige goedkeuring van hooger gezag te behoeven. Maar verlangen zij die met bepaalde personen onderhands te sluiten, dan komt de waarborg van zoodanige goedkeuring in de plaats van dien eener algemeene mededinging.”

7 Zie *Kamerstukken II* 1926/27, 225, nr. 3, p. 17.

8 Art. 159 jo. 134 Wet van 6 juli 1850 ‘regelende de zamenstelling en magt van de provinciale staten’, Stb. 1850, 39 (Provinciewet 1850). Zie ook Van Romburgh 2005, p. 55 onder verwijzing naar art. 107 van de ‘oude Provinciewet’. Zie ook Makkinga & Van Werven 1994, p. 11 en p. 20; hen is uit de literatuur niet gebleken dat de Provinciewet ooit een bepaling omtrent de te hanteren aanbestedingswijze heeft bevat.

9 Wet van 29 juni 1851 ‘regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen’, Stb. 1851, 85. Nijholt wijst erop dat een eerdere ontwerp-gemeentewet uit 1849 reeds bepalingen met betrekking tot (openbare) aanbestedingen bevatte; vanwege het aftreden van het kabinet is het van een schriftelijke behandeling van het wetsontwerp nooit gekomen. Zie Nijholt 1996, p. 49-50.

10 Zie over deze bepaling, de bevoegdheidsverdeling en de toetsingsregelingen daaromtrent Nijholt 1996, p. 37 e.v. Overigens mochten gemeenteraadsleden ook niet deelnemen aan “aannemingen ten behoeve der gemeente”; zie art. 24 Gemeentewet 1851.

11 Art. 194 sub f Gemeentewet 1851.

12 *Kamerstukken II* 1850/51, LXV, nr. 3.

Bovenstaand artikel 142 en het daarin opgenomen uitgangspunt van openbare aanbesteding zijn vrijwel letterlijk gehandhaafd in de Gemeentewet van 1931.¹³ Aangenomen wordt dat met ‘openbare aanbesteding’ niet slechts werd bedoeld dat de aanbesteding openbaar bekend moest worden gemaakt, maar tevens dat eenieder die aan de gestelde eisen kon voldoen, tot inschrijving werd toegelaten.¹⁴ Verder moet erop worden gewezen dat de Gemeentewet geen drempelbedrag bevatte, zodat het uitgangspunt van openbare aanbesteding gold, onafhankelijk van de waarde van de betrokken werken.

In de nieuwe Gemeentewet uit 1992 is bovenstaande bepaling echter niet teruggekomen.¹⁵ Het verdwijnen van het uitgangspunt van de openbare aanbesteding is toen niet gemotiveerd; de enige toelichting op het verdwijnen van deze bepaling is dat in plaats van een opsomming van de bevoegdheden van de raad en het dagelijks bestuur, ervoor gekozen is om te volstaan met het toekennen van het algemeen bestuur aan de raad en van het dagelijks bestuur aan burgemeester en wethouders.¹⁶ Dit betekende het einde van de zuiver nationale aanbestedingswetgeving voor gemeenten.

Voor de rijksoverheid volgde in 1927 een nieuwe regeling voor de aanbesteding van opdrachten voor werken. In dat jaar werd de Comptabiliteitswet aangenomen,

13 Stb. 1931, 89. Het betreft de Gemeentewet van 1851 (Stb. 1851, 85) zoals laatstelijk gewijzigd bij wet van 31 januari 1931 (Stb. 1931, 41). Het betreffende art. 176 luidt: “Hij kan zich de vaststelling der plannen en voorwaarden van aanbesteding der werken en leverantiën, ten behoeve der gemeente te doen, voorbehouden. De aanbesteding geschiedt in het openbaar, behoudens de gevallen, waarin om bijzondere redenen, onderhandsche aanbesteding in het belang der gemeente ware.”

14 Zie Nijholt 1996, p. 51. Nijholt geeft aan dat met het stelsel der openbare aanbesteding het gesloten gildesysteem moest worden doorbroken, waardoor er niet alleen uitzicht kwam op economische groei door vrije concurrentie, maar waardoor het ook mogelijk zou worden om zich vrijelijk te vestigen. De gelijkenis met het – veel latere – ontstaan van het Europese aanbestedingsrecht is duidelijk zichtbaar.

15 Wet van 14 februari 1992, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenten (Gemeentewet), Stb. 1992, 96.

16 *Kamerstukken II* 19 403, nr. 3, p. 38. Van de Meent wijst erop dat de ratio van het verdwijnen van de aanbestedingsplicht nergens is terug te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis; zie Van de Meent 1995, p. 182. Zie ook Makkinga & Van Werven 1994, p. 12; zij noemen het ontbreken van een bepaling in de Gemeentewet over de door gemeenten te hanteren aanbestedingswijzen ‘uiterst merkwaardig’. Zie verder Van Romburgh 2005, p. 55. Nijholt wijst erop dat met het afschaffen van het preventieve toezicht in 1966 het primaat van de openbare aanbesteding praktisch een dode letter is geworden; zie Nijholt 1996, p. 61-62.

die bepalingen bevatte voor ‘de regeling van het beheer van ’s Rijks financiën’.¹⁷ In die wet is het volgende artikel 33 opgenomen:¹⁸

- “1. Alle niet in eigen beheer uit te voeren werken en alle leveringen, die een vermoedelijke uitgaaf van meer dan f 2500 ten gevolge hebben, worden in het openbaar aanbesteed.
2. Nochtans kan door Ons bij gemotiveerde besluit, waarvan afschrift wordt gezonden aan de Algemeene Rekenkamer, afwijking van dezen regel, zoowel voor verschillende gelijksoortige gevallen, als voor elk bijzonder geval, worden toegestaan.
3. Overeenkomsten tot bedragen van f 1000 en meer worden schriftelijk aangegaan.
4. Van alle krachtens openbare aanbesteding gedane gunningen en van alle onderhands afgesloten schriftelijke overeenkomsten wordt ten spoedigste aan de Algemeene Rekenkamer kennis gegeven.”

Deze aanbestedingsplicht gold aldus voor alle werken die de rijksoverheid niet in eigen beheer zou uitvoeren, mits de drempelwaarde van f 2.500 werd overschreden. Naar het huidige prijspeil bedraagt deze drempel slechts circa € 18.000.¹⁹ Op grond van het tweede lid waren uitzonderingen op deze aanbestedingsplicht mogelijk, al diende het motiveringsvereiste wel “een al te ruim gebruik dezer bevoegdheid te voorkomen”.²⁰

17 Stb. 1927, 259. Deze wet kwam in de plaats van een aantal andere wetten en wetsbepalingen; zie art. 100 Comptabiliteitswet 1927. In de daarin genoemde wetten kwamen echter geen bepalingen voor met betrekking tot (de aanbesteding van) niet in eigen beheer uit te voeren werken.

18 Verder dienden op grond van art. 29 lid 4 van de wet directieleveringen in beginsel ten laste van het begrotingsartikel te worden gebracht waaruit de betrokken werken of leveringen zijn bekostigd. Art. 29 lid 4 luidt: “Bovendien kunnen aan aannemers en leveranciers, die de uitvoering van werken of leveringen ten behoeve van het Rijk op zich genomen hebben, goederen, welke verband houden met de uit te voeren werken of leveringen, in eigendom worden afgestaan. In dat geval wordt, tenzij de goederen behoren tot een tak van dienst waarvoor ingevolge artikel 88 een afzonderlijk beheer is ingesteld, een bedrag, met de waarde der afgestane goederen gelijkstaande, onder de middelen tot dekking der Rijksuitgaven verantwoord en gebracht ten last van het begrotingsartikel, waaruit de betrokken werken of leveringen zijn bekostigd.”

19 Bron: Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis, <<http://www.iisg.nl/hpw>> (laatst bezocht op 7 augustus 2012). Dat deze drempel laag is vergeleken met de huidige drempelwaardes voor werken volgt ook uit de wet zelf. Daarin is opgenomen dat de voorzitter van de Algemene Rekenkamer recht heeft op een jaarlijks salaris van f 7.500 en de overige leden van f 6.500. Het zou in de huidige omstandigheden toch moeilijk denkbaar zijn dat de voorzitter een jaarsalaris heeft van drie maal de drempelwaarde voor werken.

20 *Kamerstukken II 1926/27, 225, nr. 3.*

In 1964 werd voorgesteld de drempel te verhogen van f 2.500 naar f 50.000 en afwijking slechts toe te staan bij of krachtens AMvB.²¹ Het voorstel werd later echter teruggedraaid, waarna in het daaropvolgende wetsvoorstel uit 1968 slechts de bepaling resteerde dat bij AMvB regels konden worden gesteld omtrent de aanbesteding van werken.²² Volgens de minister²³ gaf het toenmalige artikel 33 lid 2 een zo ruime mogelijkheid tot afwijking dat “in de huidige praktijk bij de uitvoering van werken de openbare aanbesteding bij vele diensten niet meer vooropstaat”. Het was niet de bedoeling om deze praktijk te wijzigen, zodat het de minister ‘onwaarachtig’ leek om het uitgangspunt van openbare aanbesteding voor werken te handhaven. Het gehele voorstel tot wijziging van de Comptabiliteitswet werd vervolgens evenwel door de Eerste Kamer verworpen.²⁴

Het doek voor de hierboven geciteerde aanbestedingsplicht uit artikel 33 Comptabiliteitswet viel uiteindelijk alsnog in 1976, bij de vaststelling van de nieuwe Comptabiliteitswet.²⁵ In de memorie van toelichting is opgenomen dat van de openbare aanbesteding van werken in de praktijk weinig terecht kwam door de ruime afwijkingmogelijkheden.²⁶ In lijn met het eerdere wetsvoorstel werd in de wet nog enkel opgenomen dat bij AMvB regels omtrent de aanbesteding van werken zouden worden gegeven.²⁷

Vlak voordat de aanbestedingsplicht uit de Comptabiliteitswet verdween, werd nog mede op basis van artikel 33 lid 3 van die wet het Besluit aanbesteding van werken 1973 (‘BAW’) vastgesteld.²⁸ Dit besluit bevat een aanbestedingsverplichting voor werken in de zin van het BAW, waarvan de geraamde waarde de

21 Art. 43, *Kamerstukken II* 1963/64, 7760, nr. 2. Het wetsvoorstel is overeenkomstig het advies van de commissie Simons, die de (wenselijkheid tot) herziening van de Comptabiliteitswet had onderzocht; zie *Kamerstukken II* 1963/64, 7760, nr. 3, p. 1 en p. 39. Overigens voorzag het voorstel enkel nog in de openbare aanbesteding als uitgangspunt bij niet in eigen beheer uit te voeren werken. Voor leveringen had dit uitgangspunt in de praktijk geen of weinig betekenis meer; zie *Kamerstukken II* 1963/64, 7760, nr. 3, p. 39.

22 *Kamerstukken II* 1967/68, 7760, nr. 8.

23 Minister van Financiën H.J. Witteveen. Hij maakte overigens deel uit van de commissie Simons die de betreffende wijziging acht jaar eerder had geadviseerd.

24 Makkinga & Van Werven 1994, p. 9. Zie ook Zonderland 1976, p. 2z8.

25 Stb. 1976, 671. Zie ook *Kamerstukken II* 1973/74, 13 037, nr. 2. Ook in latere wijzigingen van deze wet is een aanbestedingsverplichting niet (meer) opgenomen. Zie Van de Meent 1995, p. 179-182; Van Romburgh 2005, p. 51-53; Hebly 2010, p. 13.

26 *Kamerstukken II* 1973/74, 13 037, nr. 3, p. 31: “Wat de aanbesteding voor de uitvoering van werken betreft gaven de uit hoofde van artikel 33 (oud), tweede lid, tot stand gekomen Koninklijke besluiten een zo ruime mogelijkheid van afwijking, dat in de praktijk de openbare aanbesteding reeds lang niet meer voorop staat.” Zie ook Spier 1981, p. 28.

27 Art. 43.

28 Besluit van 6 april 1973, Stb. 1973, 202. Dit besluit strekte met name ter implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen; zie hierover paragraaf 3.2.1.

drempelwaarde uit de Richtlijn Werken niet overschreed.²⁹ Het begrip ‘werk’ is gedefinieerd als “het uit te voeren werk, daaronder begrepen de leveringen, die ingevolge de overeenkomst van aanneming moeten worden verricht”.³⁰ Voor dergelijke, onderdrempelige werken moest in beginsel een openbare aanbesteding of een aanbesteding met voorafgaande selectie worden gehouden.³¹ Het BAW kende op dit uitgangspunt evenwel een aantal (ruime) uitzonderingen.³²

9.2 BELEIDSREGELS AANBESTEDING VAN WERKEN 2005

In 2001 is het BAW in het geheel vervallen.³³ Ter vervanging van het zuiver nationale deel van het BAW, zijn toen de Beleidsregels aanbesteding van werken vastgesteld.³⁴ Deze beleidsregels zijn in 2004 en 2005 gewijzigd,³⁵ waardoor momenteel de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005 in werking zijn.

In de beleidsregels is een verplichting opgenomen voor de ‘bouwministeries’³⁶ om voor het opdragen van onderdrempelige werken een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure te doorlopen. De gekozen aanbestedingsprocedure moet in overeenstemming zijn met (momenteel) het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (‘ARW 2005’), dat een uitwerking vormt van de Aanbestedingsrichtlijn. De beleidsregels uit 2001 en 2004 kenden nog een eigen definitie van een ‘werk’, te weten “het uit te voeren werk, eventueel met inbegrip van het ontwerp en de leveringen die ingevolge de overeenkomst van aanneming moeten worden verricht”. In de beleidsregels uit 2005 is in de plaats daarvan de definitie van een ‘werk’ uit de Aanbestedingsrichtlijn overgenomen. De aanbestedingsverplichting uit de beleidsregels geldt voor ‘werken die worden opgedragen’. Hoewel kennelijk niet

29 Deze verplichting gold ook voor de in art. 2 Liberalisatierichtlijn Werken uitgesloten typen werken, ongeacht of de waarde daarvan de drempel al dan niet overschreed.

30 Bepalend is derhalve of sprake is van een aannemingsovereenkomst op grond waarvan een bepaald werk moet worden uitgevoerd. Deze kwalificatie dient naar Nederlands recht te gebeuren, te weten conform het BW.

31 Art. 3 lid 1 BAW.

32 In de overwegingen is opgenomen dat het openbaar aanbesteden van werken waarvan de kosten meer dan f 2500 bedragen niet in alle gevallen wenselijk is. Art. 3 en 4 bevatten een aantal omstandigheden waarin kan worden afgezien van een voorafgaande bekendmaking en overgegaan mag worden tot (meervoudig) onderhandse gunning. Zo is een uitzondering mogelijk als “het werk van zodanige geringe omvang is dat de aan een openbare aanbesteding of een aanbesteding met voorafgaande selectie verbonden arbeid en kosten niet zouden zijn gerechtvaardigd”.

33 Bij koninklijk besluit van 11 juni 2001 is art. 4 lid 1 van de Raamwet EEG-voorschriften in werking getreden per 1 september 2001; als gevolg daarvan is het BAW per die datum vervallen. Zie de toelichting op de beleidsregels aanbesteding van werken, Stcrt. 2001, 113.

34 Stcrt. 2001, 113.

35 Resp. Beleidsregels aanbesteding van werken 2004, Stcrt. 2004, 126 en Beleidsregels aanbesteding van werken 2005, Stcrt. 2005, 207.

36 In 2001 VROM, V&W en Defensie. In 2004 is daar LNV aan toegevoegd.

gekozen is om aan te sluiten bij de formulering van de Aanbestedingsrichtlijn (en het Bao), moet niettemin worden aangenomen dat hiermee niets anders wordt bedoeld dan het verlenen van overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten voor werken. Deze begrippen komen ook terug in het ARW 2005, waarnaar de beleidsregels verwijzen.³⁷

Uit het voorgaande volgt dat de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005 de bouwministeries verplichten tot het bieden van gelijke kansen voor onderdrempele overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten voor werken. Voor zover deze opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen, overlapt deze verplichting met de eerder beschreven verplichting op grond van het VwEU.³⁸ Als een duidelijk grensoverschrijdend belang echter ontbreekt en aldus sprake is van nationale opdrachtverstrekking, geven de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005 een zelfstandige verplichting tot het bieden van gelijke kansen.

De huidige beleidsregels bevatten evenwel ruime uitzonderingsmogelijkheden op deze verplichting. Hier is met name relevant dat geen gelijke kansen meer behoeven te worden geboden als:

- 1) het een werk betreft voor de uitvoering waarvan het geraamde bedrag minder bedraagt dan € 1.500.000;
- 2) goede gronden doen verwachten dat een aanbesteding volgens de openbare procedure of de niet-openbare procedure niet in het financieel belang van de staat zal zijn;
- 3) aan het werk te stellen bijzondere eisen bij een aanbesteding volgens de openbare procedure of de niet-openbare procedure niet tot hun recht zouden kunnen komen;
- 4) het werk van zodanige aard is dat toezicht tijdens en keuring na de gereedmaking geen afdoende waarborg van deugdelijkheid verschaffen;
- 5) een bijzondere aanbieding is ontvangen, waarvan de aanvaarding in het belang van de staat is.

In die gevallen mag een meervoudig onderhandse aanbesteding worden doorlopen. Een voorafgaande bekendmaking is dan niet verplicht, zodat van het bieden van gelijke kansen zoals bedoeld in dit onderzoek, geen sprake is.³⁹ Als het houden van een dergelijke meervoudig onderhandse aanbesteding niet mogelijk is of door het betreffende bouwministerie ondoelmatig wordt geoordeeld, mag het werk zelfs een-op-een onderhands worden gegund.⁴⁰

Voor nationale opdrachtverstrekking kent het huidige Nederlandse recht aldus enkel een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen als de opdracht-

37 Art. 1.1.1 sub u resp. art. 8.1.1 ARW 2005.

38 Zie hoofdstuk 4.

39 Tenzij alle potentiële wederpartijen zouden worden uitgenodigd, hetgeen praktisch gezien in de regel onwaarschijnlijk is.

40 Art. 5 Beleidsregels aanbesteding van werken 2005.

gever een van de bouwministeries is. Zelfs dan bestaan bovendien ruime uitzonderingsmogelijkheden.

9.3 AANBESTEDINGSWET 2012

De recente Aanbestedingswet bevat ook een aantal bepalingen die betrekking hebben op nationale opdrachtverstrekking en kan derhalve wellicht leiden tot een verplichting tot het bieden van gelijke kansen.⁴¹ Het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet uit 2010 voorzag enkel nog in verplichtingen ten aanzien van Europese opdrachtverstrekking. In maart 2011 volgde echter een aanzienlijke uitbreiding van het wetsvoorstel door middel van een nota van wijziging.⁴² Met name als gevolg van die uitbreiding bevat de uiteindelijke wet bepalingen die ook van invloed zijn op nationale opdrachtverstrekking.⁴³

Voor onderdrempelige opdrachten (met en zonder duidelijk grensoverschrijdend belang) zal op grond van het wetsvoorstel een nieuwe versie van het Aanbestedingsreglement Werken ('ARW') worden vastgesteld met daarin voorschriften over de wijzen waarop die opdrachten kunnen worden geplaatst.⁴⁴ Hoewel dit wellicht anders doet vermoeden, is het niet de bedoeling dat het ARW zal voorschrijven welke aanbestedingsprocedure in welk geval moet worden doorlopen.⁴⁵ Het ARW zal enkel de uitwerking bevatten van de aanbestedingsprocedure die de aanbestedende dienst heeft gekozen.

De keuze voor het type aanbestedingsprocedure en daarmee voor het al dan niet bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen is elders geregeld in het wetsvoorstel. Een aanbestedende dienst die voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken te sluiten, moet namelijk op basis van objectieve criteria bepalen *i)* op welke wijze hij voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen (oftewel: welke aanbestedings-

41 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, 542.

42 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11. De hier besproken wijzigingen hangen sterk samen met een brief van Telgen in het FD; zie Telgen 2011b. Daarin schrijft hij: "(...) de inkoopende partij mag vrij een aanbestedingsprocedure kiezen, maar moet dan wel kunnen motiveren waarom deze procedure redelijk is voor deze aanbesteding." In reactie op die brief heeft de minister laten weten bepalingen omtrent de hierna te bespreken keuze op objectieve gronden voor de procedure en de deelnemende ondernemers, alsmede de motivering daarvan op te nemen in de Nota van Wijziging; zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 9.

43 Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, 542. Zoals hierna zal blijken zijn enkele andere relevante bepalingen het resultaat van amendementen van de Tweede Kamer.

44 Art. 1.22 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Zie verder *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. F en de bijbehorende bijlagen, waaronder het concept Aanbestedingsbesluit en het concept ARW 2012.

45 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 12 en 18.

procedure), alsook *ii*) welke ondernemer of ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.⁴⁶ Het wetsvoorstel geeft zelf geen invulling aan de bedoelde objectieve criteria; deze zal iedere aanbestedende dienst zelf moeten formuleren. Wel bepaalt het wetsvoorstel dat iedere ondernemer de aanbestedende dienst schriftelijk kan verzoeken om een motivering van diens keuze op basis van de (zelf gekozen) objectieve criteria;⁴⁷ het wetsvoorstel verbindt hieraan geen termijnen, zodat een potentiële wederpartij geen garantie heeft dat hij de motivering ontvangt voordat de aanbestedende dienst de opdracht definitief heeft gegund. Bovenstaande verplichting tot het maken van een ‘bewuste keuze’, zoals dat in de toelichting wordt genoemd,⁴⁸ geldt ongeacht de waarde van de overeenkomst en het eventuele grensoverschrijdende belang. Bij Europese opdrachtverstrekking zal deze keuze in overeenstemming moeten zijn met VwEU en – bij overschrijding van de drempel – de Aanbestedingsrichtlijn. Hier is echter van belang dat de aanbestedende dienst in kwestie ook bij nationale opdrachtverstrekking deze keuze moet maken en daarbij objectieve criteria moet hanteren. De vraag is of het verplichten tot een bewuste keuze ook leidt tot een verplichting tot het bieden van gelijke kansen.

Keuze voor de procedure

De te kiezen procedure kan volgens de toelichting variëren van een aanbestedingsprocedure conform de Aanbestedingsrichtlijn tot een (enkelvoudig) onderhandse gunning.⁴⁹ Ten aanzien van onderdrempelige opdrachten in het algemeen vermeldt de toelichting het volgende:⁵⁰

“Bij een aanbesteding onder de Europese drempelwaarden kan de aanbestedende dienst (...) kiezen voor een nationale aanbestedingsprocedure met een aankondiging, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Ook daarbij moet op grond van objectieve criteria een keuze worden gemaakt. Elementen waaraan kan worden gedacht zijn bij voorbeeld de grootte van de opdracht, de baten en de lasten die een bepaalde procedure met zich meebrengt, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken enz.) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.”

Hoewel dat niet met zoveel woorden wordt gezegd, bevestigt een aantal van de genoemde criteria (dat wil zeggen: de aard, omvang en locatie van de opdracht) dat

46 Art. 1.4 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

47 Art. 1.4 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Zie hierover ook de nadere toelichting in de MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C, p. 12.

48 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11.

49 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11 en 15.

50 Overigens moet de gekozen aanbestedingsprocedure voor onderdrempelige overheidsopdrachten voor werken worden doorlopen in overeenstemming met de voorschriften voor die procedure uit het Aanbestedingsreglement voor Werken; zie Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, art. 1.20a en de toelichting op p. 12 en 18.

deze keuze van de aanbestedende dienst ook inhoudt de beoordeling of al dan niet sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.⁵¹ Maar wat als dit belang afwezig is en het dus nationale opdrachtverstrekking betreft?

De wetsgeschiedenis bevat aanwijzingen dat ook bij nationale opdrachtverstrekking het bieden van gelijke kansen het uitgangspunt zou moeten zijn. Zo constateerde de minister dat bij nationale opdrachtverstrekking bij marktpartijen behoefte bestaat aan een “duidelijk en eenvormig kader, waarbinnen een gelijk speelveld wordt gecreëerd en waarbij ondernemers door middel van een open en transparant proces een eerlijke kans op een opdracht maken en willekeur wordt voorkomen”.⁵² Vertaald naar de keuze voor de procedure is het dan ook van belang dat de aanbestedende dienst de procedure afstemt op de aard en de omvang van de opdracht, want, zo voegt de toelichting daaraan toe:⁵³

“Een goed afgestemde procedure verbetert immers de toegang van ondernemers die geschikt zouden zijn om de opdrachten uit te voeren en houdt de lasten voor ondernemers zo laag mogelijk.”

Deze toelichting van de wetgever duidt op de erkenning van het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel bij nationale opdrachtverstrekking: de overheid moet de gelijke concurrentiekansen van de potentiële opdrachtnemers waarborgen.⁵⁴ Op grond hiervan lijkt het dan ook voor de hand te liggen dat het bieden van gelijke kansen het uitgangspunt is in de Aanbestedingswet. Toch is dat niet het geval. Reden daarvoor lijkt te zijn dat volgens de minister de toepassing van de uitgangspunten van transparantie en gelijke behandeling niet mag leiden tot “een onevenredige toename aan lasten” of een “beperking van de ruimte voor aanbestedende diensten (...) om maatwerk toe te passen”.⁵⁵ Kennelijk was de minister van mening dat dat het resultaat zou zijn als overheden in beginsel gelijke kansen moeten bieden bij nationale opdrachtverstrekking. Zo expliciet zegt hij dat echter niet; ook later is op dit punt geen nadere toelichting gegeven. Om voornoemde negatieve effecten te vermijden, is niettemin besloten om in de Aanbestedingswet de aanbestedende dienst de keuzevrijheid te geven ten aanzien van welke procedure hij wil volgen.

Het resultaat van deze keuzevrijheid is dat een aanbestedende dienst bij nationale opdrachtverstrekking kan kiezen voor een onderhandse aanbesteding, meervoudig of enkelvoudig. In dat geval blijft de bekendmaking van de mogelijkheid om wederpartij van de overheid te worden achterwege, oftewel de eerste stap van het bieden van gelijke kansen. Met andere woorden, de vrijheid om voor een onderhandse aanbesteding te mogen kiezen, betekent dat de overheid kan kiezen om

51 Zie hierover paragraaf 4.3.

52 MvT, *Kamerstukken II* 2009/19, 32 440, nr. 3, p. 14.

53 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11.

54 Zie over dit beginsel verder paragraaf 1.2.1.

55 MvT, *Kamerstukken II* 2009/19, 32 440, nr. 3, p. 14. Zie voor (terecht) stevige kritiek hierop Scheltema 2010.

geen gelijke kansen te bieden.⁵⁶ In dat geval is geen sprake meer van het gelijke speelveld waar volgens de minister nu juist behoefte aan bestaat. Bovendien leidt deze keuzevrijheid minst genomen niet tot de door de minister genoemde verbetering van de toegang van ondernemers die geschikt zijn om de opdracht uit te voeren.

Deze keuzevrijheid om geen gelijke kansen te bieden, wordt niet beperkt door de enkele eis dat de keuze moet zijn gebaseerd op objectieve criteria. De in de toelichting genoemde elementen waaraan in dat kader kan worden gedacht (zoals de aard en omvang van de opdracht), zijn zo abstract dat iedere aanbestedende dienst op basis daarvan tot verschillende objectieve criteria kan komen en dus op grond van die criteria heel verschillend kan oordelen in feitelijk dezelfde situaties. Wat ontbreekt, zijn een of meer normen van de wetgever aan de hand waarvan overheden criteria kunnen opstellen. Een voorbeeld van een dergelijke norm (maar dan in Europeesrechtelijke context) is wat het Hof heeft bepaald bij onderdrempelige opdrachten: als deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen, moet de overheid gelijke kansen bieden. Een dergelijke norm kan vervolgens worden uitgewerkt in objectieve criteria, zoals het criterium dat van een opdracht voor een bepaald type werk met minimaal een bepaalde omvang wordt verondersteld dat deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.⁵⁷ Vanuit het materiële gelijkheidsbeginsel bezien, zou in de Aanbestedingswet een norm moeten worden toegevoegd die in essentie eruit bestaat dat de overheid gelijke kansen behoort te bieden aan alle potentiële wederpartijen, tenzij een uitzondering gerechtvaardigd is.

Niet alleen bevat het wetsvoorstel geen expliciete normstelling, volgens de minister leidt ook het algemene bestuursrecht (de Algemene wet bestuursrecht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) niet tot concrete gedragsvoorschriften in specifieke gevallen.⁵⁸ Het aldus – in de visie van de wetgever althans⁵⁹ – ontbreken van een normstelling leidt ertoe dat de door een aanbestedende dienst gehanteerde objectieve criteria eigenlijk nooit onjuist kunnen zijn, behoudens in extreme gevallen. Wat vermoedelijk het resultaat hiervan zal zijn in de praktijk, is een moeizaam traject waarin individuele ondernemers die invulling alleen maar van de rechter kunnen verkrijgen door op te komen tegen concrete beslissingen van aanbestedende diensten. De kans dat daaruit een helder en uniform kader voortvloeit dat rechtszekerheid biedt, lijkt minimaal; hetzelfde geldt dan waarschijnlijk voor de wil bij ondernemingen om hierover te procederen.

56 Ervan uitgaande dat het praktisch gezien onhaalbaar is om alle potentiële wederpartijen uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse procedure. In dat geval zou de overheid immers wel gelijke kansen bieden.

57 Vgl. de lijst die het Comité van de Regio's aanbeveelt om op te stellen, waarin onderwerpen c.q. markten waarbij grensoverschrijdendheid speelt, zijn opgenomen; zie paragraaf 4.3.

58 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 14.

59 Hier valt nog het nodige op af te dingen, zoals zal blijken in hoofdstuk 12.

De Aanbestedingswet biedt aldus de mogelijkheid om te kiezen voor een onderhandse meer- of enkelvoudige aanbesteding bij het verlenen van een onderdrempelige opdracht zonder duidelijk grensoverschrijdend belang. Een aanbestedende dienst moet die keuze weliswaar kunnen motiveren door te verwijzen naar de objectieve criteria die daaraan ten grondslag liggen, maar dat laat onverlet dat bij een dergelijke onderhandse procedure de bekendmaking aan alle potentiële wederpartijen ontbreekt die is vereist voor het bieden van gelijke kansen. Een aanbestedende dienst kan op grond van de Aanbestedingswet dus kiezen voor een procedure waarbij hij geen gelijke kansen biedt.

Keuze voor deelnemers bij onderhandse procedure

Een aanbestedende dienst moet echter ook op basis van objectieve criteria kiezen welke ondernemer of ondernemers worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Dit betekent dat zelfs als een aanbestedende dienst kiest voor een onderhandse procedure, hij vervolgens de keuze voor één bepaalde partij (bij enkelvoudig onderhands) c.q. een beperkt aantal partijen (bij meervoudig onderhands) moet kunnen motiveren. Kan deze ‘bewuste keuze’ voor de uit te nodigen partij(en) bij een onderhandse aanbesteding alsnog leiden tot het bieden van gelijke kansen?

Volgens de toelichting strekt de verplichting om de keuze voor de deelnemers te baseren op objectieve criteria ertoe dat bij onderhandse procedures “niet alleen dezelfde ondernemers aan bod komen.”⁶⁰ Dit wordt als volgt uitgewerkt:⁶¹

“Bij een enkelvoudige of meervoudige procedure zullen in ieder geval voldoende mogelijke aanvragers op een door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op te stellen shortlist moeten worden geplaatst om een adequate mededinging te garanderen. Ook kunnen de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gebruik maken van systemen waarbij een lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers wordt opgesteld. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan dan naderhand, bij de plaatsing van individuele opdrachten, uit de lijst van gekwalificeerde ondernemers op niet-discriminerende wijze ondernemers selecteren die worden uitgenodigd een offerte in te dienen (bv. door toepassing van een rouleersysteem).”

Oftewel, als een aanbestedende dienst kiest voor onderhandse aanbesteding, moet hij eerst een lijst opstellen – of al hebben opgesteld – met daarop een (selectie van) potentieel gekwalificeerde ondernemers. Vervolgens maakt hij dan op basis van objectieve criteria een keuze voor een of meer van die ondernemers. De toelichting noemt als voorbeelden van dergelijke criteria: ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, alsmede technische en professionele vaardigheden. Ook loting is een keuzemogelijkheid, eventueel in combinatie met andere selectiecriteria.⁶²

60 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11.

61 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 16.

62 Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 16.

De Aanbestedingswet en de toelichting daarop bepalen echter niet hoe de lijst met potentieel gekwalificeerde ondernemers tot stand moet komen. Het ligt voor de hand dat bedoeld is dat ook die lijst wordt samengesteld op basis van bovenstaande objectieve criteria (zoals ervaring). Een voorafgaande, openbare bekendmaking van de mogelijkheid om op die lijst terecht te komen, wordt evenwel niet voorgeschreven.⁶³ Ook lijkt niet aannemelijk dat een dergelijke bekendmaking vereist is om de hierboven bedoelde ‘adequate mededinging’ te garanderen. Vermoedelijk wordt daarmee niet bedoeld dat een voorafgaande bekendmaking is vereist omwille van de gelijke concurrentiekansen van alle potentiële wederpartijen, maar slechts dat het aantal deelnemers op de lijst voldoende moet zijn om tussen hen concurrentie uit te lokken. Dat laatste doet zich ook in de Aanbestedingsrichtlijn voor, waar verondersteld wordt dat het uitnodigen van ten minste vijf partijen voldoende is om tussen hen ‘daadwerkelijke mededinging’ te waarborgen.⁶⁴ Gelet hierop, kan ervan worden uitgegaan dat het opnemen van ten minste vijf partijen op de lijst voldoende garantie is voor de in bovenstaande toelichting bedoelde ‘adequate mededinging’. De Aanbestedingswet miskent daarmee de concurrentiekansen van alle andere potentiële wederpartijen en derhalve het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

Het gevolg hiervan is dat een aanbestedende dienst alleen ondernemingen op de lijst behoeft te plaatsen waarmee hij zelf al bekend is, bijvoorbeeld omdat die ondernemingen hun interesse uit zichzelf kenbaar hadden gemaakt of vanwege eerdere opdrachten aan die ondernemingen. Alleen als dat een onvoldoende aantal oplevert om een ‘adequate’ mededinging te garanderen, zal de aanbestedende dienst rondvraag moeten doen om bekend te raken met meer potentieel gekwalificeerde ondernemers. De kring van ‘bekende’ ondernemingen kan echter (zeer) beperkt zijn en zal doorgaans lang niet alle potentiële wederpartijen omvatten. Het ontbreken van een verplichting om de mogelijkheid om op de lijst te komen vooraf openbaar bekend te maken, leidt derhalve ertoe dat een aanbestedende dienst niet verplicht is om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.

Potentiele wederpartijen die simpelweg niet op de hoogte zijn van het voornemen van een aanbestedende dienst om een opdracht te verlenen en waarvan de aanbestedende dienst ook niet wist dat zij in die opdracht geïnteresseerd zijn, zullen aldus achter het net vissen. De Aanbestedingswet waarborgt niet dat zij materieel gelijk worden behandeld ten opzichte van de potentiële wederpartijen die wel

63 De lijst van potentieel gekwalificeerde ondernemers doet enigszins denken aan de erkenningsregeling zoals die kan worden gebruikt onder de aanbestedingsrichtlijn voor nutssectoren (Richtlijn 2004/17/EG). In dat geval moet de invoering van die regeling echter vooraf worden gepubliceerd in het Publicatieblad (zie onder meer art. 41 lid 3 Richtlijn 2004/17/EG). Alle potentiële wederpartijen kunnen derhalve op de hoogte komen van het bestaan van de erkenningsregeling en zich daarvoor aanmelden. De Aanbestedingswet voorziet echter niet in een vergelijkbare regeling bij de hier besproken nationale opdrachtverstrekking.

64 Art. 44 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn.

naar de opdracht mogen meedingen. Bovendien vormt de Aanbestedingswet geen waarborg voor de gelijke concurrentiekansen van alle potentiële wederpartijen. Overigens biedt de Aanbestedingswet wel beperkte mogelijkheden voor potentiële wederpartijen die weliswaar bekend zijn bij de aanbestedende dienst, maar niettemin niet zijn opgenomen op de lijst of daaruit zijn geselecteerd. In lijn met de huidige jurisprudentie,⁶⁵ zal de aanbestedende dienst ten aanzien van hen gemotiveerd moeten kunnen onderbouwen waarom zij buiten de boot zijn gevallen.

De conclusie is dan ook dat het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet de positie van potentiële wederpartijen die al bekend zijn bij de aanbestedende dienst een beetje versterkt, maar de gelijke kansen van alle overige potentiële wederpartijen niet waarborgt. Het staat een aanbestedende dienst vrij om bij een onderdrempele opdracht zonder grensoverschrijdend belang ervoor te kiezen om de opdracht niet vooraf openbaar bekend te maken en derhalve geen gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Het wetsvoorstel bevat aldus geen expliciete verplichting voor overheden om gelijke kansen te bieden bij nationale opdrachtverstrekking.

9.4 CONCLUSIE

Het Nederlandse recht voorzag vroeger voor de rijksoverheid en gemeenten in een verplichting tot openbare aanbesteding bij nationale opdrachtverstrekking voor werken. Tot 1992 gold deze verplichting voor gemeenten; de reden van het verdwijnen daarvan is onduidelijk. Voor de rijksoverheid eindigde de verplichting in 1976, omdat van die verplichting volgens de minister toch maar weinig terechtkwam. Overtuigende argumenten voor het verdwijnen van de zuiver nationale aanbestedingswetgeving ontbreken aldus. Wat resteerde, is de verplichting voor de bouwministeries om bij onderdrempele opdrachten voor werken in beginsel gelijke kansen te bieden. Op die verplichting bestaan evenwel ruime uitzonderingsmogelijkheden. Verder zijn in de jurisprudentie geen gevallen bekend waarin een rechter op grond van het huidige recht oordeelde dat een overheid bij nationale opdrachtverstrekking gelijke kansen moest bieden aan alle potentiële wederpartijen.

De inwerkingtreding van de Aanbestedingswet zal aan deze status quo helaas niets veranderen, ondanks dat het belang van het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel wel is erkend in de toelichting op die wet. Het wetsvoorstel bevat namelijk geen verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij nationale opdrachtverstrekking. Als gevolg hiervan ontbreekt het in het huidige nationale recht aan voldoende expliciete waarborgen voor naleving van het materiële gelijkheidsbeginsel in geval van gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt. Concreet betekent dit dat als het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst inhoudt dat de overheid

65 Zie Rb. Zutphen 4 mei 2011, *LJN* BV0451, r.o. 5.19-5.22 en Hof Den Haag 31 mei 2011, *LJN* BQ7122, r.o. 10. Deze jurisprudentie wordt verder besproken in paragraaf 12.2.

een onderdrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken verleent zonder duidelijk grensoverschrijdend belang, het huidige recht geen expliciete verplichting voor die overheid bevat om daarbij gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen (met uitzondering van sommige opdrachten die door een bouwministerie worden verstrekt).

Hoofdstuk 10

Conclusie Deel A – Expliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen

In het bovenstaande eerste deel van dit onderzoek is ter beantwoording van de eerste subvraag onderzocht in hoeverre het huidige recht voorziet in een expliciete verplichting voor de overheid om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst met het oog op de uitvoering van werken door de private wederpartij. Daartoe is in onderdeel A1 vastgesteld dat het huidige Europese recht niet voorziet in een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte. In het Nederlandse recht vormde het bieden van gelijke kansen lange tijd wel het uitgangspunt bij gronduitgifte, voor zover dat grondverkoop door de rijksoverheid of het in gebruik geven van grond door de gemeente betrof. Betrekkelijk recent verdween dit uitgangspunt echter uit de wet, zodat ook in het huidige Nederlandse recht een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte ontbreekt.

Dit kan echter anders zijn indien de gronduitgifte inhoudt dat de overheid een opdracht voor werken verleent aan haar wederpartij. In onderdeel A2 is aangetoond dat het huidige recht expliciet verplicht tot het bieden van gelijke kansen als het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst Europese opdrachtverstrekking inhoudt; in die gevallen is het in paragraaf 1.2.1 beschreven publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel gewaarborgd. De vereiste ‘Europese dimensie’ bestaat eruit dat de geraamde waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde van momenteel € 5 miljoen (excl. btw) overschrijdt, in welk geval de aanbestedingswetgeving verplicht tot gelijke kansen, dan wel dat een onderdrempelige opdracht niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, in welk geval het VwEU de overheid dwingt om gelijke kansen te bieden aan potentiële wederpartijen uit andere lidstaten. In beide gevallen zijn weliswaar uitzonderingen mogelijk, maar de kans dat deze zich bij gronduitgifte voordoen, is klein. Overigens waarborgt het Europese recht strikt genomen enkel de gelijke kansen van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten; dit wordt evenwel gerepareerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, op grond waarvan de overheid potentiële wederpartijen uit Nederland gelijk moet behandelen met die uit andere lidstaten.

Bovenstaande verplichting om gelijke kansen te bieden dient op grond van de Europese wetgeving en jurisprudentie te worden beperkt tot opdrachtverstrekking. De verplichting geldt dan ook alleen als de gronduitgifteovereenkomst in kwestie moet worden beschouwd als een overheidsopdracht of concessieovereenkomst

voor werken; voor zuivere gronduitgifte dienen de gelijke kansen langs een andere weg te worden gewaarborgd (zie Deel B). Een *overheidsopdracht voor werken* bestaat als:

- a) een aanbestedende dienst (zoals een overheid);
- b) en een aannemer;
- c) een schriftelijke overeenkomst sluiten;
- d) onder bezwarende titel;
- e) inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken;
- f) in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst;
- g) waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van:
 - i. werkzaamheden uit bijlage 1; *of*
 - ii. een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

Deze afzonderlijke, cumulatieve elementen zijn uitgebreid geanalyseerd in bovenstaande hoofdstukken. Daarbij is telkens rekening gehouden met de door het Hof vereiste functionele benadering.

Bij een *concessieovereenkomst voor werken* bestaat het element onder d ('onder bezwarende titel') eruit dat de overheid een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan haar wederpartij (de concessiehouder) verleent, waarbij de overheid het op haar rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt. Bovendien is gebleken dat van een concessieovereenkomst voor werken ook sprake is als de concessiehouder niet een 'werk' maar werkzaamheden moet uitvoeren en de tegenprestatie bestaat uit de exploitatie van het werk waaraan die werkzaamheden moeten worden uitgevoerd (zie bovenstaand element onder g).

Om inzichtelijk te maken in welke gevallen gronduitgifte Europese opdrachtverstrekking inhoudt en in hoeverre in dat geval de overheid verplicht is gelijke kansen te bieden, is het voorgaande toegepast op verschillende, concrete typen van gronduitgifte. Daarbij is naar voren gekomen dat een gronduitgifteovereenkomst waarbij de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking van de overheid komen, in beginsel opdrachtverstrekking inhoudt. De geraamde waarde en het grensoverschrijdend belang van die overeenkomst bepalen dan of de overheid gelijke kansen moet bieden. Voert de wederpartij daarentegen werken uit die *niet* ter beschikking komen van de overheid die de grond uitgeeft, dan is de kans aanzienlijk kleiner dat de gronduitgifte als een overheidsopdracht voor werken moet worden aangemerkt en is zelfs uitgesloten dat deze een concessieovereenkomst voor werken vormt.

Ook is aandacht besteed aan gronduitgifte waarbij meerdere gronduitgifteovereenkomsten gezamenlijk als enkel doel hebben de uitvoering van (werkzaamheden aan) één werk. Kort gezegd, moeten al die gronduitgifteovereenkomsten dan beschouwd worden als één en dient van het geheel te worden beoordeeld de overheid daarbij gelijke kansen moet bieden gezien de geraamde waarde en het grensoverschrijdend belang. Bij de omgekeerde situatie – waarin één gronduitgifteovereenkomst tot doel heeft de uitvoering van (werkzaamheden aan) meer dan één

werk – moet aan de hand van de geraamde waarde en het grensoverschrijdend belang van de gehele overeenkomst worden vastgesteld of het bieden van gelijke kansen verplicht is.

Gronduitgifte kan ook inhouden dat de overheid een gemengde gronduitgifteovereenkomst wil sluiten. Het gaat dan om gronduitgifteovereenkomsten die bestaan uit verschillende onderdelen die ieder op zich als een ander type opdrachtverstrekking moeten worden beschouwd of juist geen opdrachtverstrekking maar zuivere gronduitgifte vormen. Bij een mengvorm van werken enerzijds en leveringen/diensten anderzijds, is het hoofdvoorwerp bepalend voor de ‘kleur’ van de gehele gronduitgifteovereenkomst, tenzij sprake is van een kunstmatige constructie om het aanbestedingsrecht te omzeilen. Bij een mengvorm van een concessieovereenkomst voor respectievelijk werken en diensten (tot de implementatie van de Concessierichtlijn), alsook bij een mengeling van respectievelijk een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor werken evenals van respectievelijk opdrachtverstrekking en zuivere gronduitgifte, moet echter eerst worden bezien of de verschillende onderdelen objectief gezien kunnen worden gescheiden. Is scheiding niet aan de orde, dan is het hoofdvoorwerp bepalend voor de ‘kleur’ van de gehele gronduitgifteovereenkomst. Zijn de onderdelen daarentegen scheidbaar dan moet van ieder onderdeel worden beoordeeld of dat opdrachtverstrekking inhoudt en zo ja, of de geraamde waarde en het grensoverschrijdend belang vereisen dat de overheid daarvoor gelijke kansen moet bieden. Mocht de aanbestedende dienst niettemin ervoor kiezen om voor beide onderdelen geen afzonderlijke overeenkomsten te sluiten, maar één, gemengde overeenkomst voor het geheel, dan geldt voor dat geheel de (Nieuwe) Aanbestedingsrichtlijn c.q. de transparantieverplichting op grond van het VwEU, mits die op een van de onderdelen als zodanig van toepassing is.

Zonder Europese dimensie geldt al het voorgaande niet. Als gronduitgifte niet Europese, maar (slechts) nationale opdrachtverstrekking inhoudt, is bovenstaande expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen niet van toepassing. Deze ruimte werd vroeger ingevuld door eigen Nederlandse aanbestedingswetgeving. Voor de rijksoverheid en gemeenten bestond een wettelijke verplichting tot openbare aanbesteding bij nationale opdrachtverstrekking voor werken. In 1976 respectievelijk 1993 verdween deze verplichting, echter zonder overtuigende motivering. Wat resteerde, is de verplichting voor de bouwministeries om bij onderdrempelige opdrachten voor werken in beginsel gelijke kansen te bieden. Als gevolg hiervan ontbreekt het in het huidige nationale recht aan voldoende expliciete waarborgen voor naleving van het (materiële) gelijkheidsbeginsel in gevallen van gronduitgifte waarin het Europese recht daar niet in voorziet. De inwerkingtreding van de Aanbestedingswet zal aan deze status quo helaas niets veranderen. Als het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst derhalve inhoudt dat de overheid een onderdrempelige overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken zonder duidelijk grensoverschrijdend belang verleent, bevat het huidige recht geen expliciete verplichting voor die overheid om daarbij gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.

De eerste subonderzoeksvraag luidde:

Voorziet het huidige recht in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen?

Op grond van het bovenstaande, kan deze vraag nu als volgt schematisch worden beantwoord:

EXPLICIETE VERPLICHTING IN HUIDIG RECHT TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN?

		Gronduitgifteovereenkomsten ter inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken		
		Opdrachtverstrekking		Zuivere gronduitgifte
		Overheidsopdracht voor werken	Concessie- overeenkomst voor werken	
Europese dimensie	> drempel	Ja: aanbestedingswetgeving		Nee
	< drempel	Ja: VwEU		
Nationale dimensie		Nee M.u.v. bouwministeries: Beleidsregels aanbesteding van werken		Nee

Figuur 4 Resultaten Deel A

Oftewel, een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat in het huidige recht enkel indien de gronduitgifte inhoudt dat de overheid een opdracht met een Europese dimensie verleent aan haar wederpartij. De enige uitzondering hierop is de verplichting voor de bouwministeries om op grond van de Beleidsregels aanbesteding van werken in beginsel gelijke kansen te bieden voor onderdrempelige opdrachtverstrekking voor werken.

DEEL B – IMPLICIETE VERPLICHTING TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN

De conclusie van het vorige deel brengt mee dat het huidige recht geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bevat voor gronduitgifte die slechts nationale opdrachtverstrekking inhoudt of die als zuivere gronduitgifte moet worden beschouwd (en dus in het geheel geen opdrachtverstrekking inhoudt). Voor deze ‘overige’ typen van gronduitgifte is het dan ook relevant om te onderzoeken of daarvoor *impliciet* een verplichting tot het bieden van gelijke kansen in het huidige recht besloten ligt, zodat langs die weg alsnog het (materiële) gelijkheidsbeginsel kan worden gewaarborgd. Een dergelijke impliciete verplichting kan door de rechter worden erkend zonder dat daarvoor een wetswijziging is vereist. Ook kan de Europese of Nederlandse wetgever besluiten een dergelijke verplichting die reeds impliciet in het recht aanwezig is, te expliciteren en nader uit te werken in wetgeving. De consequentie van een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij zuivere gronduitgifte zou zijn dat het verschil tussen opdrachtverstrekking en zuivere gronduitgifte niet langer relevant is voor de vraag óf de overheid gelijke kansen moet bieden; dat verschil is dan enkel nog van belang om te weten welk regime daarbij van toepassing is en welke specifieke regels dat meebrengt. In lijn daarmee zou de consequentie van een verplichting om gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte zijn, dat het bestaan van een Europese dimensie eveneens slechts nog een rol speelt bij het vaststellen van het toepasselijke regime en niet bij de beoordeling of het verplicht is om gelijke kansen te bieden.

Bovenstaande impliciete verplichting kan voortvloeien uit het Europese recht. Zoals hierna zal blijken, is daarvoor in ieder geval vereist dat de gronduitgifte een Europese dimensie heeft (‘Europese gronduitgifte’). Als die gronduitgifte opdrachtverstrekking inhoudt, bleek reeds uit het vorige deel dat de overheid gelijke kansen moet bieden. Deze verplichting geldt echter niet voor Europese zuivere gronduitgifte. In hoofdstuk 11 wordt bepleit dat het Europese recht overheden ook in die gevallen verplicht om gelijke kansen te bieden, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen.

Ontbreekt een Europese dimensie, dan kan het (zuiver) Nederlandse recht wellicht verplichten tot het bieden van gelijke kansen. Hoofdstuk 12 betoogt dat een dergelijke verplichting voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zowel ingeval de gronduitgifte nationale opdrachtverstrekking inhoudt, als wanneer het nationale zuivere gronduitgifte betreft. Ook in die gevallen zijn uitzonderingen mogelijk.

Het tweede deel wordt vervolgens afgesloten met een conclusie (hoofdstuk 13). Deze conclusie vormt de beantwoording van de tweede subvraag van dit onderzoek, te weten:

Voor zover het huidige recht niet voorziet in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen, kan die verplichting dan alsnog in het huidige recht worden erkend of is daarvoor wetswijziging vereist?

Hoofdstuk 11

Europese zuivere gronduitgifte

Gronduitgifte die een Europese dimensie heeft, maar geen opdrachtverstrekking inhoudt, valt niet onder het Europese aanbestedingsrecht. Een expliciete verplichting om bij dit type gronduitgifte gelijke kansen te bieden ontbreekt in het huidige recht. Niettemin zijn er overtuigende argumenten waarom ook bij dergelijke Europese zuivere gronduitgifte de overheid verplicht is om gelijke kansen te bieden aan al haar potentiële wederpartijen. De reden hiervoor is kort gezegd dat deze verplichting een noodzakelijke voorwaarde is voor de verwezenlijking van de fundamentele vrijheden binnen de Unie waar het VwEU naar streeft en waartoe daarin de vrij-verkeerbepalingen van met name artikelen 49 en 56 VwEU zijn opgenomen (vrijheid van vestiging en vrij verrichten van diensten).

In dit hoofdstuk zullen ten eerste in paragraaf 11.1 drie voorbeelden worden gegeven waarin het bieden van gelijke kansen noodzakelijk bleek voor de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Vervolgens wordt betoogd dat deze ontwikkeling kan (en moet) worden doorgetrokken naar Europese zuivere gronduitgifte: ook dan zijn een voorafgaande bekendmaking (in paragraaf 11.2) en een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek (paragraaf 11.3) noodzakelijk om te voldoen aan het VwEU en de daarmee beoogde verwezenlijking van de fundamentele vrijheden van vestiging en diensten. In dat kader zal onder meer blijken dat de aanwezigheid van een Europese dimensie een voorwaarde is voor deze verplichting tot het bieden van gelijke kansen. Op die verplichting bestaan evenwel uitzonderingen; deze komen in paragraaf 11.4 aan de orde.

Tot slot wordt nog ingegaan op de mogelijke botsing van een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte met artikel 345 VwEU (paragraaf 11.5) en op literatuur waarin verdere ondersteuning voor deze verplichting is te vinden (paragraaf 11.6). Het hoofdstuk wordt in paragraaf 11.7 afgesloten met een conclusie.

11.1 GELIJKE KANSEN NOODZAKELIJK VOOR VRIJHEID VAN VESTIGING EN DIENSTEN

Het eerste voorbeeld waarin de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten vereisten dat de overheid gelijke kansen zou bieden is de Europese aan-

bestedingswetgeving, die betrekking heeft op bovendrempelige opdrachtverstrekking (paragraaf 11.1.1). Dit kan worden aangevuld met voorbeelden uit andere secundaire Uniewetgeving met dezelfde uitwerking van de vrij-verkeerbepalingen in concrete verplichtingen om gelijke kansen te bieden. Ten tweede heeft het Hof op grond van dezelfde redenering vervolgens een transparantieverplichting aangenomen bij Europese opdrachtverstrekking die buiten de aanbestedingswetgeving valt (paragraaf 11.1.2). Ten derde breidde het Hof deze redenering – en daarmee de transparantieverplichting – recentelijk uit tot schaarse vergunningen waarvoor op grond van de secundaire wetgeving (nog) geen verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestond (paragraaf 11.1.3).

11.1.1 Gelijke kansen in secundaire Uniewetgeving

De Europese wetgeving ter verwezenlijking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten bij overheidsopdrachten bestond in eerste instantie uit *negatieve* verplichtingen, namelijk uit verplichtingen voor de lidstaten om beperkingen van die vrijheden op te heffen.¹ Het Verdrag bood de mogelijkheid om dit – mocht dat nodig blijken te zijn – uit te breiden met richtlijnen ter coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten, oftewel met *positieve* verplichtingen voor de lidstaten om hun wetgeving voor overheidsopdrachten aan te passen conform de richtlijn. Volgens de Raad diende deze coördinatie in ieder geval te bestaan uit voldoende bekendmaking van de opdrachten en het opstellen van een objectieve toewijzingsystematiek.

De Europese wetgever stelde vervolgens vast dat uitbreiding met dergelijke positieve verplichtingen noodzakelijk was om de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten bij overheidsopdrachten te verwezenlijken; dit leidde tot de Richtlijn Werken en uiteindelijk tot de huidige Aanbestedingsrichtlijn. Deze richtlijnen bieden regels voor opdrachtverstrekking door de overheid die ertoe moeten leiden dat ondernemers uit andere lidstaten hun vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten onder het VwEU kunnen uitoefenen door toegang te krijgen tot die opdrachtverstrekking. Meer concreet is dit uitgewerkt door overheden te verplichten om bij Europese opdrachtverstrekking gelijke kansen te bieden.² De vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten bij Europese opdrachtverstrekking door de overheid, vereisten dus niet alleen dat beperkingen van die vrijheden werden opgeheven, maar ook dat de overheid actief verplicht werd om haar potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden.

In de secundaire Uniewetgeving zijn ook andere voorbeelden te vinden waarin de fundamentele vrijheden zijn uitgewerkt in concrete verplichtingen tot het bieden van gelijke kansen. Zo is in de Dienstenrichtlijn opgenomen dat in bepaalde gevallen een selectieprocedure moet worden doorlopen voor de verlening van schaarse

1 Zie paragraaf 3.1.4.

2 Zie paragraaf 3.4.

vergunningen.³ De Machtigingsrichtlijn bevat een verplichting voor een op mededinging gebaseerde of vergelijkende selectieprocedure voor de verdeling van radiofrequenties.⁴ Een dergelijke verplichting bestaat ook voor de verlening van vergunningen voor de prospectie, exploratie en productie van koolwaterstoffen (bijvoorbeeld in de mijnbouw).⁵ Voor het sluiten van bepaalde openbaardienstcontracten voor openbaar vervoer is tot slot in de PSO-Verordening een verplichting tot openbaar aanbesteden opgenomen.⁶

11.1.2 Gelijke kansen bij niet-gereguleerde opdrachtverstrekking

Vervolgens heeft het Hof laten zien dat ook als secundaire wetgeving niet voorziet in een verplichting daartoe, het bieden van gelijke kansen niettemin noodzakelijk kan zijn om de fundamentele vrijheden van vestiging en diensten niet onrechtmatig te beperken. Dit is het geval bij de door het Hof ontwikkelde transparantieplichting bij opdrachtverstrekking die buiten de Europese aanbestedingswetgeving valt, maar niettemin een Europese dimensie heeft omdat deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.⁷ In hoofdstuk 4 is vastgesteld dat ook hier de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU vereisen dat de overheid gelijke kansen biedt. Blijft het bieden van gelijke kansen namelijk achterwege zonder objectieve rechtvaardiging, dan vormt dat een beperking van (een van) beide vrijheden die in strijd is met artikelen 49 en/of 56 VwEU. Het bieden van gelijke kansen betreft aldus proactief handelen van de overheid dat primair is bedoeld om materiële ongelijke behandeling van potentiële wederpartijen in andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen te voorkomen.

3 Art. 12 lid 1 van Richtlijn 2006/123/EG, *PbEU* 2006, L-376/36. Op grond van art. 2 zijn onder meer kansspelen van de richtlijn uitgesloten. Zie over dit onderwerp verder Wolswinkel 2009a; Wolswinkel 2009b; Stellingwerff Beintema 2010.

4 Art. 7 lid 3 Richtlijn 2002/20/EG, *PbEG* 2002, L-108/21 luidt: “Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, verlenen de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria. Bij het opstellen van de selectiecriteria moet terdege rekening worden gehouden met de verwezenlijking van de doelstellingen van art. 8 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn).” Zie daarover ook Wolswinkel 2009a.

5 Richtlijn 1994/22/EG, *PbEG* 1994, L-164/3. Onder verwijzing naar de interne (energie)markt is in de considerans het volgende opgenomen: “Overwegende dat er (...) gemeenschappelijke regels moeten worden vastgesteld waardoor wordt gewaarborgd dat de procedures voor het verlenen van vergunningen voor de prospectie, de exploratie en de productie van koolwaterstoffen toegankelijk zullen zijn voor alle subjecten die daarvoor over de nodige capaciteiten beschikken; dat de verlening van de vergunningen dient te geschieden op basis van objectieve en bekendgemaakte criteria en dat de voorwaarden waaronder de vergunningen worden verleend eveneens van tevoren bekend moeten zijn aan alle subjecten die aan de procedure deelnemen;”

6 Verordening 1370/2007, *PbEU* 2007, L-315/1.

7 Zie hoofdstuk 4.

11.1.3 Gelijke kansen bij niet-gereguleerde schaarse vergunningen

Nadat het Hof de transparantieverplichting bij niet-gereguleerde Europese opdrachtverstrekking had ontwikkeld, begon duidelijk te worden dat deze verplichting niet tot opdrachtverstrekking is beperkt. Dit volgt uit de hierna te bespreken jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de verlening van schaarse vergunningen en concessies (niet zijnde concessieovereenkomsten in de zin van de aanbestedingswetgeving).⁸ Voor een goed begrip van deze recente jurisprudentie is het van belang om eerst kort stil te staan bij de aanloop daarnaartoe.

11.1.3.1 Objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek

De basis van deze ontwikkeling lijkt te kunnen worden gevonden in de jurisprudentie van het Hof over vergunningstelsels die het vrij verkeer beperken (ongeacht of het schaarse vergunningen betreft), zoals het *Analir*-arrest uit 2001.⁹ Deze zaak ging over het verrichten van zeevervoer tussen Spaanse eilanden. Dit vervoer mocht op grond van een Spaanse wet alleen worden verricht door vervoerders die beschikten over een vooraf afgegeven vergunning. Aan die vergunning werd als voorwaarde verbonden dat de vervoerder bepaalde openbare-dienstverplichtingen moest nakomen, teneinde voldoende verbindingen tussen c.q. met de eilanden te garanderen. Het Hof stelt vast dat het Spaanse vergunningstelsel een beperking op het vrije verkeer van dergelijke zeevervoerdiensten vormt. Een dergelijke beperking kan niettemin worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.¹⁰ Het Hof erkende het doel om voldoende zeevervoer te waarborgen als wettig algemeen belang. Niettemin was het vergunningstelsel slechts gerechtvaardigd “indien wordt aangetoond, dat dat stelsel noodzakelijk is om openbare-dienstverplichtingen te kunnen opleggen en dat het evenredig is in verhouding tot het beoogde doel, in dier voege dat hetzelfde niet kan worden bereikt met maatregelen die het vrije dienstenverkeer minder beperken”.¹¹ Op zichzelf zou het vergunningstelsel aan deze vereisten kunnen voldoen, aldus het Hof. Daaraan voegt het de volgende nuancering toe:¹²

“Een dergelijk stelsel kan echter geen rechtvaardiging vormen voor een discretionair optreden van de nationale autoriteiten waardoor de communautaire voorschriften, met name die betreffende een fundamentele vrijheid zoals die in casu in geding is, van hun nuttig effect worden beroofd (...).

Wil een stelsel van voorafgaande administratieve vergunningen dus gerechtvaardigd zijn, niettegenstaande het feit dat het aan een fundamentele vrijheid

8 Concessieovereenkomsten voor werken vallen immers reeds onder de aanbestedingswetgeving en concessieovereenkomsten voor diensten onder de reeds in 2000 door het Hof ontwikkelde transparantieverplichting.

9 HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99 (*Analir*).

10 Zie over de rechtvaardiging om dwingende redenen van algemeen belang paragraaf 4.7.2.

11 HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99 (*Analir*), r.o. 35.

12 HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99 (*Analir*), r.o. 37-38.

derogeert, dan moet het hoe dan ook zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminatoir en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn; aldus wordt een grens gesteld aan de wijze van uitoefening van de beoordeelvrijheid van de nationale autoriteiten en wordt willekeur voorkomen. (...)

Met andere woorden, wil een dergelijk vergunningstelsel dat het vrije verkeer beperkt, gerechtvaardigd zijn, dan moet dat stelsel zijn gebaseerd op objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria. Is dat niet het geval, dan dreigen de betreffende vrij-verkeerbepalingen van hun nuttig effect te worden beroofd.

Deze redenering is later door het Hof toegepast in een aantal zaken dat betrekking had op het stelsel en de verlening van vergunningen en concessies voor kansspelen.¹³ In 2003 stelde het Hof in *Gambelli* vast dat een Italiaanse regeling op grond waarvan het verboden is om zonder vergunning of concessie activiteiten te verrichten op het gebied van weddenschappen voor met name sportevenementen, een beperking vormt van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten zoals vastgelegd in artikelen 43 en 49 EG (thans: 49 en 56 VwEU).¹⁴ Dergelijke beperkingen kunnen worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, maar dan moeten zij zonder discriminatie worden toegepast, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.¹⁵ In het *Centro Europa 7*-arrest uit 2008 voegde het Hof daaraan toe dat voor de rechtvaardiging van een vergunningstelsel “echter niet alleen [is] vereist dat zij is vastgesteld om redenen van algemeen belang, maar tevens dat daarin objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria worden gehanteerd”.¹⁶ Het Hof verwijst daarbij bovendien naar een paragraaf uit de conclusie van advocaat-generaal Poirares Maduro waarin deze benadrukt dat ter rechtvaardiging van een vergunningstelsel dat het vrij verrichten van diensten uit artikel 49 EG beperkt, een selectieprocedure moet bestaan “die willekeurige discriminatie uitsluit doordat voldoende is gegarandeerd dat de concessie wordt verleend op grond van objectieve criteria”.¹⁷ Hij vervolgt:

“Wanneer een lidstaat een dergelijke concessie verleent, behoort hij dit te doen op grond van transparante en niet-discriminerende procedures. Dit vereiste beoogt te verzekeren dat marktdeelnemers in de gehele Gemeenschap dezelfde toegangsmogelijkheden tot alle delen van de interne markt hebben.”

13 Zie hierover verder o.a. Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011, p. 159; Van der Beek 2010; Doukas 2011.

14 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (*Gambelli*), r.o. 49 en 59, alsmede het dictum. Later bevestigd in HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*), r.o. 42.

15 HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (*Gambelli*), r.o. 65.

16 HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*), r.o. 103.

17 Conclusie van de A-G van 12 september 2007, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*), para. 34.

Op grond van het voorgaande kan in ieder geval worden geconcludeerd dat de overheid bij een vergunningstelsel dat de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten beperkt, alleen vergunningen mag verlenen volgens een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Met andere woorden, de overheid is dan verplicht de tweede stap van het bieden van gelijke kansen in acht te nemen. Overigens is dat inmiddels ook ten dele vastgelegd in de Dienstenrichtlijn.¹⁸

11.1.3.2 Voorafgaande openbare bekendmaking

Het voorgaande zegt nog niets over de eerste stap van het bieden van gelijke kansen, te weten de voorafgaande openbare bekendmaking van de mogelijkheid om voor de vergunning in aanmerking te komen. Volgens advocaat-generaal Poiraes Maduro geldt de transparantieplichting, zoals die is aangenomen bij opdrachten die buiten de aanbestedingswetgeving vallen, eveneens bij de in *Centro Europa 7* aan de orde zijnde verlening van het recht aan een beperkt aantal ondernemingen om televisie in de ether uit te zenden.¹⁹ Het lijkt erop dat het Hof deze stelling nog wat te ver vond gaan; in zijn arrest verwijst het Hof namelijk niet naar de paragrafen uit de conclusie waarin Poiraes Maduro dat zegt, terwijl het wel verwijst naar de paragrafen daarvóór en daarna.

De expliciete toepassing van de transparantieplichting volgde alsnog in 2010, in het *Betfair*-arrest (ook wel aangeduid als het *Sporting Exchange*-arrest). Daarin beantwoordt het Hof drie prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over de vergunningverlening door de Nederlandse staat voor de organisatie van kansspelen.²⁰ Deze vergunningverlening is gebaseerd op de Wet op de kansspelen ('Wok'). De Wok kent een gesloten vergunningstelsel op grond waarvan één vergunning per kansspel wordt verleend en het verboden is om zonder vergunning kansspelen te organiseren of te bevorderen. De Afdeling vroeg het Hof ten eerste of een dergelijk vergunningstelsel in strijd is met artikel 49 EG en het daarin vastgelegde vrij verrichten van diensten. Dit was volgens het Hof – onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie – niet het geval. Relevanter zijn de tweede en derde vraag van de Afdeling, namelijk *a)* of de jurisprudentie van het Hof waarin het de transparantieplichting bij Europese opdrachtverstrekking aannam²¹ van toepassing is op de onderhavige vergunningverlening en *b)* of

18 Art. 9 en 10 Richtlijn 2006/123/EG.

19 Conclusie van de A-G van 12 september 2007, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*), para. 35-36.

20 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), r.o. 38-62. Zie over dezelfde vergunningverlening ook HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-258/08 (*Ladbroke's*). Zie voor de verwijzing en de uiteindelijke uitspraak van de Afdeling resp. ABRvS 14 mei 2008, *LJN* BD1483 en ABRvS 23 maart 2011, *LJN* BP8768. Voor een bespreking van dit arrest zie: Drahmman 2011a, alsook de annotaties in SEW 2011, p. 80 (A.J.C. de Moor-van Vugt), JB 2010/171 (C.J. Wolswinkel) en NJ 2010, 490 (M.R. Mok).

21 De Afdeling verwijst naar HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*).

het verlenen van een dergelijke vergunning zonder oproep tot mededinging kan worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang.²²

In totaal tien lidstaten hadden zich in deze zaak gevoegd, waarvan er zes – waaronder Nederland – van mening waren dat de transparantieplichting niet van toepassing is bij de verlening van een exclusieve vergunning.²³ Advocaat-generaal Bot pleitte niettemin voor onverkorte toepasselijkheid van de transparantieplichting. Volgens hem moet aan overeenkomsten die opdrachtverstrekking inhouden een oproep tot mededinging voorafgaan, omdat zij tot doel en gevolg hebben de uitoefening van een activiteit aan één of meerdere ondernemers in het bijzonder toe te wijzen. Zonder adequate openbaarheid wordt het beginsel van gelijke behandeling miskend, omdat in andere lidstaten gevestigde, mogelijk in deze activiteit geïnteresseerde ondernemingen geen blijk van hun belangstelling zouden kunnen geven en bijgevolg geen gebruik zouden kunnen maken van de rechten die zij aan de artikelen 43 EG en 49 EG ontleen. In zijn visie is de transparantieplichting daarmee een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één of meerdere particuliere ondernemers het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer(s). Aangezien de gevolgen van de verlening van een exclusieve vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van de betreffende activiteit, dezelfde zijn als van een concessieovereenkomst voor diensten, concludeert hij dat de transparantieplichting niet alleen bij concessieovereenkomsten voor diensten, maar ook bij dergelijke vergunningverlening geldt.

Het Hof volgt de advocaat-generaal hierin en overweegt dat de verlening van een exclusieve vergunning het optreden van de overheid vormt met het doel de uitoefening van een economische activiteit te regelen. De transparantieplichting die voortvloeit uit artikel 49 EG geldt daarbij onverkort, hetgeen het Hof als volgt motiveert:²⁴

“Zoals de advocaat-generaal in de punten 154 en 155 van zijn conclusie heeft opgemerkt is de transparantieplichting immers een dwingende prealabele voorwaarde van het recht van een lidstaat om aan één ondernemer het exclusieve recht te verlenen om een economische activiteit te verrichten, ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer. Een dergelijke verplichting dient ook toepassing te vinden in een systeem waarin de autoriteiten van een lidstaat in het kader van de uitoefening van hun overheidsbevoegdheden aan één enkele ondernemer

22 Overigens had de Afdeling in een eerdere uitspraak al overwogen dat de verlening van vergunningen voor kansspelen zonder “enige vorm van aanbesteding” niet kon worden gerechtvaardigd in het licht van artikelen 43 en 49 EG en de door het Hof gestelde eisen van geschiktheid en proportionaliteit; zie ABRvS 18 juli 2007, *LJN* BA9831 (*Schindler*). De Afdeling noemt de transparantieplichting als zodanig niet, maar de redenering komt grotendeels overeen met die van het Hof in *Betfair*.

23 Conclusie van de A-G van 17 december 2009, zaak C-203/08 (*Betfair*), para. 150-151.

24 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), r.o. 47.

vergunning verlenen, aangezien de gevolgen van een dergelijke vergunning jegens in andere lidstaten gevestigde ondernemingen, die mogelijk geïnteresseerd zouden zijn in het verrichten van deze activiteit, dezelfde zijn als die van een concessieovereenkomst voor diensten.”

Met andere woorden, de transparantieverplichting die is ontwikkeld ten aanzien van niet-gereguleerde Europese opdrachtverstrekking, geldt ook bij ieder ander overheidsoptreden waarmee één marktpartij – met uitsluiting van alle anderen – het recht verkrijgt een bepaalde economische activiteit te verrichten. Andere, potentieel geïnteresseerde marktpartijen uit andere lidstaten zouden anders namelijk bij voorbaat achter het net vissen, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 49 EG (thans: 56 VwEU). Of, zoals het Hof het zegt: “zij worden [dan] aldus verhinderd rechten te doen gelden die zij aan het Unierecht ontnemen, met name het in artikel 49 EG neergelegde vrij verrichten van diensten.”²⁵ In dat opzicht zijn de verlening van schaarse vergunningen en opdrachtverstrekking dus gelijk, ook al heeft het een de vorm van een ‘bestuurlijke toelating’ en het ander de vorm van een overeenkomst. Uit de conclusie van advocaat-generaal Bot volgt dat bovenstaande zinsnede “ongeacht de wijze van selectie van deze ondernemer” duidt op deze irrelevantie van de vorm waarin de selectie zijn beslag krijgt (vergunning of overeenkomst).²⁶ Uit het bovenstaande wordt dan ook duidelijk dat het Hof ook buiten de sfeer van Europese opdrachtverstrekking vereist dat de overheid potentiële wederpartijen uit andere lidstaten materieel gelijk behandelt ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen.

Overigens is de beperking van het Hof tot artikel 49 EG het gevolg van de prejudiciële vraagstelling die enkel op deze vrij-verkeerbepaling betrekking had. Aangenomen moet worden dat het achterwege laten van transparantie bij het verlenen van een dergelijk schaars recht ook in strijd kan zijn met de vrijheid van vestiging uit artikel 43 EG (thans: 56 VwEU). Bij de behandeling van de transparantieverplichting bij opdrachtverstrekking in hoofdstuk 4 bleek dat het Hof beide artikelen doorgaans samen noemt, hetgeen ertoe leidt dat de enkele omstandigheid dat een ondernemer uit een andere lidstaat onder de vrijheid van vestiging of juist onder het vrij verrichten van diensten valt, geen effect heeft op zijn toegang tot een opdracht of schaars recht.

Bij de beantwoording van de derde prejudiciële vraag herhaalt het Hof bovenstaande eerdere jurisprudentie over vergunningstelsels door te stellen dat een vergunningstelsel dat een fundamentele vrijheid beperkt, moet zijn gebaseerd op objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria. Het Hof benadrukt vervolgens dat vanwege het (uit artikel 49 EG voortvloeiende) gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting, aan deze objectieve criteria “aan de hand waarvan de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten wordt

25 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), r.o. 55.

26 Conclusie van de A-G van 17 december 2009, zaak C-203/08 (*Betfair*), para. 149, 152-153.

begrensd”, voldoende bekendheid moet worden gegeven. Van voldoende bekendheid is geen sprake als de vergunningverlening niet vooraf wordt gegaan door een oproep tot mededinging, zoals in de onderhavige zaak het geval was. De transparantieplichting vereist bij vergunningverlening dus ook dat de objectieve voorwaarden vooraf worden bekendgemaakt.

Het arrest *Betfair* is later bevestigd door het Hof.²⁷ Met name relevant is dat het Hof in *Engelmann*, een arrest dat ging over twaalf Oostenrijkse concessies om casino’s te mogen exploiteren, overwoog dat het feit dat de afgifte van een vergunning voor de exploitatie van casino’s niet gelijkstaat aan een concessieovereenkomst voor diensten, op zich niet kan rechtvaardigen dat de vereisten van artikel 49 EG, met name het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, niet in acht worden genomen.²⁸ De transparantieplichting is immers een dwingende voorwaarde waaraan een lidstaat moet voldoen alvorens vergunningen voor de exploitatie van casino’s te kunnen verlenen, aldus het Hof.²⁹ Hieruit volgt dat de transparantieplichting niet alleen geldt bij opdrachtverstrekking en exclusieve vergunningen (waar slechts sprake is van één te verlenen vergunning), maar ook bij alle overige schaarse vergunningen (waar minder vergunningen te verlenen zijn dan er geïnteresseerde vergunninghouders zijn). Bij overheidsop treden waarmee één marktpartij – met uitsluiting van alle anderen – het recht verkrijgt een bepaalde economische activiteit te verrichten, zoals bij schaarse vergunningen, dient de overheid dat aldus vooraf openbaar bekend te maken.

Overigens kende *Betfair* nog een ‘staartje’. Aan het einde van het arrest overweegt het Hof dat het achterwege laten van een oproep tot mededinging wel gerechtvaardigd zou kunnen zijn als de vergunning wordt verleend aan een “openbare exploitant wiens beheer onder rechtstreeks toezicht staat van de Staat of een particuliere exploitant op wiens activiteiten de overheid een strenge controle kan

27 HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (*Engelmann*), HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*) en HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-470/11 (*GrakaIns*).

28 HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (*Engelmann*), r.o. 52. Zie over dat arrest ook Stergiou 2011.

29 Zie voor verdere bevestiging van *Betfair* ook HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*), r.o. 70. Uit dat arrest valt evenwel niet duidelijk op te maken of de concessies in kwestie al dan niet konden worden aangemerkt als concessieovereenkomsten voor diensten en de overheid derhalve reeds om die reden een transparantieplichting in acht moest nemen. Een aanwijzing dat het in feite ging om concessieovereenkomsten voor diensten is het eerdere arrest *Commissie/Italië* dat ging over Italiaanse concessies voor paardenwedenschappen; HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*). Uit dat arrest blijkt duidelijk dat die concessies moesten worden beschouwd als concessieovereenkomsten voor diensten; zie onder meer r.o. 21-22. Zie in dat verband ook Brown 2010c, die het moeilijk te begrijpen vindt waarom in *Betfair* geen sprake was van een concessieovereenkomst voor diensten en bij *Commissie/Italië* wel.

uitoefenen”.³⁰ Deze formulering doet sterk denken aan een quasi-inbestedings-situatie.³¹ In zijn latere jurisprudentie heeft het Hof deze rechtvaardigingsgrond echter niet meer herhaald. Wat hier ook van zij, van dergelijke omstandigheden zal normaal gesproken geen sprake zijn bij gronduitgifte door de overheid aan een marktpartij. Deze eventuele rechtvaardigingsgrond blijft hier dan ook verder buiten beschouwing.

11.1.4 Tussenconclusie

De vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU maken het bieden van gelijke kansen bij Europese opdrachtverstrekking noodzakelijk, onafhankelijk van de vraag of dat nu op grond van de aanbestedingswetgeving of het Verdrag is. De achtergrond daarvan is de materiële gelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. Het bieden van gelijke kansen als uitwerking van deze fundamentele vrijheden is ook in andere secundaire Uniewetgeving terug te vinden.

Recentelijk heeft het Hof de transparantieverplichting die het reeds bij opdrachtverstrekking had erkend, breder toegepast. Uit het bovenstaande volgt dat als de overheid aan een of meer marktpartijen een schaars recht verleent om bepaalde economische activiteit te verrichten (zoals een vergunning), zij op grond van artikelen 49 en 56 VwEU evenzeer verplicht is de mogelijkheid om daarvoor in aanmerking te komen vooraf bekend te maken. Potentieel geïnteresseerde marktpartijen uit andere lidstaten moeten daarvan kennis kunnen nemen – hetgeen in beginsel een openbare bekendmaking vereist³² – en vervolgens hun interesse kenbaar kunnen maken aan de overheid in kwestie. Deze bredere toepassing van de transparantieverplichting is in de kern ingegeven door het argument dat zónder transparantie, potentieel geïnteresseerde wederpartijen worden verhinderd hun rechten te doen gelden die zij aan het Unierecht ontleen, met name het vrije verkeer van vestiging en diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU. Met andere woorden, zonder transparantie ontstaat een materieel ongelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. In dat opzicht is de verlening van schaarse vergunningen dus gelijk aan opdrachtverstrekking.

De voorafgaande openbare bekendmaking moet bovendien worden gevolgd door een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Voor bovendrempelige opdrachtverstrekking is dat verplicht in de aanbestedingswet-

30 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), r.o. 59.

31 A-G Bot verwijst daar in ieder geval expliciet naar in zijn conclusie van 17 december 2009, zaak C-203/08 (*Betfair*), para. 145-146. Quasi-inbesteding is een leerstuk dat door het Hof is ontwikkeld sinds het *Teckal*-arrest (HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98).

32 Zie paragraaf 4.5.

geving; voor niet-gereguleerde Europese opdrachtverstrekking bleek dat reeds in paragraaf 4.6 voort te vloeien uit het VwEU. Bij de verlening van (al dan niet schaarse) vergunningen heeft het Hof als reden daarvoor gegeven dat het vergunningstelsel als zodanig een beperking vormt van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten en derhalve rechtvaardiging behoeft. Ervan uitgaande dat zich geen rechtvaardigingsgrond uit het VwEU voordoet,³³ is rechtvaardiging enkel mogelijk omwille van dwingende redenen van algemeen belang. In dat kader moet de beperking van het vrije verkeer non-discriminatoir, geschikt en proportioneel zijn, gezien het beoogde doel van algemeen belang. Dit vereist het toepassen van een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Ontbreekt een dergelijke systematiek, dan zou de discretionaire bevoegdheid van de overheid te groot zijn, met als gevolg dat de vrij-verkeerbepalingen van hun nuttig effect dreigen te worden beroofd.

De vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU eisen aldus dat de overheid gelijke kansen biedt, zodra zij aan een marktpartij een opdracht verstrekt of een schaars recht verleent om een bepaalde economische activiteit te verrichten. Voorwaarde voor toepasselijkheid van beide Verdragsbepalingen en daarmee voor deze verplichting tot het bieden van gelijke kansen is evenwel dat er in andere lidstaten potentieel geïnteresseerde wederpartijen zijn, die – bij het achterwege blijven van gelijke kansen – dreigen te worden gehinderd in de uitoefening van hun fundamentele vrijheden onder het VwEU. Met andere woorden, er moet een Europese dimensie zijn. Net als bij de transparantieplichting bij opdrachtverstrekking is die dimensie aanwezig als hetgeen de overheid verleent (in dit geval een schaars recht) een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.³⁴

33 Zie paragraaf 4.7.1.

34 HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*), r.o. 67: “Het bestaan van een verband met het intracommunautaire verkeer zal worden aangenomen wanneer de betrokken markt een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont (arrest van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 29), hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.” Het Hof spreekt hier over de ‘markt’ die een grensoverschrijdend belang moet hebben en niet over de te verlenen radiofrequenties waar het in casu over ging. Niettemin moet worden aangenomen dat het Hof daarmee geen verschil heeft willen aanbrengen, aangezien in dit geval de toewijzing van nationale radiofrequenties vermoedelijk de gehele Italiaanse markt omvatte. In de arresten bij opdrachtverstrekking spreekt het Hof overigens consequent over de opdracht, concessie, of overeenkomst die duidelijk grensoverschrijdend belang moet hebben (en dus niet over ‘de markt’); in die gevallen zal de markt normaliter ook uit meer opdrachten bestaan dan alleen de opdracht in kwestie. Zie verder paragraaf 4.3 over de invulling van het begrip ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’.

11.2 VOORAFGAANDE OPENBARE BEKENDMAKING BIJ EUROPESE ZUIVERE GRONDUITGIFTE

De noodzaak van het bieden van gelijke kansen om te voldoen aan de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten lijkt zich evenzeer bij gronduitgifte voor te doen. Ook dan kan het ontbreken van gelijke kansen immers ertoe leiden dat potentiële wederpartijen uit andere lidstaten achter het net vissen bij een bepaalde gronduitgifte en daardoor door de betreffende overheid materieel ongelijk worden behandeld ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. In het navolgende wordt onderzocht of die noodzaak er inderdaad is, in welk geval ook bij Europese zuivere gronduitgifte een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen beide stappen van het bieden van gelijke kansen, te weten de voorafgaande openbare bekendmaking, die in deze paragraaf wordt besproken, en de daaropvolgende objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek (paragraaf 11.3).

Voor een transparantieplichting op grond van het VwEU die bij Europese zuivere gronduitgifte – net als bij niet-gereguleerde opdrachtverstrekking en schaarse vergunningverlening – noopt tot voorafgaande openbare bekendmaking bestaan kort gezegd drie voorwaarden: *i*) er is sprake van een Europese dimensie, *ii*) artikelen 49 en 56 VwEU zijn van toepassing op overheidsmaatregelen bij gronduitgifte en *iii*) het achterwege laten van een voorafgaande openbare bekendmaking is in strijd met (een van) beide artikelen. De aanwezigheid van deze voorwaarden moet derhalve nader worden onderzocht.

11.2.1 Europese dimensie

Artikelen 49 en 56 VwEU zijn alleen van toepassing als sprake is van een situatie die een verband vertoont met het handelsverkeer tussen de lidstaten, oftewel van een Europese dimensie.³⁵ Het Hof heeft dit interstatelijke verband bij opdrachtverstrekking en de verlening van exclusieve rechten uitgewerkt in het criterium dat de opdracht of het recht in kwestie een duidelijk grensoverschrijdend belang moet vertonen.³⁶ Dit brengt mee dat de overheid per geval vooraf moet beoordelen of een dergelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is. Daarvan is sprake zodra in redelijkheid te verwachten is dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, gelet op de aard, omvang en locatie van de opdracht c.q. het te verlenen recht.

35 Zie onder meer HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 26. Zie verder paragraaf 4.3 hierboven.

36 Zie respectievelijk paragraaf 4.3 en 11.1.4. Vgl. ook het Comité van de Regio's dat erop aandringt dat voor grondtransacties zonder grensoverschrijdend belang geen transparantieplichting geldt; Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, PbEU 2011, C-192/4, para. 3.

Bij gronduitgifte is goed denkbaar dat ondernemingen in andere lidstaten daarin geïnteresseerd zullen zijn. Het gaat in dit onderzoek immers om gronduitgifte door de overheid met als doel om te komen tot de inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken.³⁷ De uiteindelijke wederpartij van de overheid wordt dus in staat gesteld om op de grond bepaalde werken uit te voeren en deze bijvoorbeeld vervolgens te verkopen of te verhuren aan derden. Naarmate daar meer geld mee te verdienen valt, zal de kring van geïnteresseerde potentiële wederpartijen groter zijn. Net als bij opdrachtverstrekking is te verwachten dat boven een bepaalde waarde in ieder geval interesse zal bestaan van buiten de landsgrenzen en de gronduitgifte aldus een Europese dimensie heeft.³⁸ De waarde waar het dan om gaat, is de geraamde waarde van de gronduitgifte als geheel (dus inclusief de vervolgens op die grond uit te voeren werken en de daarmee te genereren inkomsten) vanuit het perspectief van de potentiële wederpartijen. Als de gronduitgifte opdrachtverstrekking inhoudt, wordt momenteel vanaf een waarde van € 5 miljoen (excl. btw) aangenomen dat buitenlandse interesse bestaat. Niet goed valt in te zien waarom vanaf die waarde bij gronduitgifte die geen opdrachtverstrekking inhoudt, geen buitenlandse interesse mag worden vermoed. De eventuele interesse van ondernemingen uit andere lidstaten zal immers afhangen van de uit te voeren werken en de voor hen te realiseren inkomsten, in plaats van de juridische kwalificatie van de gronduitgifte als opdrachtverstrekking of zuivere gronduitgifte. Dit brengt mee dat als de geraamde waarde van de gronduitgifte meer bedraagt dan – momenteel – € 5 miljoen (excl. btw), aangenomen moet worden dat deze in ieder geval een Europese dimensie heeft, onafhankelijk van de vraag of de gronduitgifte al dan niet opdrachtverstrekking inhoudt.

Bij onderdrempelige opdrachtverstrekking moet het grensoverschrijdend belang worden bepaald aan de hand van de combinatie van de aard, omvang en locatie van de opdracht.³⁹ Ook bij zuivere gronduitgifte ligt voor de hand dat het van deze drie factoren afhangt of in redelijkheid interesse vanuit andere lidstaten is te verwachten. Met andere woorden, zelfs als de geraamde waarde lager is dan € 5 miljoen (excl. btw), kan de ligging (bijvoorbeeld dicht bij de grens) en/of de aard van de uit te voeren werken (bijvoorbeeld specifieke werken waarvoor een Europese markt bestaat) ervoor zorgen dat niettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang en dus een Europese dimensie moet worden aangenomen.

37 Zie paragraaf 1.1.2. Gronduitgifte waarbij dit doel (d.w.z. inrichting van de ruimte) ontbreekt, zoals bijvoorbeeld de uitgifte van een stuk bosgrond, zal doorgaans veel minder interessant zijn voor ondernemingen uit andere lidstaten. Dergelijke gronduitgifte zal dan ook zelden een Europese dimensie hebben.

38 Vergelijk paragraaf 3.3 over de drempelwaarde bij overheidsopdrachten. Vgl. ook de toepassing van de drempel van € 5 miljoen (excl. btw) voor concessies waarboven een duidelijk grensoverschrijdend belang wordt verondersteld; overweging 18 en art. 5 van het Commissievoorstel voor de Concessierichtlijn, COM(2011) 897 def.

39 Zie paragraaf 4.3.

11.2.2 Artikelen 49 en 56 VwEU bij gronduitgifte

Zodra zuivere gronduitgifte een Europese dimensie heeft, is relevant of het achterwege laten van een voorafgaande openbare bekendmaking in strijd is met artikel 49 en/of 56 VwEU (voorheen: artikelen 43 en 49 EG). Is dat het geval, dan is deze eerste stap van het bieden van gelijke kansen verplicht bij dergelijke Europese zuivere gronduitgifte. Echter, van strijdigheid met beide artikelen kan pas sprake zijn als zij van toepassing zijn op een of meer potentiële wederpartijen uit andere lidstaten, alsmede op overheidsmaatregelen bij gronduitgifte. Deze toepasselijkheidskwesties zullen derhalve eerst moeten worden onderzocht.

Toepasselijkheid op potentiële wederpartijen

Wil een potentiële wederpartij uit een andere lidstaat een beroep kunnen doen op artikelen 49 en 56 VwEU teneinde af te dwingen dat een overheid hem gelijke kansen biedt, dan dient hij in dat verband een economische activiteit te (willen) verrichten.⁴⁰ Deze voorwaarde om gebruik te kunnen maken van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten volgt rechtstreeks uit het VwEU. Zo omvat de vrijheid van vestiging “de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen”⁴¹ en worden als diensten beschouwd “de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden”.⁴² Zonder economische activiteit kan een potentiële wederpartij dus geen gebruikmaken van deze fundamentele vrijheden en rest hem slechts een beroep op het Unieburgerschap.⁴³

In de praktijk zal deze voorwaarde bij de hier bedoelde zuivere gronduitgifte geen probleem opleveren. Iedere potentiële wederpartij zal immers op de te verwerven grond bepaalde werken willen (of zelfs moeten) uitvoeren. In ruil daarvoor ontvangt hij normaal gesproken een vergoeding, of dat nu van de overheid is (bijvoorbeeld een subsidie) of van derden (bijvoorbeeld de koopprijs van een gerealiseerde woning). Dit neemt niet weg dat in theorie niet is uitgesloten dat een particulier uit een andere lidstaat de grond zal willen verwerven om daarop bijvoorbeeld een woning te bouwen voor eigen gebruik en die in geen enkele relatie staat met het uitvoeren van beroepswerkzaamheden door deze particulier (bijvoorbeeld omdat hij de woning als vakantiewoning zal gebruiken). Een dergelijke particulier valt niet onder de hier besproken vrij-verkeerbepalingen van artikelen 49 en 56 VwEU. Hetzelfde geldt als de potentiële wederpartij de grond enkel zou willen gebruiken om diensten om niet te verrichten.⁴⁴ Indien voor een bepaalde gronduitgifte in an-

40 Barnard 2010, p. 227.

41 Art. 49 VwEU.

42 Art. 57 VwEU.

43 Art. 21 VwEU. Het Unieburgerschap blijft hier verder buiten beschouwing.

44 Bijvoorbeeld vrijwilligerswerk. Het Hof heeft ook geoordeeld dat onderwijs dat wordt gegeven door bepaalde instellingen die deel uitmaken van een openbaar onderwijsstelsel en volledig of hoofdzakelijk uit de staatskas worden gefinancierd, zijn uitgesloten van het begrip ‘diensten’ in de zin van het VwEU; zie HvJ EG 18 december 2007, zaak C-281/06 (*Jundt*), r.o. 30.

dere lidstaten enkel dergelijke potentiële wederpartijen zonder betrokkenheid met een economische activiteit bestaan, zijn artikelen 49 en 56 VwEU derhalve niet van toepassing. Dit is praktisch gezien echter uiterst onwaarschijnlijk.

Toepasselijkheid op gronduitgifte

Op grond van artikel 49 VwEU zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Artikel 56 VwEU verbiedt beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie ten aanzien van onderdanen van lidstaten die zijn gevestigd in een andere lidstaat dan de lidstaat waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Beide bepalingen gelden niet alleen voor natuurlijke personen ('onderdanen'), maar ook voor rechtspersonen die in de Unie zijn gevestigd.⁴⁵ Zoals eerder al kort werd aangestipt,⁴⁶ verbieden artikelen kort gezegd drie soorten maatregelen, te weten maatregelen die:⁴⁷

- 1) direct naar nationaliteit discrimineren;
- 2) indirect naar nationaliteit discrimineren; en
- 3) in het geheel niet naar nationaliteit discrimineren, maar de uitoefening van de vrijheid van vestiging c.q. het vrij verrichten van diensten belemmeren, of minder aantrekkelijk maken.

Directe discriminatie naar nationaliteit houdt in dat de maatregel een direct onderscheid maakt op basis van nationaliteit en als gevolg daarvan personen uit andere lidstaten benadeelt ten opzichte van personen uit de eigen lidstaat. Indirecte discriminatie naar nationaliteit doet zich voor als een maatregel op zichzelf geen onderscheid maakt naar nationaliteit, maar niettemin in feite een grotere impact heeft op personen uit andere lidstaten en hen dus in de praktijk benadeelt ten opzichte van personen uit de eigen lidstaat. Aangenomen moet worden dat een potentieel discriminerend effect daarvoor reeds voldoende is, zodat niet nodig is om aan te tonen dat daadwerkelijk 'buitenlanders' worden benadeeld ten opzichte van de nationale personen.⁴⁸ Bij de derde categorie maatregelen is van discriminatie naar nationaliteit in het geheel geen sprake, in de maatregel zelf noch in feite, maar vormt de maatregel niettemin een obstakel voor het vrij verkeer van vestiging en/of diensten.⁴⁹ Het onderscheid tussen een potentieel indirect discriminerende maatregel

45 Art. 54 jo. 62 VwEU.

46 Zie paragraaf 3.1.6.

47 Zie onder meer HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 35 en 36.

48 Aanwijzingen hiervoor zijn te vinden in HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*), r.o. 55, waar het Hof het heeft over potentiële discriminatie, alsook in HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), r.o. 30, waar het Hof spreekt van benadeling van ondernemingen uit andere lidstaten die 'mogelijkerwijs' in de opdracht geïnteresseerd zijn. Bij het vrij verkeer van personen en goederen heeft het Hof expliciet erkend dat potentiële indirecte discriminatie voldoende is; zie HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94 (*O'Flynn*), r.o. 20 resp. HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74 (*Dassonville*), r.o. 5.

49 Zie verder Barnard 2010, p. 300 e.v. en p. 377 e.v.

en een niet-discriminerende maatregel die het vrij verkeer belemmert of minder aantrekkelijk maakt, is overigens in de praktijk moeilijk te maken.⁵⁰ Dit kan worden ondervangen door het discriminatiecriterium als zodanig los te laten en enkel te focussen op de aanwezigheid van een maatregel die op zichzelf weliswaar niet discrimineert, maar die niettemin het vrij verkeer belemmert of minder aantrekkelijk maakt. Indirect discriminerende maatregelen maken daar dan onderdeel van uit, aangezien die per definitie het vrij verkeer belemmeren. Het Hof lijkt de laatste jaren deze (ruime) benadering te kiezen door meer de nadruk te leggen op de aanwezigheid van een dergelijke belemmering dan van een (indirecte) discriminatie.⁵¹

De Verdragsbepalingen omvatten niet alleen maatregelen van de centrale overheid, maar ook van decentrale overheden, zoals gemeenten.⁵² Bovendien kunnen de maatregelen bestaan uit algemene voorschriften, zoals wetten of vergunningstelsels,⁵³ maar ook uit concrete beslissingen in een individueel geval,⁵⁴ zoals het vaststellen van voorwaarden waaronder de overheid een bepaald gebouw verhuurt,⁵⁵ het besluit om een bepaalde opdracht onderhands te verstrekken⁵⁶ en het besluit om een andersoortige overeenkomst te sluiten met een bepaalde marktpartij.⁵⁷

De verboden uit beide Verdragsbepalingen zien bovendien niet enkel op beperkingen van de *toegang* tot de markt, maar ook op beperkingen van het *uitoefenen* van de vrijheid van vestiging respectievelijk het vrij verrichten van diensten op de markt.⁵⁸ Een belangrijk voorbeeld van de aldus ruime reikwijdte van de vrijverkeerbepalingen is het arrest *Steinhauser* uit 1985.⁵⁹ Dat arrest gaat over Peter Steinhauser, een Duitse kunstschilder die woonde in het Franse Biarritz. Hij wilde graag meedoen aan een openbare inschrijving die het stadsbestuur van Biarritz had georganiseerd voor de verhuur van een zogenoemde *crampotte*, een van de voormalige vissershuisjes die in eigendom waren van de stad en op dat moment werden gebruikt voor tentoonstellingen van kunstwerken. Het stadsbestuur weigerde Steinhauser echter, omdat het in de inschrijvingsvoorwaarden had bepaald dat inschrijving was voorbehouden aan personen met de Franse nationaliteit.

50 Barnard 2010, p. 241.

51 Barnard 2010, p. 253 e.v., 300 en 378. Zie bijvoorbeeld de gekozen formulering in HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*), r.o. 35 en 36.

52 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*).

53 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*).

54 Arrowsmith 2005, p. 184-186 jo. p. 211.

55 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*).

56 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*).

57 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*), r.o. 62-63.

58 Barnard 2010, p. 24. Zie ook Arrowsmith 2005, p. 210. Arrowsmith stelt daar art. 43 EG (thans: 49 VwEU) “also covers measures that restrict the access that non-nationals established in the state have to *governement markets* – for example, by preventing them from bidding on public contracts.”

59 HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*).

Steinhauser kwam hiertegen op en stelde dat deze bepaling in strijd was met de in artikel 52 EEG vastgelegde vrijheid van vestiging. Hij meende namelijk dat “het voor de uitoefening van zijn beroep als kunstenaar noodzakelijk is dat hij de door de stad Biarritz voor de uitoefening van ambachtelijke activiteiten bestemde lokalen kan huren”. De weigering om Steinhauser toe te laten was daarom nadelig voor zijn beroepsuitoefening. Het Hof gaf Steinhauser gelijk: de nationaliteitsvoorwaarde was in strijd met artikel 52 EEG. Daartoe overwoog het dat:⁶⁰

“(…) praktijken en regelingen van een plaatselijke overheid van een Lid-Staat, die discriminerend zijn voor onderdanen van andere Lid-Staten, krachtens artikel 52 EEG-Verdrag zijn verboden. Bovendien moet erop worden gewezen, dat de door dit artikel gewaarborgde vrijheid van vestiging niet uitsluitend de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst betreft, doch eveneens de uitoefening van die werkzaamheden in ruime zin. Het huren van een lokaal voor beroepsdoeleinden vergemakkelijkt de beroepsuitoefening en valt dus binnen de werkingssfeer van artikel 52 EEG-Verdrag.”

Met andere woorden, het huren van een *crampotte* van het stadsbestuur zou Steinhausers beroepsuitoefening vergemakkelijken, maar werd verhinderd door de (discriminerende) nationaliteitsvoorwaarde. Aangezien de uitoefening van werkzaamheden door de Duitse Steinhauser in Frankrijk onder de vrijheid van vestiging viel, vormde de nationaliteitsvoorwaarde daarmee een verboden beperking van die vrijheid. Relevant is dat het Hof niet toetst of het voor Steinhauser inderdaad noodzakelijk was om een *crampotte* te huren; de enkele omstandigheid dat een dergelijke ruimte zijn beroepsuitoefening zou vergemakkelijken was voldoende om te oordelen dat hem niet – enkel vanwege zijn nationaliteit – de toegang tot de inschrijvingsprocedure mocht worden geweigerd.⁶¹

60 HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*), r.o. 16.

61 Zie in die zin ook HvJ EG 14 januari 1988, zaak 63/86 (*Commissie/Italië*), r.o. 15-16. Dat arrest ging over Italiaanse wetgeving op grond waarvan uitsluitend Italiaanse onderdanen eigenaar of huurder konden worden van gesubsidieerde woningen en aanspraak konden maken op goedkoop grondkrediet. Het Hof oordeelde dat deze wetgeving in strijd was met artikelen 52 en 59 EEG (thans: 49 en 56 VwEU). Daartoe overwoog het dat het verrichten van beroepswerkzaamheden voor een natuurlijk persoon niet alleen de mogelijkheid veronderstelt om toegang te krijgen tot lokalen van waaruit de werkzaamheid kan worden verricht, maar ook die om huisvesting te vinden. Om de volstrekte gelijkheid op het gebied van de mededinging te verzekeren, moet de onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat een werkzaamheid anders dan in loondienst wenst te verrichten, dus huisvesting kunnen vinden onder gelijke voorwaarden als die gelden voor zijn concurrenten die onderdaan van laatstbedoelde staat zijn, aldus het Hof. Deze benadering is bevestigd in HvJ EG 30 mei 1989, zaak 305/87 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 21, waarin het Hof overwoog dat het discriminatieverbod uit art. 52 EEG niet enkel geldt “voor bijzondere bepalingen in zake het verrichten van beroepswerkzaamheden, maar ook voor verschillende algemene bevoegdheden die nuttig zijn voor het verrichten van die werkzaamheden.” Zie verder HvJ EU 1 december 2011, zaak C-253/09 (*Commissie/Hongarije*), r.o. 66-68, over Hongaarse wetgeving die in bepaalde gevallen personen die hun uit de artikelen

Uit het *Steinhauser*-arrest volgt bovendien dat de vrijheid van vestiging van artikel 49 VwEU (destijds: 52 EEG) niet beperkt is tot de verhuur door de overheid van ruimtes die de beroepsuitoefening van buitenlandse ondernemers vergemakkelijken. In navolging van de Commissie en de advocaat-generaal,⁶² verwijst het Hof namelijk naar het Algemeen Programma Vestiging uit 1961.⁶³ Dat programma verschaft volgens het Hof nuttige aanwijzingen voor de uitvoering van de betreffende Verdragsbepalingen waar het stelt dat bepalingen en handelwijzen moeten worden opgeheven die voor vreemdelingen de bevoegdheid om de rechten uit te oefenen die gewoonlijk aan het verrichten van een werkzaamheid anders dan in loondienst zijn verbonden, uitsluiten, beperken of aan bepaalde voorwaarden onderwerpen. Het Hof vervolgt:

“Zulks geldt met name voor het recht om a) overeenkomsten tot aanneming van werk of tot het verrichten van diensten, en andere overeenkomsten, zoals arbeids-, huur- en pachtovereenkomsten, te sluiten, alsmede alle rechten te genieten die uit deze overeenkomsten voortvloeien, b) in te schrijven voor opdrachten van de staat of andere publiekrechtelijke lichamen of als contractant of ondercontractant deel te nemen aan de uitvoering daarvan, c) concessies of vergunningen, verleend door de staat, of andere publiekrechtelijke lichamen te verkrijgen, d) roerende en onroerende goederen en rechten te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden.”

Mede op basis van deze ‘nuttige aanwijzingen’ uit het Algemeen Programma Vestiging over de uitvoering van artikel 52 EEG komt het Hof in *Steinhauser* tot de conclusie dat artikel 52 EEG ook betrekking heeft op inschrijvingsvoorwaarden voor de huur van een ruimte die de beroepsuitoefening vergemakkelijkt. Gelet hierop, zou hetzelfde moeten gelden voor voorwaarden die betrekking hebben op het sluiten van andere overeenkomsten dan huurovereenkomsten en in het bijzonder op overeenkomsten om onroerende goederen te verkrijgen en te gebruiken, oftewel gronduitgifte. Immers, bovenstaand citaat is niet beperkt tot het sluiten van *huurovereenkomsten*, maar noemt ook andere overeenkomsten en het verkrijgen en gebruiken van onroerend goed.⁶⁴ Bovendien is het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst een overheidshandeling waarbij voorwaarden voor een economische prestatie worden vastgelegd, hetgeen volgens het Hof meebrengt dat de vrijverkeerbepalingen daarop van toepassing zijn (mits sprake is van een Europese dimensie).⁶⁵ Het Hof heeft later dan ook expliciet bevestigd dat de toegang tot

39 en 43 EG voortvloeiende rechten uitoefenen, kon ontmoedigen over te gaan tot het kopen van een woning in Hongarije.

62 Conclusie van de A-G van 30 april 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*).

63 HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*), r.o. 15. Zie over het Algemeen Programma Vestiging ook paragraaf 3.1.2.

64 Zie ook paragraaf 2.1, waarin reeds aan de orde kwam dat de vrijheid van vestiging betrekking mede de verwerving en exploitatie van grond omvat.

65 Zie HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), r.o. 44; Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2, para. 2.4; Europese

gronduitgifte valt onder de vrijheid van vestiging. Zo overwoog het in het arrest *Commissie/Griekenland* als volgt:⁶⁶

“Meer in het bijzonder is het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere Lid-Staat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden, het noodzakelijk complement op de vrijheid van vestiging, zoals blijkt uit artikel 54, lid 3, sub e, EEG-Verdrag en uit het Algemene Programma van 18 december 1961 voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging (PB 1962, blz. 36).”

Het voorgaande ziet enkel op de uitleg van de vrijheid van vestiging van (thans) artikel 49 VwEU. De vraag rijst derhalve of ook het vrij verrichten van diensten van artikel 56 VwEU maatregelen met betrekking tot gronduitgifte door de overheid omvat. Dit is van belang omdat zich situaties kunnen voordoen waarin geen beroep op de vrijheid van vestiging mogelijk is, omdat er geen onderdanen of ondernemingen uit andere lidstaten zijn die zich in de lidstaat van de gronduitgifte willen vestigen, dan wel daar reeds gevestigd zijn en hun vrijheid van vestiging vervolgens willen uitoefenen (zoals Peter Steinhäuser). Als in dat geval echter wel sprake is van een onderdaan of ondernemer uit een andere lidstaat die diensten wil verrichten in de lidstaat van de gronduitgifte, kan het vrij verrichten van diensten van artikel 56 VwEU in het geding zijn.⁶⁷ Net als het in *Steinhäuser* aangehaalde Algemeen Programma Vestiging noemt het Algemeen Programma Diensten – in het kader van het vrij verrichten van diensten – het opheffen van bepalingen en handelswijzen die de bevoegdheid beperken om overeenkomsten te sluiten en onroerende goederen te verwerven en te gebruiken.⁶⁸ Het Hof heeft ook ten aanzien van het Algemeen Programma Diensten gesteld dat het nuttige aanwijzingen verschafft voor de uitvoering van de Verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten.⁶⁹ Gezien deze parallellen met het Algemeen Programma Vestiging en de toepassing daarvan in *Steinhäuser*, omvat ook het vrij verrichten van diensten van artikel 56 VwEU (ex artikel 59 EEG) maatregelen met betrekking tot gronduitgifte

Commissie, Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, COM(2004) 327 def., p. 5; Europese Commissie, *Possible contents of a Communication from the Commission on the application of public procurement law to institutionalised PPPs*, CC/2007/11 EN, 6 juni 2007, p. 4.

66 HvJ EG 30 mei 1989, zaak 305/87 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 22. Bevestigd in HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*), r.o. 22. Zie ook HvJ EG 6 november 1984, zaak 182/83 (*Fearon*), HvJ EG 5 maart 2002, gevoegde zaken C-515/99, C-519/99 t/m C-524/99 en C-526/99 t/m C-540/99 (*Reisch*) en HvJ EG 23 september 2003, zaak C-452/01 (*Ospelt*). Uit deze jurisprudentie volgt overigens ook dat de Verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van kapitaal van toepassing zijn bij gronduitgifte. Deze vrijheid wordt hier evenwel buiten beschouwing gelaten omdat het Hof daar (nog) niet naar heeft verwezen in zijn jurisprudentie waarin het een transparantieverplichting aannam (zie paragraaf 11.1).

67 Zie over het grens tussen beide fundamentele vrijheden verder paragraaf 4.2.

68 Algemeen Programma Diensten, *PbEG* 15 januari 1962, p. 32, Titel III onder A.

69 Zie onder meer HvJ EG 14 januari 1988, zaak 63/86 (*Commissie/Italië*), r.o. 14.

door de overheid. Het Hof heeft dat als volgt bevestigd in het eerder genoemde *Commissie/Griekenland-arrest*:⁷⁰

“Evenzo verzekert artikel 59 EEG-Verdrag de toegang tot de eigendom en het gebruik van onroerend goed op het vlak van het vrij verrichten van diensten, voor zover die toegang voor de daadwerkelijke uitoefening van deze vrijheid dienstig is.”

Het bovenstaande leidt tot twee conclusies. Allereerst dat artikelen 49 en 56 VwEU niet alleen maatregelen verbieden die (in)direct discrimineren naar nationaliteit, maar ook niet-discriminerende maatregelen die de uitoefening van de vrijheid van vestiging c.q. het vrij verrichten van diensten belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Ten tweede moet worden geconcludeerd dat beide artikelen van toepassing zijn op maatregelen met betrekking tot het verwerven en gebruiken van grond door natuurlijke en rechtspersonen uit andere lidstaten. Deze conclusies brengen op hun beurt mee dat als de verwerving van grond door een dergelijke partij diens beroepsuitoefening zou vergemakkelijken, de overheid ten aanzien van die grond geen maatregelen mag nemen (zoals het stellen van voorwaarden) die (in)direct discrimineren naar nationaliteit en/of die de uitoefening van de vrijheid van vestiging of het vrij verrichten van diensten door die partij belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Dergelijke maatregelen zijn in strijd met artikelen 49 en 56 VwEU en kunnen slechts onder bepaalde omstandigheden worden gerechtvaardigd.⁷¹ Dit wordt ook ondersteund door advocaat-generaal Mazák, die recentelijk stelde dat volgens de rechtspraak van het Hof, de toegang tot onroerende goederen een voorwaarde is om de fundamentele vrijheden te kunnen uitoefenen.⁷² Zoals hierna zal blijken, is het voorgaande van belang bij het vaststellen van een impliciete transparantieverplichting bij Europese zuivere gronduitgifte.

11.2.3 Zonder bekendmaking strijd met VwEU

De grote kamer van het Hof heeft in *Coname* en *An Post* benadrukt dat opdrachtverstrekking zonder transparantie met name in het nadeel is van ondernemingen uit andere lidstaten, aangezien zij daardoor worden uitgesloten van de opdrachtverstrekking.⁷³ Het gebrek aan transparantie leidt dan tot indirecte discriminatie naar nationaliteit, aldus het Hof. Als gevolg daarvan is het achterwege laten van een voorafgaande openbare bekendmaking van Europese opdrachtverstrekking in strijd met artikelen 49 en 56 VwEU, behoudens objectieve rechtvaardiging.⁷⁴

70 HvJ EG 30 mei 1989, zaak 305/87 (*Commissie/Griekenland*), r.o. 24.

71 Zie voor de rechtvaardigingsgronden paragraaf 4.7 hierboven.

72 Conclusie van de A-G van 4 oktober 2012, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11 (*Libert*), para 26.

73 HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*), r.o. 19 en HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*), r.o. 31. Bevestigd in HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*) en HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*).

74 Zie paragraaf 11.1.2.

Met andere woorden, de transparantieplichting geldt om te voorkomen dat de opdrachtverlenende overheid indirect discrimineert en daardoor in strijd handelt met het VwEU. De overheid dient aldus potentiële wederpartijen uit andere lidstaten materieel gelijk te behandelen met nationale potentiële wederpartijen, hetgeen proactief handelen vergt, in de vorm van een voorafgaande openbare bekendmaking.⁷⁵

Deze argumentatie kan zonder problemen een-op-een worden toegepast op Europese zuivere gronduitgifte. Ook dan zal het ontbreken van een voorafgaande openbare bekendmaking immers ertoe leiden dat ondernemingen in andere lidstaten bij voorbaat worden uitgesloten en dus geen kans maken om de grond te verwerven. Naar analogie met bovenstaande redenering van het Hof, vormt het gebrek aan transparantie dan een indirecte discriminatie naar nationaliteit. Dit sluit ook aan bij de op de gevolgen gerichte benadering van het Hof in *Betfair*. Daar rechtvaardigt het Hof immers de toepassing van de transparantieplichting bij schaarse vergunningen door te stellen dat de gevolgen van een dergelijke vergunning voor mogelijk geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten dezelfde zijn als bij een concessieovereenkomst voor diensten.⁷⁶ Uit de conclusie van advocaat-generaal Bot blijkt dat het daarbij gaat om de gevolgen voor het vrije verkeer.⁷⁷ Volgens hem geldt zowel bij schaarse vergunningen als bij concessieovereenkomsten voor diensten dat zonder adequate openbaarheid, geïnteresseerde ondernemingen uit andere lidstaten geen gebruik kunnen maken van hun rechten die zij ontlenen aan artikel 49 en 56 VwEU. Een dergelijke gelijkenis in de gevolgen doet zich ook voor tussen gronduitgifte die Europese opdrachtverstrekking inhoudt en gronduitgifte die dat juist niet doet (en dus Europese zuivere gronduitgifte vormt). In beide gevallen is het sluiten van de gronduitgifteovereenkomst met de overheid namelijk een vereiste voor ondernemingen uit andere lidstaten om op die grond vervolgens economische activiteiten te kunnen verrichten, te weten het uitvoeren van bepaalde werken ter inrichting van de ruimte. Zonder voorafgaande openbare bekendmaking maken ondernemingen uit andere lidstaten echter bij voorbaat geen kans om die activiteiten te kunnen verrichten en worden zij door deze indirecte discriminatie belemmerd in de uitoefening van hun vrijheid van vestiging en in het door hen vrij verrichten van diensten.

Deze dreigende materiële ongelijke behandeling van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten maakt, dat moet worden aangenomen dat ook bij Europese zuivere gronduitgifte op de overheid een transparantieplichting rust, als gevolg waarvan zij het voornemen tot gronduitgifte vooraf openbaar moet aankondigen. Op grond van *Betfair* – en later ook *Engelmann* – lijkt daarvoor reeds voldoende dat de gevolgen voor de uitoefening van het vrije verkeer door ondernemingen in andere lidstaten dezelfde zijn als bij gronduitgifte die Europese opdrachtverstrek-

75 Vergelijk paragraaf 4.2.

76 Zie paragraaf 11.1.3.2.

77 Conclusie van de A-G van 17 december 2009, zaak C-203/08 (*Betfair*), para. 153 en 155.

king inhoudt. In beide gevallen verleent de overheid aan de marktpartij met wie zij de gronduitgifteovereenkomst sluit, het exclusieve recht om op die grond een economische activiteit te verrichten. In aanvulling daarop bleek in de vorige paragraaf dat het recht om onroerende goederen⁷⁸ op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken, of te vervreemden, valt onder de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU. De overheid mag dan ook ten aanzien van gronduitgifte geen maatregelen nemen die indirect discrimineren, omdat zij anders in strijd handelt met artikel 49 en/of 56 VwEU. Door bij Europese zuivere gronduitgifte niet te kiezen voor een openbare voorafgaande bekendmaking, neemt de overheid echter een maatregel waarvan hierboven werd vastgesteld dat deze potentiële wederpartijen uit andere lidstaten indirect discrimineert, hetgeen dus in strijd is met artikelen 49 en 56 VwEU.

Voor wat betreft het medium en de inhoud van de bekendmaking geldt dan hetzelfde als bij de transparantieverplichting bij opdrachtverstrekking: de potentiële wederpartijen uit andere lidstaten moeten daar in redelijkheid kennis van kunnen nemen en op basis van de bekendmaking weloverwogen kunnen besluiten al dan niet hun interesse kenbaar te maken.⁷⁹ Op grond van het nationale gelijkheidsbeginsel geldt hetzelfde voor potentiële wederpartijen uit de eigen lidstaat.

11.3 TOEWIJZINGSSYSTEMATIEK BIJ EUROPESE ZUIVERE GRONDUITGIFTE

Als de overheid eenmaal openbaar bekend heeft gemaakt dat zij voornemens is grond uit te geven en potentiële wederpartijen hun interesse daarvoor kenbaar kunnen maken, is de vraag wat de overheid bij gebleken interesse moet doen. Bij Europese opdrachtverstrekking werd eerder vastgesteld dat artikelen 49 en 56 VwEU meebrengen dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht moeten worden genomen en dat deze beginselen op hun beurt vereisen dat de overheid dan een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek hanteert.⁸⁰ Zoals gezegd zijn beide artikelen eveneens onverkort van toepassing bij Europese zuivere gronduitgifte, zodat aangenomen moet worden dat zij ook dan nopen tot een dergelijke toewijzingssystematiek. Zou dat immers niet het geval zijn, dan dreigen de fundamentele vrijheden van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten – net zoals bij Europese opdrachtverstrekking – alsnog te worden belemmerd, bijvoorbeeld door discriminerende voorwaarden. Door de overheid te verplichten dat de gebruikte toewijzingssystematiek objectief, transparant en non-discriminair is, wordt aldus verzekerd dat de daaraan deelnemende potentiële wederpartijen uit andere lidstaten niet worden beperkt in hun vrijheid van vestiging en in het door hen vrij verrichten van diensten. Met andere woor-

78 De term ‘onroerende goederen’ komt uit de jurisprudentie van het Hof. Strikt genomen zou naar Nederlands (privaat)recht ‘onroerende zaken’ beter zijn.

79 Zie paragraaf 4.5.

80 Zie paragraaf 4.6.

den, daarmee wordt een discretionair optreden van de overheid voorkomen dat er anders toe zou leiden dat de fundamentele vrijheden van hun nuttig effect worden beroofd.⁸¹

Net als bij onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking geldt ook hier dat het bovenstaande strikt genomen enkel strekt tot bescherming van de rechten van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten; een toewijzingssystematiek die uitsluitend nationale marktpartijen benadeelt, is niet verboden op grond van het VwEU. Aangezien het gelijkheidsbeginsel echter ook een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is, moet de overheid deelnemende potentiële wederpartijen uit Nederland gelijk behandelen met die uit andere lidstaten.⁸² De overheid is derhalve verplicht een toewijzingssystematiek te hanteren die voor alle potentiële wederpartijen objectief, transparant en non-discriminair is.

Ten aanzien van de inhoud van de toewijzingssystematiek, oftewel de daarin opgenomen voorwaarden, eisen en criteria, geldt hetzelfde als bij onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking: het VwEU vereist naar verwachting dat deze voorwaarden, eisen en criteria proportioneel zijn ten opzichte van de aard en omvang van de opdracht en de daarmee nagestreefde doelstellingen.⁸³ Niettemin zijn ook hier de (strikte) bepalingen uit de Aanbestedingsrichtlijn over de limitatieve uitsluitingsgronden, het onderscheid tussen geschiktheidseisen en gunningscriteria, alsook de beperking van de gunningscriteria tot de laagste prijs of de economisch meest voordelige inschrijving, niet van toepassing.

11.4 UITZONDERINGEN

Op de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte bestaan evenwel uitzonderingen. Dit zijn ten eerste de uitzonderingsgronden uit het Verdrag zoals die ook van toepassing kunnen zijn bij onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking.⁸⁴ Ook hier geldt echter dat deze

81 Vergelijk het *Analir*-arrest en de daaropvolgende jurisprudentie zoals besproken in paragraaf 11.1.3.1. Het verschil met die jurisprudentie is evenwel dat de daar besproken vergunningstelsels als zodanig een beperking van het vrij verkeer vormen (zonder vergunningstelsel is iedereen immers in beginsel vrij de betreffende activiteit te verrichten); deze beperking moet worden gerechtvaardigd door onder meer objectieve, non-discriminatoire en transparante criteria. Bij gronduitgifte is de toewijzingssystematiek als zodanig echter niet een beperking op het vrij verkeer; de systematiek vloeit namelijk voort uit de reeds bestaande schaarste van de uit te geven grond. Het vrij verkeer kan echter wel worden beperkt *in het kader van* die systematiek, bijvoorbeeld door het opnemen van een discriminerende uitsluitingsgrond (vergelijk het *Steinhauser*-arrest).

82 Zie over dat gelijkheidsbeginsel verder hoofdstuk 12.

83 Zie paragraaf 4.6.

84 Zie paragraaf 4.7.

Verdragsuitzonderingen zich naar alle waarschijnlijkheid in de praktijk niet zullen voordoen bij gronduitgifte.

Ten tweede volgt uit de jurisprudentie van het Hof dat het niet bieden van gelijke kansen kan worden gerechtvaardigd om ‘dwingende redenen van algemeen belang’, zoals dat ook het geval was bij onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking.⁸⁵ Door de strenge voorwaarden die het Hof daaraan stelt, zou de overheid daartoe moeten aantonen dat er geen andere weg is om het erkende algemene belang in kwestie te beschermen dan door geen gelijke kansen te bieden. Mede gezien de nadruk die het Hof juist legt op het bieden van gelijke kansen bij een beperking van het vrije verkeer omwille van dergelijke algemene belangen (denk aan de vergunningstelsels voor kansspelen), is rechtvaardiging van geen gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte weliswaar mogelijk, maar in de praktijk uiterst onwaarschijnlijk. Mocht de overheid niettemin van mening zijn dat het achterwege laten van gelijke kansen gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, dan verdient het aanbeveling die bevinding gemotiveerd openbaar bekend te maken, (ruim) voordat de gronduitgifteovereenkomst wordt gesloten. Op die manier kunnen eventuele potentiële wederpartijen tijdig hun bezwaren kenbaar maken en – bij terechte bezwaren – alsnog voor de gronduitgifte in aanmerking komen. Zodra de gronduitgifteovereenkomst is gesloten, resteert hen enkel nog een vordering tot schadevergoeding.

De uitzonderingen naar analogie van de Aanbestedingsrichtlijn zoals die gelden bij de transparantieplichting bij opdrachtverstrekking (zoals in geval van geheim verklaarde opdrachten en aanvullende werken die door onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden), zijn naar hun aard niet goed toepasbaar bij Europese zuivere gronduitgifte – nog los van de omstandigheid dat deze uitzonderingen zich naar alle waarschijnlijkheid niet zullen voordoen.⁸⁶ Deze uitzonderingsgronden betreffen immers bepaalde typen opdrachten, terwijl bij zuivere gronduitgifte juist geen sprake is van opdrachtverstrekking.

Verder is denkbaar dat als de overheid grond wil uitgeven ten behoeve van een project dat voor het grootste deel gelegen is op grond die reeds in eigendom is van één marktpartij (bijvoorbeeld een ontwikkelaar), de overheid graag met die marktpartij een gronduitgifteovereenkomst wil sluiten teneinde integrale realisatie van het voorgenomen project mogelijk te maken. Als die gronduitgifte een Europese dimensie heeft, is het onderhands sluiten van de gronduitgifteovereenkomst echter in strijd met het VwEU omdat de overheid dan geen gelijke kansen biedt. Deze strijdigheid zou in theorie kunnen worden opgeheven als de marktpartij verplicht is alsnog gelijke kansen te bieden ten aanzien van die grond; dit neemt evenwel juist de aanleiding weg voor de overheid om de grond onderhands uit te geven en is dus niet waarschijnlijk – de overheid kan dan namelijk net zo goed zelf gelijke kansen bieden. Een alternatief is dat de marktpartij ten aanzien van het gehele

85 Zie paragraaf 4.7.

86 Zie paragraaf 4.7.

project (inclusief de door de overheid uitgegeven grond) gelijke kansen biedt aan alle potentiële geïnteresseerde ondernemingen. Het is maar de vraag of een dergelijk scenario in de praktijk aantrekkelijk zal zijn voor de marktpartij met de grondpositie. Is dat niet het geval, dan resteert aanpassing van het project, of – indien mogelijk⁸⁷ – de keuze van de marktpartij om mee te dingen naar de uit te geven grond. In die laatste situatie heeft de marktpartij overigens naar verwachting een zeer goede kans om als winnaar uit de bus te komen, omdat zij vanwege haar grondpositie mogelijk een aanzienlijk natuurlijk voordeel heeft ten opzichte van eventuele concurrenten (bijvoorbeeld omdat hij de bouwplaatskosten kan verdelen over de werken op beide gronden).

11.5 ARTIKEL 345 VwEU

Artikel 345 VwEU luidt: “De Verdragen laten de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.” Manunza signaleert dat die bepaling een mogelijke hindernis kan zijn voor regelgeving waarin het bieden van gelijke kansen bij de verkoop van overheidseigendommen wordt verplicht.⁸⁸ Als dat zo zou zijn, dan brengt dat mee dat de hierboven beschreven verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte botst met artikel 345 VwEU. In geval van een dergelijke botsing, zou artikel 345 VwEU uiteraard kunnen wijken voor het verwezenlijken van het vrij verkeer door het bieden van gelijke kansen, hetgeen Manunza ook als mogelijke oplossing voorstelt. Zo ver behoeft het evenwel niet te komen. Er zijn immers overtuigende argumenten op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat artikel 345 VwEU niet in de weg staat aan het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte.

Ten eerste moet met Manunza worden geconstateerd dat dit artikel (kennelijk) niet in de weg staat aan de bestaande aanbestedingswetgeving en in de jurisprudentie ontwikkelde transparantieverplichting met betrekking tot het *verwerven* van eigendom door de overheid, door opdrachtverstrekking.⁸⁹ Het zou dan verbazen dat deze bepaling wel in de weg zou staan aan verplichtingen met betrekking tot het *vervreemden* van eigendom door de overheid. Ten tweede moet worden aangenomen dat artikel 345 VwEU (slechts) ziet op de neutraliteit van het Europese recht ten aanzien van de keuze op nationaal niveau voor publiek of privaat eigendom. De Commissie heeft dat bijvoorbeeld benadrukt in haar interpretatieve mededeling over concessies uit 2000⁹⁰ voor wat betreft het publieke of private eigendom

87 Om praktische redenen kan het onmogelijk zijn om een project te laten uitvoeren door twee verschillende partijen op basis van hun grondeigendom. Te denken valt aan een gebouw dat op grond van beiden is voorzien, maar technisch zodanig is verweven dat gescheiden realisatie – en daarmee gescheiden gronduitgifte – praktisch onmogelijk is.

88 Manunza 2010.

89 Manunza 2010.

90 Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessie-overeenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, *PbEG* 2000, C 121/2.

van ondernemingen, en ook in de literatuur is dat standpunt ingenomen.⁹¹ Ten derde heeft het Hof expliciet gesteld dat artikel 345 VwEU “niet tot gevolg [heeft] dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen”.⁹² Hieruit volgt dat met een beroep op artikel 345 VwEU niet kan worden verhinderd dat de vrij-verkeerbepalingen hun toepassing vinden bij Europese zuivere gronduitgifte en vereisen dat de overheid gelijke kansen biedt.

11.6 LITERATUUR

In aanvulling op het hierboven geanalyseerde positieve recht is in de literatuur door de jaren heen verdere ondersteuning te vinden van de vaststelling dat de overheid verplicht is bij Europese zuivere gronduitgifte gelijke kansen te bieden.

Zo zien D’Hooghe en Vandendriessche – en later ook Van Garsse – niet in waarom de principes uit de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessies niet evenzeer zouden spelen bij andere vormen van contractueel overheids-optreden.⁹³ Deze principes zijn volgens hen immers van toepassing op iedere overheidshandeling waarbij voorwaarden voor economische activiteiten worden vastgelegd. De auteurs lijken met deze ‘principes’ ook – of wellicht zelfs met name – te doelen op de verplichting om gelijke kansen te bieden voor concessieovereenkomsten voor diensten, zoals die volgt uit de betreffende mededeling. Prechal en De Leeuw wijzen erop dat het transparantiebeginsel, dat volgens hen onder meer de transparantieplichting bij opdrachtverstrekking inhoudt, nauw is verbonden met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.⁹⁴ Aangezien deze laatste twee beginselen ten grondslag liggen aan de fundamentele vrijheden uit het Verdrag, is het volgens hen “*not difficult to imagine that equal treatment may serve as a vehicle for extending the scope of transparency requirements to other areas, beyond public procurement and concession contracts*”. Kort daarna bevestigt Prechal dat het transparantiebeginsel “geëxtrapoleerd [lijkt] te kunnen worden naar alle situaties waarin gelijke behandeling in het geding is en naar alle verdragsvrijheden”.⁹⁵

Ten aanzien van gronduitgifte en daarmee sterk verwante zaken is de literatuurschaars. Jansen en Manunza vermoeden dat men in diverse lidstaten, waaronder Nederland, zo in beslag genomen was door de aanbestedingsrichtlijnen, dat uit het oog is verloren dat bijvoorbeeld grondverkoop door de overheid nog altijd

91 Mulder 2003.

92 HvJ EG 4 juni 2002, zaak C-483/99 (*Commissie/Frankrijk*), r.o. 44. Zie ook HvJ EG 6 november 1984, zaak 182/83 (*Fearon*), r.o. 5-7, HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*), r.o. 22 en HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-503/04 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 37.

93 D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 128 en Van Garsse 2007, p. 328-329.

94 Prechal & De Leeuw 2008. De auteurs stelden zich ook op dit standpunt in Prechal & De Leeuw 2007.

95 Prechal 2008.

aan de algemene regels van de interne markt is onderworpen.⁹⁶ In het bijzonder noemen zij de fundamentele vrijheden uit het Verdrag, waaronder het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Wauters en Ghysels zijn van mening dat de door het Hof ontwikkelde transparantieplichting bij opdrachtverstrekking ook geldt in een situatie zoals die aan de orde was in *Steinhauser*, oftewel een transparantieplichting “in een situatie van zuivere verhuur van een lokaal door de overheid”.⁹⁷ Volgens hen kan in die mate “terecht gezegd worden dat de transparantieplicht een algemene draagwijdte heeft wat betreft de gunning van overheidsovereenkomsten”.⁹⁸ Verder is in de Nederlandse literatuur recentelijk een aantal keer voorzichtig gepleit voor het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte.⁹⁹

Uit deze literatuur blijkt dat vele auteurs in feite bevestigen dat de vrij-verkeerbepalingen (en de daaraan ten grondslag liggende beginselen van gelijke behandeling en transparantie) van toepassing zijn op zuivere gronduitgifte door de overheid, mits een Europese dimensie aanwezig is. Ook bevat bovenstaande literatuur enkele aanwijzingen voor de daaruit voortvloeiende verplichting om gelijke kansen te bieden bij Europese zuivere gronduitgifte.

11.7 CONCLUSIE

De vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU eisen dat de overheid gelijke kansen biedt zodra zij aan een marktpartij een opdracht wil verstrekken of een schaars recht wil verlenen om een bepaalde economische activiteit te verrichten. De overheid dient dan potentiële wederpartijen c.q. begunstigden uit andere lidstaten namelijk materieel gelijk te behandelen

96 Jansen & Manunza 2006.

97 Wauters & Ghysels 2008.

98 Anders: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 173. Zij menen dat er geen reden is om de lijn van de jurisprudentie met betrekking tot de transparantieplichting bij opdrachtverstrekking “door te trekken naar transacties en rechtshandelingen die een wezenlijk ander karakter hebben dan een opdracht. De huidige stand van de rechtspraak dwingt in ieder geval niet tot die conclusie”.

99 Zie Fokkema & Hijmans 2008, waarin de auteurs stellen dat men zou kunnen verdedigen dat gemeenten bij gronduitgifte het transparantiebeginsel dienen toe te passen, zoals dat door het Hof is gedefinieerd. Zie verder de voorzichtige vergelijking tussen de situatie in *Betfair* en gronduitgifte die Hoek maakt in ‘Lottoarrest biedt kansen concurrentie bij gronduitgifte’, Vastgoedmarkt nieuwsbrief 9 juni 2010. Tot slot wordt verwezen naar Van Tilborg 2012, waarin Van Tilborg meent dat een gemeente bij gronduitgifte met een grensoverschrijdend belang zou moeten waarborgen dat ook potentieel geïnteresseerde buitenlandse ondernemingen mee kunnen dingen naar de uit te geven kavels. Ter onderbouwing volstaat hij met de vaststelling dat de gedachte achter het transparantiebeginsel volgens hem is dat elk risico van favoritisme en willekeur door de overheid wordt uitgebannen en dat hij niet inziet waarom dat wel zou gelden voor gemeentelijke opdrachtverstrekking maar niet voor gronduitgifte door diezelfde gemeente.

met hun concurrenten in de lidstaat van de overheid. Voorwaarde voor toepasbaarheid van beide Verdragsbepalingen en daarmee voor deze verplichting tot het bieden van gelijke kansen is evenwel dat er een Europese dimensie is, oftewel een duidelijk grensoverschrijdend belang. Daarnaast is vereist dat er ten minste één potentiële wederpartij uit een andere lidstaat betrokken is of wil zijn bij een economische activiteit die in relatie staat tot de gronduitgifte; dit zal in de praktijk evenwel nagenoeg altijd het geval zijn.

Deze noodzaak tot het bieden van gelijke kansen om zo te voldoen aan de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, doet zich evenzeer voor bij Europese zuivere gronduitgifte. Artikelen 49 en 56 VwEU zijn daarop onverkort van toepassing en verbieden indirecte discriminatie van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten en andere beperkingen van het vrij verkeer door de overheid bij dergelijke gronduitgifte. Indien een overheid een voorafgaande openbare bekendmaking bij Europese zuivere gronduitgifte achterwege laat – en daarmee indirect discrimineert – zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, handelt deze overheid in strijd met artikelen 49 en 56 VwEU. Ook bij Europese zuivere gronduitgifte geldt derhalve dat de overheid een transparantieplichting heeft die noopt tot een voorafgaande openbare bekendmaking. Als een overheid eenmaal openbaar bekend heeft gemaakt dat zij voornemens is grond uit te geven en potentiële wederpartijen hun interesse daarvoor kenbaar kunnen maken, dient deze overheid een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek te hanteren om te waarborgen dat potentiële wederpartijen uit andere lidstaten niet alsnog worden beperkt in de uitoefening van hun fundamentele vrijheden.

Het VwEU, in het bijzonder artikelen 49 en 56, verplicht aldus tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte door de overheid. Artikel 345 VwEU staat daar niet aan in de weg. Niettemin bestaan op deze verplichting in theorie wel uitzonderingen. Naar alle waarschijnlijkheid doen de Verdragsuitzonderingen zich echter niet voor bij gronduitgifte en is het uiterst onwaarschijnlijk dat het niet bieden van gelijke kansen kan worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang.

Strikt genomen strekt het VwEU enkel tot waarborg van de gelijke kansen van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten. Het verhindert niet dat nationale potentiële wederpartijen worden benadeeld ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten (oftewel: omgekeerde discriminatie). Dit geldt zowel voor de toegankelijkheid van de bekendmaking als de behandeling in het kader van de toewijzingssystematiek. Vanwege het nationale gelijkheidsbeginsel (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) moet de overheid deelnemende potentiële wederpartijen uit Nederland echter gelijk behandelen met die uit andere lidstaten en is zij derhalve verplicht gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.

Gelet op het voorgaande, staat niets de Nederlandse en Europese rechter in de weg om bij Europese zuivere gronduitgifte door een overheid deze verplichting tot het

bieden van gelijke kansen expliciet te erkennen en zou het slechts een kwestie van tijd moeten zijn totdat die erkenning volgt.

Daarnaast zou het de rechtszekerheid zeer ten goede komen als deze verplichting in wetgeving wordt vastgelegd en nader uitgewerkt. In dat kader kan de vergelijking worden gemaakt met concessieovereenkomsten voor diensten. Hoewel deze buiten de reikwijdte van de aanbestedingswetgeving vallen, is sinds het *Telaustria*-arrest uit 2000 duidelijk dat de overheid ook daarvoor gelijke kansen moet bieden. Dit heeft uiteindelijk geleid tot het huidige voorstel voor de Concessierichtlijn, die ook van toepassing is op dergelijke dienstenconcessies. Het zou evenwel jammer zijn als de Commissie wederom ruim tien jaar wacht met een wetgevingsvoorstel, ditmaal voor Europese zuivere gronduitgifte. Gezien de Europese dimensie daarvan, heeft het namelijk de voorkeur om de gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte op Europees niveau te codificeren. In dergelijke secundaire wetgeving kan bovendien het momenteel bestaande risico op omgekeerde discriminatie worden uitgesloten door te bepalen dat de overheid gelijke kansen dient te bieden aan alle potentiële wederpartijen binnen de Unie; de aanvulling vanuit het nationale gelijkheidsbeginsel is dan niet langer nodig. Zo lang een dergelijk wetgevingsvoorstel echter uitblijft, verdient het aanbeveling dat de Nederlandse wetgever tot actie overgaat en nationale wetgeving opstelt waarin deze verplichting wordt opgenomen.

Hoofdstuk 12

Nationale gronduitgifte

In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat op grond van artikelen 49 en 56 VwEU bij Europese gronduitgifte een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat, ook als de gronduitgifte geen opdrachtverstrekking inhoudt. Ontbreekt een Europese dimensie echter, dan geldt deze verplichting niet. Eerder bleek reeds dat voor nationale gronduitgifte geen *expliciete* verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat, zowel als de gronduitgifte nationale opdrachtverstrekking inhoudt als wanneer het nationale zuivere gronduitgifte betreft.¹ Op grond van het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel zou de overheid echter ook bij nationale gronduitgifte gelijke kansen moeten bieden.² In dit hoofdstuk wordt daarom aan de hand van nationale jurisprudentie betoogd dat het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel kunnen worden gewaarborgd door toepassing van de Nederlandse algemene beginselen van behoorlijk bestuur ('*abbb*'), in het bijzonder het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel. Met andere woorden, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zouden moeten worden ingevuld conform het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, zodat zij een *impliciete* verplichting tot het bieden van gelijke kansen bevatten. De Nederlandse rechter kan die verplichting dan erkennen zonder dat daarvoor een wetswijziging is vereist. Ook kan deze impliciete verplichting in dat geval aanleiding zijn voor de wetgever om het bieden van gelijke kansen bij wet (en dus expliciet) te verplichten.

In dat kader wordt ingegaan op de verplichting op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om bij nationale gronduitgifte een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek te hanteren (paragraaf 12.1). Vervolgens komt aan de orde wie daaraan mogen deelnemen. Daarbij wordt eerst aandacht besteed aan de gelijke kansen voor bij de overheid reeds bekende potentiële wederpartijen (paragraaf 12.2), waarna in paragraaf 12.3 wordt onderzocht of ook overige potentiële wederpartijen gelijke kansen moeten krijgen, door middel van een voorafgaande openbare bekendmaking. Dit leidt tot een tussenconclusie (paragraaf 12.4), gevolgd door de uitzonderingen op het verplicht bieden van gelijke kansen (paragraaf 12.5). Tot slot wordt een aantal overige argumenten met betrekking tot die verplichting besproken (paragraaf 12.6) en worden de conclusies uit het voorgaande getrokken (paragraaf 12.7).

1 Zie hoofdstuk 9 resp. paragraaf 2.2.

2 Zie paragraaf 1.2.1.

In dit hoofdstuk wordt enkel ingegaan op nationale gronduitgifte (dat wil zeggen: gronduitgifte zonder Europese dimensie). Dit laat onverlet dat een (eventuele) verplichting op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur om gelijke kansen te bieden ook van toepassing is als er wel een Europese dimensie bestaat. Zoals hierna zal blijken, bieden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur echter minder waarborgen voor de gelijke kansen dan het VwEU en de aanbestedingswetgeving dat doen (voor Europese gronduitgifte). Zodra dus sprake is van een Europese dimensie, is het zinvol om enkel naar het ‘strengste’ regime te kijken (dat wil zeggen: de aanbestedingswetgeving of het VwEU) en niet naar de hierna te bespreken algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hun toepassing is dan ook met name relevant als de Europese dimensie ontbreekt.

12.1 TOEWIJZINGSSYSTEMATIEK

Willen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verplichten tot het hantieren van een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek, dan is ten eerste vereist dat die beginselen van toepassing zijn bij nationale gronduitgifte door de overheid. In paragraaf 12.1.1 wordt deze toepasselijkheid onderzocht, om vervolgens in te gaan op gevolgen daarvan voor de toewijzings-systematiek (paragraaf 12.1.2).

12.1.1 Toepasselijkheid algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In het *Amsterdam/Ikon*-arrest overwoog de Hoge Raad het volgende:³

“Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen – in acht te nemen.”

Volgens de regering erkende de Hoge Raad hiermee dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook voluit als toetsingscriterium voor privaatrechtelijke rechtshandelingen gelden.⁴ In lijn hiermee is in de Awb een aantal algemene beginselen van bestuur gecodificeerd en van overeenkomstige toepassing verklaard op privaatrechtelijk overheidshandelen (dat wil zeggen op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten).⁵ Bij de totstandkoming van die bepaling (destijds artikel 3.1.1, tweede lid) zei de regering daarover:⁶

“Artikel 3.1.1, tweede lid, gaat niet verder dan in de rechtspraak thans algemeen reeds wordt aanvaard. Op dit punt is sprake van een snelle ontwikkeling, die in het algemeen steeds meer steun ondervindt. Kennelijk valt wel te werken met

3 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*), r.o. 3.3.

4 P-G Awb I, p. 85-87, beschikbaar via <<http://www.pgawb.nl>> (laatst geraadpleegd op 17 september 2012).

5 Art. 3:1 lid 2 Awb.

6 P-G Awb I, p. 187-199.

een systeem waarin van de overheid verwacht wordt dat zij steeds de beginselen van behoorlijk bestuur in acht neemt. En zo hoort het ook te zijn. De overheid neemt in het maatschappelijk leven een bijzondere plaats in. Veelal komen aan bestuursorganen op grond van het geschreven bestuursrecht bevoegdheden toe die aan andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer niet toekomen. Daar kan en mag ook tegenover staan, dat de overheid aan meer of strengere normen is gebonden dan particulieren.”

Anderzijds was de regering van mening dat toepassing van de beginselen mogelijk niet aan de orde is als de overheid handelt in een situatie waarbij het kader wordt bepaald door een veelheid van privaatrechtelijke (rechts)personen en de overheid slechts een van de marktpartijen is. Om ruimte te bieden voor een dergelijke genuanceerde toepassing is in de Awb bepaald dat de beginselen van toepassing zijn op privaatrechtelijk overheidshandelen “voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet”.⁷ Bij de hier besproken gronduitgifte gaat het echter niet om overeenkomsten zoals marktpartijen die ook onderling met elkaar sluiten, maar betreft het overeenkomsten die met het oog op het verwezenlijken van een concrete beleidsdoelstelling worden gesloten.⁸ Dit brengt mee dat de overheid bij gronduitgifte een bijzondere positie inneemt en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur derhalve van toepassing zijn.

De (doorgaans) bijzondere positie van de overheid vergeleken met private partijen komt ook tot uitdrukking in artikel 3:14 BW, dat als volgt luidt:

“Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.”

Als gevolg hiervan zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing bij privaatrechtelijke overheidshandelingen. Dit is niet beperkt tot de inhoud en uitvoering van (bijvoorbeeld) overheidsovereenkomsten, maar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zien ook op de totstandkoming van overeenkomsten die de overheid sluit.⁹ Een goed voorbeeld hiervan is het arrest *Zeeland/Hoondert* van de Hoge Raad.¹⁰ Dat arrest ging over een nationale openbare aanbestedingsprocedure voor werken aan provinciale wegen. Het hof had daarbij het handelen van de aanbestedende provincie getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad sloot zich daarbij als volgt aan:

“Onderdeel I richt zich tegen r.o. 1 van het hof en betoogt dat voor rechtstreekse toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beginsel geen plaats is buiten door de goede trouw beheerste (rechts-)verhoudingen. Dit betoog faalt. Zoals reeds besloten ligt in [het *Amsterdam/Ikon*-arrest] (...) en ook tot

7 Art. 3:1 lid 2 Awb.

8 Zo ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 867 en 870-871.

9 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 877.

10 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*).

uitdrukking is gebracht in art. 3:14 BW mag de overheid bevoegdheden die haar naar burgerlijk recht toekomen – zoals hier de bevoegdheid tot aanbesteding en gunning van een werk – niet uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht. Dit brengt mede dat de rechter deze bevoegdheidsuitoefening, onverschillig of er al dan niet sprake is van een door de goede trouw beheerste rechtsverhouding – waarvan hier trouwens wel sprake is –, dient te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ongeacht of deze geschreven of ongeschreven recht opleveren. Voor zover het onderdeel betoogt dat er slechts plaats is voor een ‘marginale toetsing’, waarmee het onderdeel klaarblijkelijk op het oog heeft een meer beperkte toetsing zoals aan de orde zou kunnen zijn bij een de overheid meer ruimte latende redelijkheidsmaatstaf, vindt het evenmin steun in het recht.”

Gelet op het voorgaande, brengt de bijzondere positie van de overheid mee dat als zij een gronduitgifteovereenkomst wil sluiten met een marktpartij, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – waaronder het gelijkheidsbeginsel – van toepassing zijn op de totstandkoming van die overeenkomst.¹¹

12.1.2 Consequenties abbb voor toewijzingssystematiek

De toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij gronduitgifte heeft gevolgen voor de daarbij gehanteerde toewijzingssystematiek (paragraaf 12.1.2.1), hetgeen aansluit bij de jurisprudentie over de gevolgen van de keuze voor een (niet-enkelvoudige) aanbesteding (paragraaf 12.1.2.2). Dit leidt tot de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook voorschrijven welk type toewijzingssystematiek moet worden gekozen (paragraaf 12.1.2.3).

12.1.2.1 Toewijzingssystematiek bij gronduitgifte

Volgens de regering brengen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mee dat “de keuze van een bestuursorgaan voor één bepaalde contractpartner uit vele concurrenten steeds na een zorgvuldige belangenafweging tot stand [moet] komen. Irrelevante belangen mogen de voorkeur niet bepalen.”¹² Het gerechtshof Den Bosch heeft voor eenzelfde benadering gekozen ten aanzien van de toewijzingssystematiek bij gronduitgifte. Het hof oordeelde in 1997 in kort geding over de uitgifte van bouwkavels door de gemeente Prinsenbeek ten behoeve van woningen in het plan ‘de Neel’, waarbij de gemeente haar wederpartijen selecteerde

11 Zo ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 911. Zij wijzen daarbij erop dat men niet uit het oog mag verliezen dat ten aanzien van haar eigendomsbevoegdheden, de overheid uiteindelijk altijd optreedt als overheid, ook als zij gebruikmaakt van haar ‘gewone’ vermogensrechtelijke positie.

12 P-G Awb I, p. 187-199. Overigens voegde de regering hieraan toe dat slechts plaats is voor een marginale toetsing, oftewel dat “alleen bij een duidelijk onjuiste belangenafweging de keuze voor een contractpartner als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd”.

op basis van een puntensysteem.¹³ Stoffelen was geïnteresseerd in de grond, maar voelde zich benadeeld door het puntensysteem, omdat daarbij extra punten werden toegekend aan ingezetenen en economisch aan Prinsenbeek gebonden, hetgeen Stoffelen niet was. In hoger beroep voerde hij daarom onder meer aan dat op grond van het gelijkheidsbeginsel de selectie zonder aanzien des persoons diende plaats te vinden, oftewel zonder het voor hem nadelige puntensysteem. Het hof ging daar niet in mee en overwoog als volgt:

“Het hof stelt voorop dat, nu de vraag naar kavels in dit plan het aanbod aanzienlijk overtreft, enige vorm van selectie onontkoombaar is. De gebondenheid van de gemeente aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengt met zich dat de gemeente bij de selectie zakelijke criteria hanteert: dus geen willekeur bij de keuze van kopers.”

Naar het voorlopig oordeel van het hof bevatte het door de gemeente gehanteerde puntensysteem voldoende “zakelijke en toetsbare criteria, die de redelijkheids-toets kunnen doorstaan”.

Bijna tien jaar later bleek het standpunt van het hof ongewijzigd. In een kort geding over de uitgifte van bouw kavels voor starterswoningen in Son en Breugel wordt bezwaar gemaakt tegen de voorrang die de gemeente daarbij geeft aan starters die in de gemeente Son en Breugel werken maar momenteel meer dan tien kilometer van hun werk wonen.¹⁴ Het hof overweegt als volgt:

“Het gaat naar ‘s hofs voorlopig oordeel in dit geding uitsluitend om de uitoefening van de privaatrechtelijke bevoegdheid van de gemeente om als eigenares van de onbebouwde grond een keuze te maken uit de aangemelde aspirant-kopers. Hierbij mag de gemeente ingevolge art. 3:14 BW deze bevoegdheid die haar krachtens het burgerlijk recht toekomt echter niet uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.

De gemeente heeft onbetwist gesteld dat binnen haar grondgebied een groot tekort is aan woningen voor starters. Het hof stelt voorop dat, nu voorts onbetwist is dat de vraag naar kavels in dit plan (68 inschrijvingen voor de starterswoningen) het aanbod (6 kavels) aanzienlijk overtreft, enige vorm van selectie onontkoombaar is. De gebondenheid van de gemeente aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengt mede dat de gemeente bij die selectie zakelijke criteria hanteert: dus geen willekeur bij de keuze van diegenen met wie de gemeente uiteindelijk een koopovereenkomst zal sluiten.”

Net als in 1997, is het hof aldus van oordeel dat vanwege de schaarste enige vorm van selectie onontkoombaar is en dat die selectie – op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – moet plaatsvinden op basis van zakelijke criteria, zodat willekeur wordt vermeden. De gehanteerde voorkeur voor starters die

13 Hof Den Bosch 24 februari 1997, KG 1997, 133 (*Stoffelen/Prinsenbeek*). Dit is het hoger beroep van V.zr. Rb. Breda 19 september 1996, KG 1996, 335.

14 Hof Den Bosch 7 februari 2006, L.JN AW2547 (*Starterswoningen Son en Breugel*).

meer dan tien kilometer van hun werk in Son en Breugel wonen, was in de ogen van het hof een toelaatbaar selectiecriterium.

Deze lijn is later bevestigd door de voorzieningenrechter te Zwolle.¹⁵ Deze zaak betrof een kort geding over de uitgifte door de gemeente Dalfsen van bouw kavels op een bedrijventerrein die bestemd waren voor wonen en werken. In dat kader overwoog de voorzieningenrechter als volgt:

“Een gemeente heeft als eigenaar van de grond in kwestie in beginsel de vrijheid deze naar eigen inzicht uit te geven, welke vrijheid evenwel begrensd wordt door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het verbod van willekeur. Het criterium dient te zijn dat de gemeente bij de selectie zakelijke criteria hanteert, dus geen willekeur bij de keuze van kopers toepast. Slechts bij een duidelijk onjuiste selectie kan de keuze voor een contractspartner als onrechtmatig worden gekwalificeerd.”

Uit bovenstaande jurisprudentie blijkt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat zodra bij gronduitgifte door een overheid sprake is van schaarste, de overheid in kwestie voor de selectie van haar wederpartij gebruikmaakt van zakelijke criteria, oftewel objectieve, toetsbare en redelijke criteria. De vereiste toetsbaarheid van de te hanteren criteria brengt mee dat de criteria kenbaar moeten zijn voor de betreffende potentiële wederpartijen. Bovendien blijkt uit deze jurisprudentie dat willekeur moet worden voorkomen, hetgeen meebrengt dat de zakelijke criteria voor iedere deelnemer gelijk moeten worden toegepast; de toewijzingssystematiek moet voor hen dus ook non-discriminatoir zijn. Gelet hierop, moet de overheid bij de uitgifte van schaarse grond een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek hanteren, oftewel zich houden aan de tweede stap van het bieden van gelijke kansen.

Deze conclusie toont aan dat de rechter de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo invult dat daarmee in ieder geval toepassing kan worden gegeven aan het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel zoals dat in paragraaf 1.2.1 werd beschreven (kort gezegd: toepassing van regels zonder aanzien des persoons).¹⁶ Het is aannemelijk dat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het gelijkheidsbeginsel de eigenlijke grondslag vormt voor bovenstaande verplichtingen; dat gelijkheidsbeginsel wordt namelijk geacht (ten minste) formele publiekrechtelijke gelijke behandeling te omvatten. Zo wijst Van Wijk erop dat het

15 V.zr. Rb. Zwolle 15 februari 2008, *LJN BC7320 (Gronduitgifte Dalfsen)*.

16 Of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook materiële publiekrechtelijke gelijke behandeling omvatten, zal later in dit hoofdstuk aan de orde komen. Zekerheidshalve wordt hier nog benadrukt dat bovenstaande non-discriminatie dus bestaat uit de gelijke toepassing van de voorwaarden, eisen en criteria van de toewijzingssystematiek op alle potentiële wederpartijen die deelnemen aan de toewijzingssystematiek (zoals beschreven in paragraaf 1.2.2) en niet de gelijke behandeling van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van de nationale potentiële wederpartijen (zoals gewaarborgd door de vrij-verkeerbepalingen uit het VwEU).

gelijkheidsbeginsel als toetsingsmaatstaf voor de rechter vooral negatief uitwerkt: de rechter grijpt in als hij ongerechtvaardigde ongelijke behandeling constateert.¹⁷ Verder sluit deze dimensie van het gelijkheidsbeginsel aan bij de codificatie in artikel 1 van de Grondwet, dat gelijke behandeling in gelijke gevallen voorschrijft en discriminatie verbiedt.¹⁸ Niettemin wordt in geen van de aangehaalde uitspraken expliciet het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aangehaald, maar enkel het verbod op willekeur. Dit is helaas geen nieuw verschijnsel; in eerdere literatuur werd al gewezen op de magere oogst in de jurisprudentie wat betreft het gelijkheidsbeginsel,¹⁹ in samenhang met de ogenschijnlijke voorkeur van de bestuursrechter om naar andere beginselen dan het gelijkheidsbeginsel te verwijzen.²⁰

12.1.2.2 Keuze voor aanbesteding

In lijn met bovenstaande jurisprudentie ligt het arrest in de *Noordwijk*-zaak.²¹ Het hof Den Haag overwoog daarin dat de gemeente Noordwijk ervoor had gekozen om door middel van een meervoudig onderhandse aanbesteding een wederpartij te selecteren aan wie zij grond zou verkopen ten behoeve van de herontwikkeling van het project Rederijersplein. Het hof vervolgde:

“Aangezien de Gemeente heeft gekozen voor de aannemingsvorm, behoort tot het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid, dat de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie worden nageleefd.”

Het hof verduidelijkt niet wat het bedoelt met ‘de aannemingsvorm’, maar het lijkt erop dat het gaat om de keuze van de gemeente voor een meervoudige selectieprocedure op grond waarvan de uiteindelijke wederpartij wordt gekozen. Niet bedoeld is in ieder geval dat het ging om opdrachtverstrekking, aangezien die kwalificatie volgens het hof hier juist irrelevant was.²² Het gebruik van de term ‘aannemingsvorm’ is dan ook (onnodig) verwarrend en berust wellicht op een verschrijving. De overweging dat een dergelijke selectieprocedure voor gronduitgifte moet voldoen aan de beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit

17 Van Wijk 2008, p. 335. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420-421; para. 3.6.5 van de conclusie van A-G Spier bij HR 18 maart 2005, AB 2005, 408, m.nt. G.A. van der Veen en F.J. van Ommeren (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*).

18 Zie over art. 1 Gw en het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 421-423.

19 Hellingman & Mortelmans 1989, p. 308. Zij vragen zich daarbij af of de grond onvruchtbaar is dan wel of er te weinig wordt gesproeid.

20 Hessel 1987, p. 472-473; Hellingman & Mortelmans 1989, p. 308. Zie ook – zij het in mindere mate – Schlössels en Zijlstra, die erop wijzen dat door alle aandacht voor de rechtvaardiging van ongelijke behandeling, de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in de praktijk nogal eens uitloopt op die aan een draagkrachtige motivering; zie Schlössels & Zijlstra 2010, p. 424.

21 Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN* BO2080 (*Noordwijk*).

22 Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN* BO2080 (*Noordwijk*), r.o. 6-7.

en transparantie sluit goed aan bij de vereiste ‘zakelijke criteria’ uit bovenstaande eerdere jurisprudentie. Bovendien illustreert deze overweging dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zo worden ingevuld dat deze dezelfde eisen stellen aan de toewijzingssystematiek als de beginselen van gelijke behandeling en transparantie zoals die gelden voor opdrachtverstrekking onder het regime van de Aanbestedingsrichtlijn.²³

Deze strekking van het arrest *Noordwijk* wordt bevestigd door de rechtbank Zutphen.²⁴ Die oordeelde over de verstrekking van een onderdrempelige opdracht voor de ontwikkeling van een zogenoemde KLIC-viewer door het Kadaster. Het Kadaster had daarbij gekozen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding. In dat kader oordeelt de rechtbank als volgt:

“Nu het Kadaster er toch voor heeft gekozen de werkzaamheden aan te besteden, diende hij zich daarbij te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent onder meer dat het Kadaster gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen.”

Uit het voorgaande volgt dat als de overheid een toewijzingssystematiek hanteert waarbij het een vergelijking maakt tussen meerdere potentiële wederpartijen, zij daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te nemen. Die brengen in dat geval mee dat de toewijzingssystematiek objectief, transparant en non-discriminatoir moet zijn; zoals in de vorige paragraaf al werd aangegeven, sluit de jurisprudentie met deze invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan bij het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Dit staat overigens los van de vraag of de overheid verplicht is voor een dergelijke vergelijkende toewijzingssystematiek te kiezen, of dat slechts vrijwillig doet; op die vraag wordt later in dit hoofdstuk ingegaan.

23 Zie paragraaf 3.1.7. Zie in dat verband ook de MvT bij het concept wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet dat in 2009 ter consultatie werd voorgelegd, waarin is opgenomen: “De beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb zijn dus ook van toepassing op aanbestedende diensten voor zover zij bestuursorganen zijn. Deze beginselen vertonen grote overlap met de beginselen van aanbestedingsrecht.”; zie over dit concept wetsvoorstel verder paragraaf 3.2.5. Zie verder Van Boom 1999: “Het ligt in elk geval wel voor de hand om in zuiver nationaalrechtelijk genormeerde aanbestedingskwesities eenzelfde invulling en toepassing te geven aan beginselen en begrippen die door de Raad ook in Europeesrechtelijk genormeerde aanbestedingen worden gehanteerd.”

24 Rb. Zutphen 4 mei 2011, *LJN* BV0451 (*Kadaster/HLA*), r.o. 5.19. Bevestigd in het eindvonnis van 28 december 2011, *LJN* BU9991. In dit verband wordt ook gewezen op V.zr. Rb. Den Bosch 10 september 2012, *LJN* BX7223 (*PB/Cuijk*), r.o. 4.6 waaruit kan worden afgeleid dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij een ‘onderhandse meervoudige offerteprocedure’ vereisen dat de deelnemers daaraan gelijke kansen krijgen en niet worden benadeeld ten opzichte van elkaar.

Precontractuele goede trouw

In eerdere jurisprudentie werd als grondslag voor dergelijke eisen aan de gehanteerde toewijzingssystematiek nog gekozen voor de (privaatrechtelijke) precontractuele goede trouw. Aanleiding daarvoor was het arrest *RZG/ComforMed* van de Hoge Raad.²⁵ De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat RZG, een ziekenfonds, niet gebonden was aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat het geen bestuursorgaan was.²⁶ Niettemin bracht de keuze voor een aanbestedingsprocedure door RZG mee “dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen”. Het gelijkheidsbeginsel verplicht ook tot transparantie, aldus de Hoge Raad:

“Het waarborgen van gelijke kansen voor de verschillende aanbieders omvat immers ook het aan hen verschaffen van gegevens die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbieding te kunnen doen.”

Hoewel dit arrest dus geen betrekking had op een overheid, pasten lagere rechters dit wel toe op overheidsaanbestedingen.²⁷ In latere jurisprudentie is een combinatie van de precontractuele goede trouw en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te vinden.²⁸ Meest recentelijk lijkt de precontractuele goede trouw als grondslag voor verplichtingen bij overheidsaanbestedingen dan toch definitief te hebben plaatsgemaakt voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁹ Deze beginselen komen ook voor als de meest juiste grondslag, aangezien deze zijn toegesneden op de overheid en recht doen aan de bijzondere positie die de overheid inneemt vergeleken met private partijen.³⁰ Dit laat uiteraard onverlet dat *RZG/ComforMed* nog steeds relevant is voor aanbestedingen door niet-overheden en waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur dus niet van toepassing zijn; dergelijke ‘private aanbestedingen’ vallen evenwel buiten de kaders van dit onderzoek.

25 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*RZG/ComforMed*).

26 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*RZG/ComforMed*), r.o. 3.4.2-3.4.3.

27 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Den Haag 8 mei 2009, *LJN* BI3344 (*Stoop/Hitlandbos*), r.o. 3.3.

28 V.zr. Rb. Arnhem 19 november 2010, *LJN* BO5264 (*WHR/Overbetuwe*), r.o. 4.4.

29 Zie de hierboven besproken jurisprudentie. Anders: V.zr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, *LJN* BW6294 (*Quarosand/Aalten*), r.o. 4.2 waarin de voorzieningenrechter verwijst naar zowel de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

30 Zie paragraaf 12.1.1 hierboven. Zie over het (eventuele) inhoudelijke verschil tussen beide grondslagen: Van Rossum 2005 en de daar aangehaalde literatuur.

12.1.2.3 Type toewijzingssystematiek

Voor welk type toewijzingssystematiek een overheid mag of zelfs moet kiezen bij gronduitgifte, is nog niet aan de orde gekomen in de jurisprudentie. Gekozen kan worden voor een aanbestedingsprocedure vergelijkbaar met die uit de aanbestedingswetgeving. Dit heeft als voordeel dat kan worden aangesloten bij een systematiek die voor alle betrokken partijen reeds bekend is en waarin doorgaans goed kan worden gewaarborgd dat de systematiek objectief, transparant en non-discriminatoire is. In dat kader is ook mogelijk dat de eerste stap van de ‘aanbestedingsprocedure’ bestaat uit een grove selectie van een beperkt aantal partijen uit alle geïnteresseerden, bijvoorbeeld op basis van loting of een roulatiesysteem; in dat laatste geval komen geïnteresseerden op een lijst, waarvan steeds per geval een nieuw groepje partijen ‘aan de beurt’ is en mag meedingen naar de grond.³¹

Anderzijds is ook denkbaar dat als systematiek wordt gekozen voor ‘wie het eerst komt, het eerst maalt’. In het kader van de verlening van schaarse ontheffingen heeft het CBb geoordeeld dat een dergelijke systematiek niet in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder de beginselen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid.³² Dit laat overigens onverlet dat een dergelijke methode tot praktische bezwaren kan leiden, met name met betrekking tot het moment vanaf wanneer een aanvraag mag worden gedaan³³ en de rijen die daaraan voorafgaand kunnen ontstaan – eventueel zelfs inclusief caravans.³⁴ Als alternatief is volgens het CBb – bij schaarse ontheffingen althans – ook loting mogelijk, mits het gaat om “overigens vergelijkbare gevallen”.³⁵

Het zal uiteindelijk aan de betreffende overheid zijn om een keuze te maken voor een toewijzingssystematiek in een concreet geval. In dat kader is in de literatuur ervoor gepleit dat de overheid verplicht is te kiezen voor de meest geschikte systematiek, gelet op het doel van de verlening van het recht c.q. de uitgifte van de

31 Dit wordt ook wel ‘belangstellingenregistratie’ genoemd en kan behalve als openbare aanbestedingsprocedure met een extra voorafgaande selectie ook worden gezien als meervoudig onderhandse procedure waaraan een voorafgaande bekendmaking en selectie is toegevoegd. Zie over dit type toewijzingssystematiek verder Telgen 2011a en de daaropvolgende discussie tijdens diezelfde vergadering. Zie verder paragraaf 9.3 hierboven waarin blijkt dat (het voorstel voor) de Aanbestedingswet wel een dergelijk systeem lijkt te beogen, maar daarvoor onvoldoende waarborgen biedt.

32 V.zr. CBb 31 maart 2010, *LJN* BL9683 (*Dirk van den Broek/Deventer*), r.o. 6.5.2; CBb 21 april 2011, *LJN* BQ3751 (*EM-TÉ/Uden*), r.o. 4.6 en CBb 15 mei 2012, *LJN* BW6630 (*Zondagavondwinkel Wassenaar*), r.o. 2.5.

33 Zie in dat kader W.P. Adriaanse, annotatie bij: CBb 15 mei 2012, *LJN* BW6630, Gst. 2012/96 (*Zondagavondwinkel Wassenaar*).

34 Dit laatste deed zich voor bij een gronduitgifte in Slochteren; zie V.zr. Rb. Groningen 24 februari 2005, *LJN* AS7564 (*Gronduitgifte Slochteren*).

35 CBb 12 maart 2012, *LJN* BW0420 (*Zondagavondwinkel Heiloo*), r.o. 2.7. Deze voorwaarde komt niet terug in CBb 24 augustus 2012, *LJN* BX6540 (*Zondagavondwinkel Castricum*), r.o. 2.5, waar het CBb stelt dat het de methode van loting op zichzelf aanvaardbaar acht.

grond.³⁶ Zo zou een loting enkel zijn toegestaan indien het onmogelijk is om op basis van relevante criteria een onderscheid tussen de verschillende gegadigden te maken.³⁷ De keuze voor het type toewijzingssystematiek is echter niet relevant voor de beantwoording van de onderzoeksvraag zoals die in hoofdstuk 1 is geformuleerd, ervan uitgaande dat de toewijzingssystematiek in alle gevallen objectief, transparant en non-discriminatoir is en wordt voorafgegaan door een openbare bekendmaking. De begrenzing door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van de keuzevrijheid voor een bepaald type toewijzingssystematiek blijft hier dan ook verder buiten beschouwing.³⁸

12.1.3 Consequenties Aanbestedingswet voor toewijzingssystematiek

Voor zover nationale gronduitgifte opdrachtverstrekking inhoudt, bleek al eerder dat de overheid op grond van de Aanbestedingswet een ‘bewuste keuze’ (dat wil zeggen gebaseerd op objectieve criteria) moet maken voor het type procedure en deze keuze desgevraagd schriftelijk moet onderbouwen aan een ondernemer.³⁹ Als de overheid (al dan niet verplicht) besluit de opdracht niet een-op-een te verstrekken, is zij bovendien gehouden om bij de voorbereiding en het tot stand brengen van de opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen te stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.⁴⁰ De vereiste proportionaliteit is nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.⁴¹ Daarin zijn voorschriften opgenomen waaraan de aanbestedende dienst moet voldoen, of waarvan hij een afwijking in de aanbestedingsstukken moet motiveren. Aangezien deze nadere eisen niet direct relevant zijn voor het bieden van gelijke kansen zoals geformuleerd in dit onderzoek, wordt dit hier verder buiten beschouwing gelaten.

12.2 GELIJKE KANSEN VOOR BEKENDE EN GESCHIKTE POTENTIËLE WEDERPARTIJEN

Als de overheid bij een gronduitgifte een toewijzingssystematiek hanteert, dient deze objectief, transparant en non-discriminatoir te zijn. In die zin is de overheid verplicht om bij nationale gronduitgifte de tweede stap van het bieden van gelijke kansen in acht te nemen. Deze verplichting als zodanig biedt echter nog geen garantie dat alle potentiële wederpartijen een gelijke kans krijgen, aangezien het nog maar de vraag is wie van hen mag deelnemen aan de toewijzingssystematiek. Zo

36 Spier 1981, p. 101; Nicolai 1990, p. 312, 348-349; Van Ommeren 2004, p. 52-56; Manunza 2010.

37 Van Ommeren 2004, p. 53.

38 De invulling van de toewijzingssystematiek komt hierna nog wel aan de orde, in paragraaf 12.5.2.

39 Zie paragraaf 9.3.

40 Art. 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012.

41 Gids Proportionaliteit, januari 2013, Stcrt. 2013, 3075.

sluit bovenstaande jurisprudentie niet uit dat een overheid die grond wil uitgeven op basis van een aantal zakelijke criteria, een marktpartij selecteert uit een lijstje met marktpartijen waarvan zij denkt dat die geïnteresseerd zullen zijn.⁴² De kans is dan aanzienlijk dat het aantal potentiële (en geïnteresseerde) wederpartijen vele malen groter is dan het aantal dat op het lijstje van die overheid staat. Hetzelfde doet zich voor als de overheid niet één marktpartij selecteert uit het lijstje, maar een aantal daarvan uitnodigt voor een meervoudig onderhandse toewijzingssystematiek.

Uit recente jurisprudentie volgt dat de overheid in ieder geval gelijke kansen moet bieden aan haar reeds bekende potentiële wederpartijen, tenzij deze bij voorbaat ongeschikt zijn. Dit zal in het navolgende worden toegelicht.

12.2.1 Uitnodiging van bekende en geschikte potentiële wederpartijen

De rechtbank Zutphen oordeelde in de eerder genoemde zaak over de meervoudig onderhandse aanbesteding voor een KLIC-viewer, dat de betrokken overheidsinstelling (het Kadaster) op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden was de verschillende potentiële aanbieders gelijk te behandelen.⁴³ Deze verplichting tot gelijke behandeling bracht mee dat het Kadaster ook HLA had moeten uitnodigen voor de aanbesteding – hetgeen het Kadaster niet had gedaan – aangezien het wist dat HLA “actief was op de markt waarop de aanbesteding betrekking zou hebben”. De rechtbank veroordeelde het Kadaster uiteindelijk tot betaling van een schadevergoeding van € 10 miljoen aan HLA.⁴⁴

Eenzelfde redenering is terug te vinden bij het hof Den Haag dat overwoog dat de gemeente Maassluis mogelijk onrechtmatig had gehandeld door Van der Made niet uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse aanbesteding, terwijl de gemeente “van de belangstelling van Van der Made voor het werk op de hoogte was”.⁴⁵ Het niet-uitnodigen was uiteindelijk toch niet onrechtmatig, omdat de gemeente een gegronde gebrek aan zekerheid had (en mocht hebben) over de geschiktheid van Van der Made om het werk uit voeren. Het aanbestede werk had namelijk onderdeel uitgemaakt van een eerdere (en vervolgens ingetrokken) aanbesteding, in welk kader Van der Made reeds diens geschiktheid had moeten aantonen. Op basis van de toen door Van der Made ingediende gegevens, had de gemeente geoordeeld dat Van der Made ongeschikt was, hetgeen het hof sanctioneerde. Overigens geeft het hof in het arrest niet aan op welke grondslag het niet uitnodigen al dan niet onrechtmatig kan zijn. Het lijkt evenwel aannemelijk dat ook hier de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de relevante norm vormen, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel.

42 Vergelijk de mogelijkheid om te kiezen voor het onderhands verlenen van een opdracht op basis van de (voorgestelde) Aanbestedingswet; zie paragraaf 9.3.

43 Rb. Zutphen 4 mei 2011, *LJN* BV0451 (*Kadaster/HLA*), r.o. 5.21.

44 Rb. Zutphen 28 december 2011, *LJN* BU9991 (*Kadaster/HLA*).

45 Hof Den Haag 31 mei 2011, *LJN* BQ7122 (*Van der Made/Maassluis*), r.o. 10.

Uit deze jurisprudentie volgt dat als een overheid besluit een nationale opdracht meervoudig onderhands te verlenen en op de hoogte is van een geschikte potentiële wederpartij, zij verplicht is deze marktpartij daarvoor uit te nodigen. Op grond van de *HLA/Kadaster*-uitspraak lijkt bovendien voor uitnodiging niet vereist dat deze ‘bekende potentiële wederpartij’ haar interesse in de betreffende opdracht kenbaar heeft gemaakt. Blijft een uitnodiging achterwege, dan handelt de overheid in kwestie in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, gaat verder dan de hierboven genoemde formele publiekrechtelijke gelijkheid.⁴⁶ Op grond van die gelijkheid zou de overheid namelijk (slechts) verplicht zijn de regels van de betreffende aanbestedingsprocedure op alle deelnemende marktpartijen gelijk toe te passen. Van enige strijdigheid daarmee was in bovenstaande jurisprudentie geen sprake, aangezien het Kadaster c.q. de gemeente deze regels in het geheel niet hadden behoeven toe te passen op HLA c.q. Van der Made.

Bovenstaande jurisprudentie vormt aldus een belangrijke stap die duidt op een invulling van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur met het *materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel*, in die zin dat de overheid door proactief te handelen bij voorbaat het feitelijke verschil dient recht te trekken dat zij een weliswaar bekende marktpartij niet heeft uitgenodigd voor de aanbesteding maar een aantal anderen wel.⁴⁷ Het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur omvat in dat geval niet alleen formele maar ook materiële gelijke behandeling door de overheid. Een vergelijkbare verplichting tot proactief overheidshandelen omwille van een materiële gelijke behandeling werd eerder in dit onderzoek al vastgesteld bij de Europeesrechtelijke transparantieplichting.⁴⁸ Anders dan in die Europese jurisprudentie, maakt de nationale rechter in bovenstaande uitspraken echter nog niet expliciet de koppeling met het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Het zou de rechtszekerheid dan ook ten goede komen als de rechter in het vervolg wel zou expliciteren dat bij opdrachtverstrekking het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur wordt ingevuld door het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel en de overheid uit dien hoofde verplicht is gelijke kansen te bieden aan bekende potentiële wederpartijen.

Een dergelijke proactieve materiële gelijke behandeling bij privaatrechtelijk overheidshandelen op grond van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van

46 Zie paragraaf 12.1.2.1.

47 Zie over dit gelijkheidsbeginsel verder paragraaf 1.2.1. De invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met een dergelijk materieel beginsel van economisch (publiek)recht, sluit ook aan bij de door Hessel beschreven complementaire verhouding tussen beide typen beginselen; zie Hessel 1987, met name p. 472-473.

48 Zie paragraaf 4.2. Anders dan bij die transparantieplichting is de reikwijdte van de hier besproken verplichting tot uitnodiging evenwel beperkt tot ‘bekende’ potentiële wederpartijen.

behoorlijk bestuur wordt ogenschijnlijk (nog) niet erkend in het bestuursrecht. Nicolai ziet het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur enkel in de zin van een gelijke toepassing van beleidsregels en beoordelingsnormen.⁴⁹ Van Wijk wijst erop dat de bestuursrechter dit beginsel vooral toepast als toetsingsmaatstaf om te bezien of sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling, oftewel (eveneens) enkel ten behoeve van een formele publiekrechtelijke gelijke behandeling.⁵⁰ In lijn daarmee pleiten Schlössels en Zijlstra voor een beperking van dit gelijkheidsbeginsel tot het gelijk behandelen van gelijke gevallen; ongelijke behandeling van ongelijke gevallen, naar de mate van hun ongelijkheid achten zij weliswaar niet onjuist, maar wel minder wenselijk.⁵¹ Meer recentelijk wordt in de bestuursrechtelijke literatuur wel gepleit voor een materiële gelijke behandeling bij de (publiekrechtelijke) verdeling van schaarse publieke rechten.⁵² De bestuursrechtelijke literatuur lijkt echter (nog) geen aandacht te besteden aan de vraag of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook strekken tot materiële gelijke behandeling als de overheid zelf economisch actief wordt op de markt en daarbij overeenkomsten met marktpartijen sluit, bijvoorbeeld om grond uit te geven en/of opdrachten te verstrekken.⁵³ Bovenstaande jurisprudentie van de civiele rechter zal daar wellicht verandering in brengen.

Deze invulling van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur past overigens ook binnen het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, aangezien het alsnog uitnodigen van de betreffende marktpartijen leidt tot gelijke concurrentiekansen van de bij de overheid bekende potentiële wederpartijen. Dat neemt echter niet weg dat de rechter – in ieder geval in *HLA/Kadaster* – heeft gekozen voor een benadering vanuit de gelijke behandeling van verschillende potentiële wederpartijen door de overheid (conform het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel) en niet voor het waarborgen door de overheid van de onderlinge concurrentiekansen van die potentiële wederpartijen (conform het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel). Deze jurisprudentie moet daarom primair worden gezien als impliciete toepassing van het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

Verder is de redenering uit bovenstaande jurisprudentie evenzeer geldig als de overheid kiest voor een *enkelvoudig* onderhandse verlening, terwijl zij weet dat er ook een of meer andere geschikte potentiële wederpartijen zijn. Ook in dat geval worden de niet-uitgenodigde bekende potentiële wederpartijen materieel ongelijk behandeld ten opzichte van de wel uitgenodigde marktpartij. De overheid is derhalve ook bij enkelvoudig onderhandse nationale opdrachtverstrekking verplicht om reeds bekende geschikte potentiële wederpartijen uit te nodigen.

49 Nicolai 1990, p. 358.

50 Van Wijk 2008, p. 335, zoals aangehaald in paragraaf 12.1.2.1.

51 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 420.

52 Zie paragraaf 12.3.2.2 en de daar aangehaalde literatuur.

53 Deze kennelijke scheiding tussen het bestuursrecht en het economisch publiekrecht is geen nieuw verschijnsel; zie Hessel 1987, p. 214-215 en 473.

De grondslag voor de onrechtmatigheid van het niet-uitnodigen bestaat zoals gezegd uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze zijn evenwel niet alleen van toepassing als een gronduitgifte nationale opdrachtverstrekking inhoudt, maar ook bij *nationale zuivere gronduitgifte*. Met andere woorden, in dit opzicht is het toepasselijke regime bij nationale zuivere gronduitgifte niet anders dan bij nationale opdrachtverstrekking. Bovenstaande verplichting tot uitnodigen vloeit immers niet voort uit regelgeving die enkel geldt voor opdrachtverstrekking en is evenmin het gevolg van een reflexwerking van dergelijke regelgeving. De enkele bron van die verplichting zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Bovendien dreigt bij nationale zuivere gronduitgifte evenzeer ongelijke behandeling als de overheid niet tot uitnodiging overgaat. Dit brengt mee dat moet worden aangenomen dat de overheid ook bij nationale zuivere gronduitgifte verplicht is reeds bekende geschikte potentiële wederpartijen uit te nodigen.

12.2.2 Geschiktheid van bekende potentiële wederpartijen

Het voorgaande laat onverlet dat de overheid een ruime mate van beleidsvrijheid heeft bij het bepalen in welke gevallen een potentiële wederpartij al dan niet geschikt is voor de gronduitgifte in kwestie. Het is evident dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet zo ver gaan dat een overheid verplicht is een marktpartij mee te laten dingen waarvan zij weet dat die ongeschikt is voor de gronduitgifte en de daarmee beoogde uitvoering van werken, mits deze kwalificatie als ongeschikt niet het resultaat is van een duidelijk onjuiste beoordeling. Zo overwoog het hof Den Haag in bovenstaande zaak die Van der Made had aangespannen, dat “bij een onderhandse aanbesteding de Gemeente in beginsel vrij is daarvoor zelf de partijen te selecteren die zij gelegenheid tot inschrijving biedt”.⁵⁴ Vanwege de eerder ontvangen gegevens van Van der Made was de gemeente Maassluis in dat geval ook in een goede positie om de geschiktheid van Van der Made te beoordelen en mocht zij op grond van die gegevens Van der Made niet selecteren.

Dat de vrijheid om de geschiktheid van potentiële wederpartijen te beoordelen echter niet onbegrensd is, blijkt duidelijk uit het hoger beroep in de *Noordwijk*-zaak.⁵⁵ De gemeente Noordwijk had uit een lijst van acht aannemers, drie aannemers geselecteerd en die vervolgens uitgenodigd om deel te nemen aan de meervoudig onderhandse gronduitgifte.⁵⁶ De Raad Bouw, klager in deze zaak, stond wel op de lijst van acht aannemers, maar behoorde niet tot de drie uitgenodigden. Uit het arrest volgt dat de voorselectie van acht naar drie was gebaseerd op de geschiktheid van de betreffende aannemers, blijkend uit onder meer hun ervaringen met projecten vergelijkbaar met het op de uit te geven grond voorziene project.

54 Hof Den Haag 31 mei 2011, *LJN BQ7122 (Van der Made/Maassluis)*, r.o. 10.

55 Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN BO2080 (Noordwijk)*, r.o. 1.2, 1.5 en 6-7.

56 Ook had de gemeente drie woningcorporaties uitgenodigd.

Anders dan bij sommige andere gegadigden, had de gemeente echter geen contact gezocht met De Raad Bouw over diens geschiktheid, maar had de gemeente volstaan met haar reeds aanwezige eigen kennis, aangevuld met informatie van de website van De Raad Bouw. Als gevolg hiervan beschikte de gemeente niet over informatie op punten die voor haar wel van belang waren, zoals ten aanzien van de ervaring van De Raad Bouw met vergelijkbare projecten. Dit alles bracht het hof tot het oordeel dat de gemeente met deze voorselectie de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en zorgvuldige voorbereiding had geschonden en derhalve onrechtmatig had gehandeld jegens De Raad Bouw.⁵⁷ Gelet hierop is de overheid verplicht om de kennis te vergaren die nodig is om de geschiktheid te kunnen beoordelen, waarbij zij de verschillende bekende potentiële wederpartijen gelijk moet behandelen.

Het besluit dat een potentiële wederpartij bij voorbaat ongeschikt is om deel te nemen aan de toewijzingssystematiek moet aldus – kort gezegd – zorgvuldig worden voorbereid en goed zijn onderbouwd. Het resultaat hiervan lijkt te zijn dat de voorafgaande beslissing of een bekende potentiële wederpartij al dan niet geschikt is, in feite als een soort voorfase onderdeel uitmaakt van de toewijzingssystematiek en eveneens objectief, transparant en non-discriminatoir dient te zijn. Deze beoordeling van de geschiktheid vertoont aldus gelijkenis met dezelfde beoordeling in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure, al gelden hier uiteraard niet de daarvoor geldende gedetailleerde regels uit de Aanbestedingsrichtlijn.⁵⁸

Kortom, uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat als de overheid overgaat tot gronduitgifte, zij op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verplicht is om bij haar reeds bekende en geschikte potentiële wederpartijen voor deelname aan de objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek uit te nodigen. Het besluit dat een bekende potentiële wederpartij ongeschikt is en derhalve niet mag deelnemen aan de toewijzingssystematiek, moet op grond van diezelfde beginselen evenwel zorgvuldig worden voorbereid en goed zijn onderbouwd. Hiermee zijn de gelijke kansen gewaarborgd van de marktpartijen die reeds bekend zijn bij de betreffende overheid. Dit geldt echter niet voor de kansen van alle overige potentiële wederpartijen. Onderzocht moet dan ook worden of de overheid ook ten aanzien van hen verplicht is gelijke kansen te bieden, hetgeen noopt tot voorafgaande openbare bekendmaking.

57 Het ging om het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig moeten worden voorbereid, waartoe volgens het hof behoorde dat de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie worden nageleefd. Zie paragraaf 12.1.2.2.

58 Zie paragraaf 3.4.

12.3 GELIJKE KANSEN VOOR ALLE POTENTIËLE PARTIJEN: VOORAFGAANDE OPENBARE BEKENDMAKING

Alleen als de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook verplichten tot een voorafgaande openbare bekendmaking bij nationale gronduitgifte, is de overheid verplicht om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. Daarvoor maakt het dan niet uit of die gronduitgifte al dan niet opdrachtverstrekking inhoudt. Voor de impliciete aanwezigheid van een dergelijke verplichting tot voorafgaande openbare bekendmaking in het huidige recht bestaan twee argumenten. Deze verplichting kan allereerst, naar analogie met het Europese recht, worden gezien als een noodzakelijke voorwaarde om daadwerkelijke gelijke behandeling door de overheid te verwezenlijken (paragraaf 12.3.1). Ten tweede kan die verplichting zijn vereist vanuit het oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming en gelijke concurrentiekansen (paragraaf 12.3.2), naar analogie met de ontwikkeling in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur om bij de verdeling van schaarse publieke rechten een verplichting voor de overheid aan te nemen tot het creëren van mededingingsruimte.

12.3.1 Bekendmaking noodzakelijk voor materiële gelijke behandeling

Eerder kwam al naar voren dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn bij gronduitgifte, waaronder het beginsel van gelijke behandeling. Bij de bespreking van de toewijzingssystematiek bleek dat dit beginsel in ieder geval de formele gelijke behandeling van potentiële wederpartijen door de overheid omvat (oftewel: naleving van het formele publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel). Vervolgens kwam aan de orde dat uit recente jurisprudentie over het ten onrechte niet uitnodigen van bekende potentiële wederpartijen kan worden afgeleid dat dit gelijkheidsbeginsel eveneens materiële gelijke behandeling door de overheid omvat (oftewel: naleving van het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel).

Niet valt in te zien dat deze materiële gelijke behandeling enkel zou gelden voor bekende potentiële wederpartijen en niet voor alle potentiële wederpartijen. Een dergelijke beperking van het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel kan niet in redelijkheid worden gerechtvaardigd door de enkele, min of meer toevallige feitelijke omstandigheid van bekendheid van een potentiële wederpartij bij de betreffende overheid. Op grond hiervan kan worden aangenomen dat in het huidige positieve recht – in het bijzonder in het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – impliciet een verplichting voor de overheid besloten ligt tot materiële gelijke behandeling bij gronduitgifte. De overheid is dan verplicht alle potentiële wederpartijen materieel gelijk te behandelen, tenzij ongelijke behandeling gerechtvaardigd is. Deze verplichting is overigens wel territoriaal begrensd; zij geldt in ieder geval jegens potentiële wederpartijen die zich in Nederland bevinden.⁵⁹ Bij de hier besproken nationale gronduitgifte wordt ver-

59 Vergelijk de tekst van art. 1 Gw. Zie in dit verband ook Mulder & Winter 1982.

ondersteld dat er enkel nationale potentiële wederpartijen zijn, dus beschermt het gelijkheidsbeginsel in principe alle potentiële wederpartijen tegen materieel ongelijke behandeling door de overheid.⁶⁰

In het navolgende zal blijken dat een dergelijke materiële gelijke behandeling door de overheid meebrengt dat zij de voorgenomen gronduitgifte openbaar bekend dient te maken.

12.3.1.1 Voorafgaande openbare bekendmaking

Dat materiële ongelijke behandeling dreigt als de overheid niet tot voorafgaande openbare bekendmaking overgaat, is op Europees niveau reeds erkend. Zonder objectieve rechtvaardiging leidt het achterwege laten van een dergelijke bekendmaking tot een ongelijke behandeling die in strijd is met het VwEU, zo bleek in hoofdstuk 4. De voorafgaande openbare bekendmaking is dan ook vereist om ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van ondernemingen uit andere lidstaten te voorkomen. In hoofdstuk 11 werd geconcludeerd dat deze transparantieverplichting niet beperkt is tot Europese opdrachtverstrekking, maar eveneens geldt bij Europese zuivere gronduitgifte. Vanwege de vereiste Europese dimensie, vindt deze verplichting evenwel enkel toepassing als de overheid vooraf in redelijkheid moet verwachten dat ondernemingen uit andere lidstaten geïnteresseerd kunnen zijn, gelet op de aard, omvang en locatie van de gronduitgifte. Met andere woorden, de overheid moet in redelijkheid kunnen verwachten dat ongelijke behandeling dreigt als voorafgaande openbare bekendmaking achterwege blijft.

Deze ‘Europese’ redenering kan in zekere zin naar analogie worden toegepast bij nationale gronduitgifte. Net zoals buitenlandse ondernemingen ongelijk worden behandeld omdat zij zonder voorafgaande openbare bekendmaking hun interesse in een Europese gronduitgifte niet kenbaar kunnen maken, kan worden gesteld dat potentiële wederpartijen in Nederland die (nog) onbekend zijn bij de gronduitgevende overheid ongelijk worden behandeld ten opzichte van de bij die overheid reeds bekende potentiële wederpartijen. Ook zij kunnen immers door het ontbreken van een bekendmaking hun interesse niet tonen, terwijl de reeds bekende potentiële wederpartijen wel mee (moeten) mogen dingen naar de grond. In zowel de ‘Europese’ als de ‘nationale’ situatie is geen sprake van formele ongelijke behandeling: de overheid past op alle deelnemende potentiële wederpartijen dezelfde regels toe. Het probleem is echter dat een (aanzienlijke) groep potentiële wederpartijen in werkelijkheid toch niet met die regels te maken krijgt, omdat de overheid hen niet in de gelegenheid heeft gesteld kennis te nemen van de voorgenomen gronduitgifte. Als gevolg hiervan behandelt de overheid deze ‘onbekende’ potentiële wederpartijen in feite ongelijk ten opzichte van de ‘bekende’ potentiële

60 Daarmee kan de vraag buiten beschouwing blijven of buitenlandse potentiële wederpartijen die actief willen worden op de Nederlandse markt moeten worden geacht gelijk te zijn aan potentiële wederpartijen die zich reeds in Nederland bevinden.

wederpartijen.⁶¹ Wil aldus sprake zijn van een materiële gelijke behandeling door de overheid van alle potentiële wederpartijen, dan zal zij het voornemen tot gronduitgifte vooraf openbaar bekend moeten maken. In essentie is de aard van de problematiek bij Europese zuivere gronduitgifte en nationale gronduitgifte daarmee gelijk. Aangezien het VwEU niet van toepassing is bij nationale gronduitgifte, is de weg waarlangs die problematiek wordt opgelost evenwel een andere. Niet het VwEU verplicht dan tot materiële gelijke behandeling, maar – zoals eerder dit hoofdstuk al bleek – het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat moet worden ingevuld met het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel.⁶²

Dit neemt uiteraard niet weg dat potentiële wederpartijen, behalve wat bekendheid bij de overheid betreft, onderling ook zullen verschillen op inhoudelijke punten die voor de gronduitgevende overheid relevant zijn, zoals hun geschiktheid om op de grond werken uit te voeren of de grondprijs die zij bereid zijn te betalen. Aan dergelijke inhoudelijke verschillen komt evenwel pas betekenis toe in een latere stap, namelijk in het kader van de toewijzingssystematiek; de inhoudelijke verschillen dienen dan ter rechtvaardiging van een ongelijke behandeling tussen de deelnemende potentiële wederpartijen – de schaarste dwingt immers tot een keuze.

De materieel ongelijke behandeling van bekende en onbekende potentiële wederpartijen bij nationale gronduitgifte zou in theorie objectief gerechtvaardigd kunnen zijn. Gelet op het voorgaande, zou deze rechtvaardiging dan gelegen moeten zijn in een andere omstandigheid dan de bekendheid als zodanig. Argumenten die wellicht ter rechtvaardiging kunnen worden gebruikt, zijn bijvoorbeeld de transactiekosten die zijn gemoeid met een voorafgaande bekendmaking of de beleidskeuze om enkel lokale ondernemingen een kans te bieden (mits die allemaal daadwerkelijk de kans krijgen om voor de grond in aanmerking te komen). Dergelijke mogelijke rechtvaardigingsgronden worden in paragraaf 12.5 verder besproken. Daarbij zal ook worden aangegeven dat ongelijke behandeling gerechtvaardigd is als de overheid in kwestie in redelijkheid niet kon verwachten dat het achterwege laten van een voorafgaande openbare bekendmaking zou leiden tot ongelijke behandeling, gezien de aard, omvang en locatie van de gronduitgifte.

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – dat de overheid bij gronduitgifte verplicht tot materiële gelijke behandeling van alle potentiële wederpartijen – de overheid dwingt om haar voornemen tot nationale gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken, zodat potentiële wederpartijen hun interesse kenbaar kunnen maken.⁶³ Deze verplichting tot voorafgaande openbare bekendmaking bij

61 Zie ook paragraaf 1.2.1.

62 Zie paragraaf 12.2.1.

63 Kennelijk anders: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 175: “Het nationaalrechtelijke gelijkheidsbeginsel dwingt overheden om gelijke gevallen

nationale gronduitgifte ligt aldus impliciet besloten in het huidige recht. Een bekendmaking mag slechts achterwege blijven als dat objectief is gerechtvaardigd. Voor de wijze en (minimale) inhoud van de bekendmaking kan worden aangesloten bij de Europese transparantieplichting.⁶⁴ Het medium moet dan zodanig zijn dat het in redelijkheid alle potentiële wederpartijen voor de nationale gronduitgifte in staat stelt om daarvan kennis te nemen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als gebruik wordt gemaakt van gangbare websites zoals Aanbestedingskalender of TenderNed. De inhoud van de bekendmaking dient dan voldoende te zijn voor een potentiële wederpartij om op basis daarvan de afweging te maken om al dan niet zijn interesse kenbaar te maken.

12.3.1.2 *Jurisprudentie*

Bovenstaande verplichting tot bekendmaking lijkt te worden ondersteund door een uitspraak van de voorzieningenrechter te Arnhem in de zaak *DSW Wasstraat/Nijkerk*.⁶⁵ Die zaak ging over de bedrukking van de achterkant van parkeertickets in de gemeente Nijkerk, waarvoor (onder meer) DSW Wasstraat en diens concurrent, Visser, in aanmerking wilden komen. Op enig moment heeft de gemeente een overeenkomst gesloten met Parkmedia om zorg te dragen voor de bedrukking. Parkmedia had toen al een aantal tickets laten bedrukken met reclame van Visser. De gemeente besloot vervolgens – ondanks eerdere bezwaren van DSW Wasstraat – deze tickets niettemin te gebruiken. DSW Wasstraat vorderde in reactie daarop in kort geding het staken van het uitgeven van die tickets. De gemeente verweerde zich onder meer door zich te beroepen op haar contractsvrijheid. De voorzieningenrechter begint zijn beoordeling met de vaststelling dat de gemeente op grond van artikel 3:14 BW gehouden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel (rechtsoverweging 4.2). In reactie op voornoemd verweer stelt de voorzieningenrechter het volgende:⁶⁶

“(…) Het beginsel van de contractsvrijheid laat onverlet dat, gelet op het onder 4.2 vermelde uitgangspunt, Gemeente Nijkerk, ook indien zij ervoor kiest om het bedrukken van door haar uitgeven tickets voor betaald parkeren met (reclame)advertenties op te dragen aan Parkmedia, erop zal moeten toezien dat ondernemers die deze parkeertickets bedrukt willen zien met advertenties of met kortingsbonnen gelijke kansen worden geboden en dat daartoe een transparante, voor eenieder duidelijke, procedure wordt gevolgd. (...)”

gelijk te behandelen, niet om zonder wettelijke basis mededinging te creëren ten einde aldus gelijke kansen van marktpartijen te bevorderen.” Het lijkt er evenwel op dat deze opmerking moet worden gezien in de specifieke, beperkte context van een mogelijk beroep op de transparantieplichting op grond van het VwEU door een Nederlandse onderneming jegens een Nederlandse aanbestedende dienst.

64 Zie paragraaf 4.5.

65 V.zr. Rb. Arnhem 23 september 2009, *LJN BN9729 (DSW Wasstraat/Nijkerk)*.

66 V.zr. Rb. Arnhem 23 september 2009, *LJN BN9729 (DSW Wasstraat/Nijkerk)*, r.o. 4.5.

Op zichzelf beschouwd is deze passage helder: op grond van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet de gemeente gelijke kansen bieden aan alle ondernemers die reclame willen maken op de parkeertickets. De enige manier voor de gemeente om te bewerkstelligen dat alle ‘ondernemers die deze parkeertickets bedrukt willen zien’ een gelijke kans krijgen – en dus materieel gelijk worden behandeld door de gemeente – lijkt dan te zijn door openbaar bekend te maken dat zij hun interesse kenbaar kunnen maken.⁶⁷ Uit de uitspraak kan echter niet met zekerheid worden afgeleid dat de voorzieningenrechter inderdaad een dergelijke bekendmakingsverplichting bedoeld heeft, aangezien DSW Wasstraat en Visser reeds bekend waren bij de gemeente en de gemeente bovendien eerder al een advertentie in een plaatselijke krant had geplaatst met een uitnodiging aan geïnteresseerde ondernemers om hun interesse bij Parkmedia kenbaar te maken.

Volledigheidshalve wordt nog gewezen op een recente uitspraak van de rechtbank Assen over de aanbesteding voor de vestiging van een apotheek.⁶⁸ In die zaak vordert een apotheek dat de gemeente Assen overgaat tot openbare aanbesteding voor de vestiging van een apotheek in een nieuwbouwproject, waar thans een concurrerende apotheek zich heeft gevestigd. De eiser beroept zich op de aanbestedingsregels en op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar in beide gevallen tevergeefs. Volgens de rechtbank is er geen “rechtsgrond voor een gehoudendheid van de gemeente om een aanbesteding of tender te organiseren”. Uit de uitspraak blijkt echter onvoldoende duidelijk wat de feiten en omstandigheden van deze zaak waren, met name wat de rol van de gemeente was – die naar eigen zeggen in ieder geval niet als grondeigenaar betrokken was bij de vestiging van de apotheek in het nieuwbouwproject. Gelet hierop is deze uitspraak niet relevant voor de hier besproken bekendmakingsverplichting. Overigens blinkt de uitspraak ook op andere fronten niet uit in duidelijkheid.⁶⁹

67 Dit is ook de conclusie die E.W.J. de Groot en M.J. Gruppen trekken; zie De Groot & Gruppen 2011.

68 Rb. Assen 30 mei 2012, *LJN* BW7185 (*Apotheek Assen*). Zie over een ander geval waarin een apotheek tevergeefs vordert dat een gemeente een objectieve, transparante en non-discriminatoire selectieprocedure moet doorlopen: Vzt. Rb. Utrecht 4 maart 2011, *LJN* BP6990 (*Gezondheidscentrum Elst*), zoals bekrachtigd in hoger beroep in Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BT8434 (*Gezondheidscentrum Elst*). In dat geval ging het om de verhuur van een gedeelte van een multifunctioneel centrum door de gemeente Rhenen aan de stichting SGE ten behoeve van een gezondheidscentrum. De klagers hadden echter geen wederpartij van de gemeente willen worden, maar wilden onderhuurder worden van de stichting teneinde een apotheek te kunnen vestigen in het gezondheidscentrum. In feite ging het dus om de gelijke kansen die de stichting had moeten bieden en niet de gemeente (al probeerde de klagers dat eerste niettemin langs de band van de gemeente te bewerkstelligen).

69 Zie voor deze (terechte) kritiek Drahmman 2012.

12.3.2 Bekendmaking noodzakelijk voor zorgvuldige besluitvorming

In recente Nederlandse jurisprudentie van het CBb over de verlening van schaarse vergunningen en ontheffingen wordt expliciet aandacht besteed aan de kansen daarop die de overheid moet bieden aan potentiële vergunning- en ontheffingshouders.⁷⁰ Zoals hierna zal blijken baseert de rechter zich daarbij op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, waarbij hij deze beginselen lijkt in te vullen met behulp van het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, oftewel met het oog op de gelijke (onderlinge) concurrentiekansen van de betrokken ondernemingen. Zoals gezegd, gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook bij nationale gronduitgifte. In het navolgende wordt daarom eerst ingegaan op deze jurisprudentie (paragraaf 12.3.2.1), waarna onderzocht wordt of door analoge toepassing daarvan op gronduitgifte een verplichting voor de overheid tot voorafgaande openbare bekendmaking kan worden vastgesteld (paragraaf 12.3.2.2).

12.3.2.1 Bekendmaking bij schaarse vergunningen en ontheffingen

In de zaak *Swiss Leisure Group* had de gemeente Den Haag de mogelijkheid gecreëerd om een derde vergunning te verlenen voor een speelautomatenhal in het centrum.⁷¹ Om die daadwerkelijk te kunnen verlenen, moest echter een reeds verleende vergunning worden ingetrokken, omdat het maximumaantal voor de gehele gemeente ongewijzigd was gebleven en al was bereikt. Dit gebeurde ook: de gemeente verleende een vergunning aan Hommerson's voor het centrum, onder gelijktijdige intrekking van een vergunning van Hommerson's in Scheveningen. Als gevolg van deze 'uitruil' konden andere gegadigden niet meedingen naar de extra vergunning in het centrum, hetgeen leidde tot bezwaren bij de *Swiss Leisure Group*, een concurrent van Hommerson's. Het CBb vernietigde het besluit tot vergunningverlening aan Hommerson's en overwoog daartoe onder meer het volgende:

“Het zorgvuldigheidsbeginsel vergt in een geval als het onderhavige (...) dat op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, andere ondernemers in beginsel de mogelijkheid wordt geboden mee te dingen naar deze schaarse vergunning. Verweerder [de gemeente – PH] heeft, door in het onderhavige geval de vergunning voor de derde speelautomatenhal in het centrum van Den Haag te verlenen onder gelijktijdige intrekking van de vergunning voor de Strandweg in Scheveningen, een situatie in het leven geroepen waarin derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht van het feit dat een vergunning was vrijgekomen en het maximum van acht vergunningen niet langer was bereikt. Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson's voldoet dus in beginsel niet aan de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming.”

70 De verdeling van schaarse vergunningen kwam eerder al aan de orde, maar dan in Europese context; zie paragraaf 11.1.3.

71 CBb 3 juni 2009, *LJN* B16466 (*Swiss Leisure Group*).

De gemeente was dus op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel (als een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) gehouden om andere ondernemers mee te laten dingen naar de schaarse vergunning. In dat kader hadden derden van te voren op de hoogte moeten kunnen worden gebracht. Door de keuze voor de formulering dat in het onderhavige geval “derden niet van te voren op de hoogte konden worden gebracht”, moet worden aangenomen dat iemand deze derden op de hoogte had moeten brengen; taalkundig is het immers merkwaardig als een derde zichzelf op de hoogte had moeten brengen (voor de hand had dan gelegen: “derden zich niet op de hoogte konden stellen”). Het laat zich moeilijk anders voorstellen dan dat deze ‘iemand’ de gemeente is. Met andere woorden, aangenomen moet worden dat het CBb bedoelde dat de gemeente de derden op de hoogte had moeten brengen van het feit dat er een vergunning was vrijgekomen.

In bovenstaande uitspraak richt het CBb zich niet op de gelijke behandeling door de gemeente van de overige gegadigden ten opzichte van Hommerson’s, maar op de gelijkheid van hun concurrentiekansen. De overige gegadigden moeten van het CBb immers – samen met Hommerson’s – kunnen meedingen naar de schaarse vergunning. Deze benadering duidt erop dat het CBb zich bij de toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, heeft laten leiden door het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel (gelijkheid van concurrentiekansen op de markt).⁷² Dit laatste beginsel dient dan ter invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.⁷³

Deze invulling blijkt ook uit latere jurisprudentie van het CBb over de verlening van schaarse ontheffingen voor zondagavondopenstelling van supermarkten. Zo overwoog het CBb in *Zondagavondwinkel Wassenaar* dat “in het geval van een schaarse ontheffing andere gegadigden – waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend – in beginsel de gelegenheid moet worden geboden om mee te dingen naar de ontheffing”.⁷⁴ In een vergelijkbare kwestie over supermarkten in Heemstede stelde het CBb dat de gemeente moet bezien “of sprake is geweest van een procedure waarin alle geïnteresseerde ondernemers op gelijke wijze naar de beschikbare ontheffing hebben kunnen meedingen”.⁷⁵ Het CBb achtte verder de toedeling van eenzelfde schaarse ontheffing door middel van loting in Castricum onvoldoende zorgvuldig, onder meer omdat de gemeente vooraf slechts een aantal gegadigden op de hoogte had gesteld en niet alle winkels, alsmede omdat zij een ontheffing

72 Zie paragraaf 1.2.1.

73 Vgl. paragraaf 12.2.1 over de invulling van het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur met het – daaraan complementaire – materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

74 CBb 15 mei 2012, *LJN BW6630 (Zondagavondwinkel Wassenaar)*, r.o. 2.5. Het CBb noemt daar overigens het zorgvuldigheidsbeginsel niet, maar verwijst naar “onder meer (...) het oogpunt van rechtszekerheid”.

75 CBb 6 september 2012, *LJN BY0528 (Zondagavondwinkel Heemstede)*, r.o. 2.5.

voor onbepaalde tijd had verleend, waarmee de gemeente “het belang van de andere gegadigden om in de toekomst te kunnen meedingen naar de ontheffing [had] miskend”.⁷⁶

Over de wijze waarop de overheid bij schaarse vergunningen en ontheffingen aldus de mededinging moet waarborgen zijn eveneens aanwijzingen te vinden in de jurisprudentie. Daarbij is met name relevant of de overheid enkel de gelijke concurrentiekansen van ‘bekende’ gegadigden moet verzekeren of ook die van alle overige potentiële gegadigden. In *Pierik en Meson* stelde het CBb, overigens zonder daarbij expliciet naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te verwijzen, het volgende over de verlening van een schaarse vergunning op volgorde van binnenkomst van aanvraag:⁷⁷

“In dit verband acht het College van belang dat, indien bij de verlening van een schaarse vergunning gebruik wordt gemaakt van een systeem van volgorde van binnenkomst van de aanvraag, voor potentiële gegadigden kenbaar moet zijn of deze vergunning beschikbaar is of komt en wat de te volgen procedure is.”

Het is niet aannemelijk dat het CBb hiermee bedoelde dat *enkel* bij een toewijzing op volgorde van binnenkomst (‘wie het eerst komt, het eerst maalt’) de beschikbaarheid en de procedure kenbaar moeten zijn. Ook bij andere vormen van toewijzingssystematieken (zoals loting of een vergelijkende toets) is deze kenbaarheid immers essentieel voor gegadigden om mee te kunnen dingen. Potentiële gegadigden moeten aldus in staat worden gesteld om tijdig een vergunningaanvraag te kunnen indienen, hetgeen in de onderhavige zaak volgens het CBb het geval was – al blijkt helaas niet uit de uitspraak waarom dat zo was.⁷⁸ Het CBb behoefde derhalve niet in te gaan op de wijze waarop de beschikbaarheid van de vergunning kenbaar moet zijn voor potentiële gegadigden, bijvoorbeeld door middel van een openbare bekendmaking door de overheid.

Uit een latere uitspraak van het CBb lijkt te kunnen worden opgemaakt dat voor deze kenbaarheid normaliter niet is vereist dat de overheid in kwestie potentiële gegadigden actief informeert. Het betreft een zaak waarin een supermarkt bezwaar maakte tegen de verlening van schaarse ontheffingen van het verbod van zondagavondopenstelling aan twee concurrerende supermarkten in Uden.⁷⁹ De klager meende dat de gemeente ook andere supermarktondernemers in Uden in de gelegenheid had moeten stellen om mee te dingen naar de schaarse ontheffingen – onder verwijzing naar bovenstaande *Swiss Leisure Group* uitspraak. Het CBb volstond evenwel met de opmerking dat de vergelijking met *Swiss Leisure Group*

76 CBb 24 augustus 2012, *LJN* BX6540 (*Zondagavondwinkel Castricum*), r.o. 2.5-2.6.

77 CBb 28 april 2010, *LJN* BM4375, AB 2010/186 m. nt. C.J. Wolswinkel (*Pierik en Meson*).

78 Zo constateert ook Wolswinkel in zijn noot bij de uitspraak in AB 2010/186, alsook Van Ommeren 2011.

79 CBb 21 april 2011, *LJN* BQ3751 (*EM-TÉ/Uden*).

niet opging, omdat geen sprake was van een “situatie waarin alle ruimte om ontheffingen te verlenen reeds was benut en nieuwe ruimte werd gecreëerd zonder dat andere ondernemers de gelegenheid is geboden mee te dingen naar die vrijgekomen ruimte”. Hiermee lijkt het CBb de gemeente te volgen in haar standpunt dat alle supermarkten een verzoek om ontheffing hadden kunnen indienen op grond van de plaatselijke verordening.⁸⁰

Het voorgaande zou betekenen dat in een ‘normale’ situatie waarin de looptijd eindigt van een schaarse vergunning of ontheffing die voor bepaalde tijd is verleend, potentiële gegadigden zelf kennis moeten nemen van de mogelijkheid om voor een nieuwe vergunning of ontheffing in aanmerking te komen en daarvan niet actief door de overheid op de hoogte behoeven te worden gesteld.⁸¹ De overheid behoeft dan enkel de gelijke concurrentiekansen te waarborgen van de gegadigden die uit zichzelf hun interesse kenbaar maken (oftewel: van de alsdan ‘bekende’ gegadigden). Het ligt voor de hand dat het van de omstandigheden van het geval zal afhangen of het reëel is te verwachten dat potentiële gegadigden zelf die kennis vergaren. Voor zover het gaat om het kennismaken van de relevante (lokale) wetgeving is dat evident, maar dat zal niet in alle gevallen gelden voor de kennis over het einde van de looptijd van huidige vergunningen of ontheffingen. Zo konden de andere gegadigden in *Swiss Leisure Group* nooit uit zichzelf te weten komen dat er een vergunning was vrijgekomen; de gemeente moest hen derhalve daarvan op de hoogte stellen.

Op grond van bovenstaande jurisprudentie van het CBb kan worden geconcludeerd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, vereisen dat de overheid bij schaarse vergunningen en ontheffingen alle gegadigden de mogelijkheid biedt om daarnaar mee te dingen.⁸² Aldus lijkt het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur te worden ingevuld met het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Als de gegadigden zichzelf in redelijkheid op de hoogte kunnen stellen van de mogelijkheid om mee te dingen en van de daarvoor te volgen procedure, is het hun eigen verantwoordelijkheid om hun interesse kenbaar te maken bij de overheid in kwestie. Hebben zij die mogelijkheid echter niet, bijvoorbeeld omdat onverwacht een schaarse vergunning vrijkomt, dan moet worden aangenomen dat de overheid verplicht is om de gegadigden actief te informeren.⁸³

80 CBb 21 april 2011, *LJN BQ3751 (EM-TÉ/Uden)*, r.o. 4.

81 In die zin ook Wolswinkel 2011b, waarin hij ook ingaat op *EM-TÉ/Uden*. Op grond hiervan is ook te verklaren waarom het CBb in *Zondagavondwinkel Wassenaar* zich beperkt tot gegadigden “waarvan bekend is dat zij interesse hebben in de beschikbare ontheffing omdat zij ook een aanvraag hebben ingediend”; zie CBb 15 mei 2012, *LJN BW6630 (Zondagavondwinkel Wassenaar)*, r.o. 2.5

82 Wolswinkel komt tot dezelfde conclusie in: Wolswinkel 2012.

83 Dit laatste is wat Van Ommeren de ‘informatieplicht’ noemt: de verplichting voor de overheid om derden op de hoogte te brengen van de mededingingsruimte. Hij wijst

Bovenstaande jurisprudentie gaat niet in op de vraag *wie* moeten worden beschouwd als gegadigden en derhalve mogelijk actief dienen te worden geïnformeerd. Zijn dit bijvoorbeeld alleen de gegadigden die reeds bij de overheid bekend zijn, gaat het om alle potentiële gegadigden in Nederland, of moet de informatie ook voor eventuele buitenlandse geïnteresseerde marktpartijen toegankelijk zijn? Vanuit het oogpunt van een zorgvuldige besluitvorming ligt het voor de hand dat de overheid in kwestie moet onderzoeken of er meer potentiële gegadigden zijn dan de reeds bekende.⁸⁴ Dit kan eenvoudig door middel van een voorafgaande openbare bekendmaking waarin potentiële gegadigden worden uitgenodigd hun interesse kenbaar te maken. Als van te voren geen interesse buiten Nederland is te verwachten – zoals bij de hierna te bespreken nationale gronduitgifte het geval is – dan moet worden aangenomen dat een dergelijke bekendmaking niet toegankelijk behoeft te zijn vanuit het buitenland.

12.3.2.2 *Analoge toepassing bij gronduitgifte*

De jurisprudentie uit de vorige paragraaf heeft betrekking op de verlening van bepaalde schaarse vergunningen en ontheffingen. In de literatuur wordt ervoor gepleit dat de verplichting om gegadigden mee te laten dingen (met andere woorden: om mededingingsruimte te creëren) en die mogelijkheid voor hen kenbaar te laten zijn, evenzeer geldt bij de verlening van andere schaarse publieke rechten. Zo is volgens Den Ouden niet in te zien waarom deze eisen niet ook zouden moeten gelden bij de verdeling van schaarse subsidies.⁸⁵ Van Ommeren ziet in deze verplichtingen een rechtsnorm die is vastgesteld door de rechter omdat er sprake is van schaarste en het vanwege die schaarste (blijkbaar) niet aanvaardbaar is dat derden dan niet de kans hebben gehad om mee te dingen.⁸⁶ Hij meent dat het op die grond niet te gewaagd is te veronderstellen dat als uitgangspunt genomen moet worden dat deze norm in beginsel voor alle schaarse publieke rechten⁸⁷ geldt, tenzij er een gegronde reden is om een uitzondering te maken. Het is immers enkel

er terecht op dat de informatieplicht pas aan de orde is als er een verplichting is om mededingingsruimte te scheppen. Zie Van Ommeren 2011.

84 Zie over de onderzoeksplicht van de overheid op grond van het formele zorgvuldigheidsbeginsel: Schlössels & Zijlstra 2010, p. 445-447.

85 Den Ouden 2011. Zie ook Jacobs & Den Ouden 2011. Zie voor de praktische gevolgen daarvan bij subsidies: Drahmman 2011c. Zie meer uitgebreid over subsidies en de verdeling daarvan: Van den Brink 2012. Overigens is het tegengaan van willekeur bij subsidieverlening geen modern verschijnsel. In 1852 stelde Thorbecke hierover al dat hij niet kon inzien “Waarom ten aanzien van subsidies willekeur zou moeten heerschen terwijl in andere takken van regeering regels worden verlangd”; zo blijkt uit Hessel 1987, p. 211.

86 Van Ommeren 2011.

87 Het gaat daarbij om rechten die worden verleend op grond van een daartoe aan het bestuursorgaan toegekende publiekrechtelijke bevoegdheid. Van de bedoelde schaarste is sprake als “de som van de omvang van de aanvragen het aantal beschikbare publieke rechten overtreft”. Zie Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011c.

de schaarste die de reden is dat alle potentiële aanvragers de gelijke kans moeten krijgen om mee te dingen, aldus nog steeds Van Ommeren.

Deze ruimere toepassing van bovenstaande toepassing komt zuiver voor. Immers, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn ook van toepassing bij de verlening van andere schaarse publieke rechten en het niet bieden van de mogelijkheid om mee te dingen is op voorhand niet onzorgvuldiger (of anderszins ‘onbehoorlijker’) bij schaarse vergunningen voor speelautomaten dan bijvoorbeeld bij schaarse subsidies of emissierechten. Ook in die laatste gevallen vallen gegadigden anders buiten de boot. Deze redenering kan evenwel nog verder worden doorgetrokken door bovenstaande jurisprudentie en de daaruit voortvloeiende verplichtingen (of rechtsnorm) toe te passen bij de in dit onderzoek bedoelde gronduitgifte.⁸⁸ Ook daarbij is de overheid gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel en de codificatie daarvan in artikelen 3:2 en 3:4 Awb,⁸⁹ en is sprake van schaarste.⁹⁰ Het zou dan ook bevreemden dat de overheid op basis van dezelfde normen gegadigden moet laten meedingen als zij een schaars publiek recht verleent, maar dat niet hoeft als zij een schaars perceel grond uitgeeft.

Dit leidt tot de conclusie dat de overheid bij nationale gronduitgifte verplicht is alle gegadigden de mogelijkheid te bieden om mee te dingen naar de uit te geven grond. Deze verplichting is dan gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, zoals nader ingevuld door het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Voor de potentiële wederpartijen moet het kenbaar zijn dat de overheid in kwestie de grond zal uitgeven.⁹¹ Anders dan bijvoorbeeld bij jaarlijks aflopende vergunningen of ontheffingen, zal het bij

88 De Groot en Gruppen neigden al enigszins tot die conclusie, al formuleren zij dat nog zeer voorzichtig; zie De Groot & Gruppen 2011. Zo ook Van Tilborg, die stelt dat het, gelet op art. 3:14 BW en 3:1 Awb, een kleine stap lijkt om aan te nemen dat bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden dezelfde verplichting tot het creëren van een vorm van mededinging bestaat; zie Van Tilborg 2012.

89 Op grond van de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb; zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 392.

90 Zie voor de gelijkenis tussen de verlening van schaarse vergunningen en de uitgifte van schaarse gronden ook Van Ommeren 2004, p. 61-63. Hij noemt de uitgifte van bouwgrond voor woonruimten door gemeenten als voorbeeld van een ‘privaatrechtelijke vergunning’. De normering van de verdelingsprocedure bij (gewone) publiekrechtelijke vergunningen geldt volgens hem in beginsel ook voor de verdeling van overheidswege van dergelijke ‘privaatrechtelijke vergunningen’.

91 Van Tilborg lijkt dit vereiste van de kenbaarheid te miskennen; zie Van Tilborg 2012. Hij meent namelijk dat de enkele omstandigheid dat zich feitelijk nog geen gegadigden voor de uit te geven grond hebben gemeld voldoende is voor de betreffende overheid om de grond zonder een vorm van mededingingsruimte te bieden, te vergeven aan de eerste die zich meldt. Hiermee lijkt hij er evenwel aan voorbij te gaan dat kenbaarheid bij potentiële wederpartijen een essentiële voorwaarde is om zich te kunnen melden bij de gronduitgevende overheid.

gronduitgifte doorgaans zeer lastig zijn voor potentiële wederpartijen om die kennis tijdig te kunnen verkrijgen. Als dat in redelijkheid niet van hen kan worden verwacht, is de overheid verplicht hen actief te informeren. Ervan uitgaande dat in beginsel van tevoren niet is te bepalen wie in Nederland precies de potentiële wederpartijen zullen zijn (oftewel hoe groot de kring van gegadigden is), is een voorafgaande openbare bekendmaking door de gronduitgevende overheid de enige manier om te voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Naar analogie van *Pierik en Meson* dient uit de bekendmaking duidelijk te worden wat de te volgen procedure is.⁹² Het ligt voor de hand dat de inhoud van de bekendmaking daarmee voldoende moet zijn voor een potentiële wederpartij om op basis daarvan de afweging te maken om al dan niet zijn interesse kenbaar te maken. Voor wat betreft het medium van de bekendmaking kan worden aangesloten bij de vorige paragraaf: het medium dient in redelijkheid alle potentiële wederpartijen in Nederland in staat te stellen om van de bekendmaking kennis te nemen.⁹³

12.4 TUSSENCONCLUSIE: GELIJKE KANSEN BIJ NATIONALE GRONDUITGIFTE

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de overheid verplichten om haar voornemen tot nationale gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken, zodat potentiële wederpartijen in Nederland hun interesse kenbaar kunnen maken.⁹⁴ Deze verplichting is met name gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In de jurisprudentie zijn aanwijzingen gevonden dat het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur bij gronduitgifte moet worden ingevuld met het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel (oftewel: daadwerkelijke gelijke behandeling van potentiële wederpartijen door de overheid). Het resultaat daarvan is dat het gelijkheidsbeginsel noopt tot voorafgaande openbare bekendmaking, omdat bij het ontbreken daarvan potentiële wederpartijen in Nederland die onbekend zijn bij de betreffende overheid materieel ongelijk worden behan-

92 Van Ommeren stelt in dit verband dat nog onduidelijk is op welk moment en op welke wijze het bestuursorgaan de potentiële gegadigden moet informeren bij de verdeling van schaarse publieke rechten, alsook waarover informatie moet worden verstrekt. Zie Van Ommeren 2011.

93 Zie paragraaf 12.3.1.1.

94 Anders, in ieder geval voor zover het nationale opdrachtverstrekking betreft: Roks & Leemreize 2003. Zij stellen dat noch uit de abbb noch uit de Awb of enige andere wettelijke regeling, noch uit de jurisprudentie ter zake, een onverkorte aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten volgt. Volgens hen kan de naleving van de beginselen van non-discriminatie en transparantie “klaarblijkelijk dus voldoende worden gewaarborgd” bij onderhandse aanbesteding van onderdrempelige overheidsopdrachten. Dit argument lijkt tamelijk kort door de bocht en kan hun stelling dan ook niet dragen.

deld ten opzichte van de bekende potentiële wederpartijen. Behoudens objectieve rechtvaardiging is een dergelijke ongelijke behandeling niet toegestaan.

Daarnaast kan uit de jurisprudentie over schaarse vergunningen en ontheffingen worden afgeleid dat het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur door de rechter wordt ingevuld met het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel (oftewel: een door de overheid gewaarborgde gelijkheid van concurrentiekansen op de markt). Het aldus ingevulde zorgvuldigheidsbeginsel is ook van toepassing op gronduitgifte, zodat het een voorafgaande openbare bekendmaking vereist als het anders in redelijkheid voor potentiële wederpartijen niet kenbaar is dat de overheid grond zal uitgeven alsook wat de daarbij te volgen procedure is.

Benadrukt wordt dat hier niet is beoogd om de verplichte voorafgaande openbare bekendmaking specifiek te baseren op het gelijkheids- of het zorgvuldigheidsbeginsel, maar op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in hun geheel. Uit de weinige jurisprudentie die beschikbaar is, lijkt bovenstaande indeling te kunnen worden afgeleid; het gelijkheidsbeginsel als instrument om het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel te realiseren en het zorgvuldigheidsbeginsel als instrument voor het materiële privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kennen echter geen statische indeling⁹⁵ en inhoudelijk gaat het in beide gevallen om hetzelfde: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur fungeren als uitingen van het gelijkheidsbeginsel zoals dat in paragraaf 1.2.1 werd besproken, waarbij een materiële gelijke behandeling leidt tot gelijke concurrentiekansen en vice versa.⁹⁶ Het is niettemin goed mogelijk dat in de toekomstige jurisprudentie wel een duidelijke keuze zal worden gemaakt voor één algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat dient als grondslag voor de verplichting om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden. Het gelijkheidsbeginsel lijkt daarvoor het meest geschikte algemene beginsel van behoorlijk bestuur. Voor de beantwoording van de onderhavige onderzoeksvraag is dat

95 Schlössels & Zijlstra 2010, p. 390.

96 Zo is bijvoorbeeld in de Belgische jurisprudentie aangenomen dat vanwege het nationale gelijkheidsbeginsel (en niet zozeer vanwege een zorgvuldige voorbereiding) de overheid bij gronduitgifte in beginsel een beroep op de mededinging moet doen. D’Hooge en Vandendriessche wijzen erop dat de Belgische Raad van State in de zaak *De Backer* heeft aangenomen dat “het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, betrokken op de verkoop van onroerende goederen door een gemeente, het bestuur er principieel toe verplicht de weg van de openbare verkoop te volgen”. Zie D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 122-126; Van Garsse 2007, p. 334 e.v.; Wauters & Ghysels 2008. Zie over de naar Belgisch recht vereiste zorgvuldige voorbereiding *De Moor-Van Vugt* 1987, p. 116 e.v. Overigens gelden volgens *Mast c.s.* naar Belgisch recht – evenals naar Frans recht – bij overeenkomsten voor koop, verkoop of huur voor de overheid in beginsel geen andere normen dan voor private partijen, ook ten aanzien van de gelijkheid van de contractanten; zie daarvoor, alsook over de wetgeving met betrekking tot de vervreemding van overheidseigendommen: *Mast e.a.* 2009, p. 149-151 resp. 304-305.

evenwel niet van belang, zodat hier niet dieper wordt ingegaan op het aanwijzen van een of meer specifieke beginselen en evenmin op de vraag of het transparantiebeginsel als zelfstandig beginsel van behoorlijk bestuur moet worden erkend.⁹⁷

Potentiële wederpartijen die naar aanleiding van de bekendmaking of anderszins op de hoogte zijn geraakt van de gronduitgifte, kunnen hun interesse bij de overheid in kwestie kenbaar maken. Hebben zij dat eenmaal gedaan, dan is die overheid verplicht hen – als bekende potentiële wederpartijen – mee te laten dingen naar de grond en derhalve toe te laten tot de toewijzingssystematiek. Deelname mag niettemin worden geweigerd als de overheid bij voorbaat kan vaststellen dat een bekende potentiële wederpartij ongeschikt is. Dat oordeel dient zorgvuldig te worden voorbereid en goed te zijn onderbouwd.

Als het aantal bekende potentiële wederpartijen waarvan de overheid de geschiktheid nog niet (of niet negatief) heeft beoordeeld vervolgens hoger is dan het aantal wederpartijen waarmee de overheid daadwerkelijk een gronduitgifteovereenkomst kan sluiten, dient een (nadere) selectie plaats te vinden. Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet deze selectie zijn gebaseerd op een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek.

Kortom, de overheid is verplicht gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte. Daarvoor is niet relevant of die gronduitgifte opdrachtverstrekking inhoudt dan wel zuivere gronduitgifte betreft.

12.5 UITZONDERINGEN

Op de verplichting om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden bestaan evenwel uitzonderingen. Het gaat daarbij ten eerste om uitzonderingen op de verplichting tot een voorafgaande openbare bekendmaking (paragraaf 12.5.1). Vervolgens zal blijken dat de voornaamste ruimte voor uitzonderingen voortvloeit uit c.q. bestaat bij het opstellen van de toewijzingssystematiek (paragraaf 12.5.2).

12.5.1 Geen voorafgaande openbare bekendmaking

Aangenomen moet worden dat een voorafgaande openbare bekendmaking bij nationale gronduitgifte in de volgende twee gevallen gerechtvaardigd achterwege kan blijven: *i*) als geen sprake is van schaarste of *ii*) als alle potentiële wederpartijen bekend zijn en rechtstreeks worden uitgenodigd. In beide gevallen is naar alle waarschijnlijkheid voldoende dat de overheid vooraf in redelijkheid kan verwachten dat schaarste ontbreekt c.q. dat alle potentiële wederpartijen bekend zijn.⁹⁸

97 Zie daarover onder meer Drahmman 2010; Buijze & Widdershoven 2010; Van Ommeren 2011; Drahmman 2011a; Buijze 2011; Wolswinkel 2011a.

98 Vergelijk de toets met betrekking tot het duidelijk grensoverschrijdend belang; zie paragraaf 4.3. De Belgische Raad van State heeft een soortgelijke toets aangelegd

Schaarste ontbreekt als er slechts één partij bestaat die op grond van de toewijzingssystematiek in aanmerking kan komen voor de positie van wederpartij. Dit gebrek aan schaarste hangt derhalve sterk samen met de hierna te bespreken (ruime) mogelijkheden die de overheid heeft om invulling te geven aan de toewijzingssystematiek. Is er op grond van de toewijzingssystematiek slechts één potentiële wederpartij, dan is een openbare bekendmaking zinloos. Dit type uitzondering is in het kader van schaarse vergunningen expliciet erkend door het CBb in *Swiss Leisure Group*.⁹⁹ Een voorbeeld waarin bij gronduitgifte in redelijkheid te verwachten kan zijn dat er slechts één potentiële wederpartij bestaat, is als een groenstrook grenzend aan één iemands achtertuin aan diegene wordt uitgegeven.¹⁰⁰ Overigens ontbreekt schaarste evenzeer in een situatie waarin er meer dan één potentiële wederpartij is, maar het aantal potentiële wederpartijen niettemin lager is dan het aantal partijen waarmee de overheid in kwestie daadwerkelijk kan contracteren.

Als wel sprake is van schaarste, kan een openbare bekendmaking alsnog achterwege blijven indien de overheid weet wie alle potentiële wederpartijen zijn en hen rechtstreeks uitnodigt.¹⁰¹ Ook in dat geval heeft een openbare bekendmaking geen toegevoegde waarde. De mate van waarschijnlijkheid dat de overheid bekend is met alle potentiële wederpartijen, hangt sterk af van de invulling van de toewijzingssystematiek; naarmate minder partijen bij voorbaat in staat zijn om aan de gestelde eisen te voldoen, neemt de kans toe dat de overheid bekend is met alle potentiële wederpartijen en derhalve in staat is om hen alle rechtstreeks uit te nodigen.

12.5.2 Toewijzingssystematiek: geen gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen

Enmaal bij de overheid bekende potentiële wederpartijen moeten worden toegelaten tot de toewijzingssystematiek. Zoals gezegd, geldt deze verplichting niet voor ongeschikte potentiële wederpartijen. Voor de beoordeling van de geschiktheid – en daarmee voor deze uitzonderingsmogelijkheid – geldt hetzelfde als voor de (rest van de) toewijzingssystematiek. De toewijzingssystematiek dient objectief, transparant en non-discriminatoir te zijn. Dit betekent dat de daarbij te

ter rechtvaardiging van het afzien van openbare grondverkoop; zie D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 126.

99 CBb 3 juni 2009, *LJN* BI6466 (*Swiss Leisure Group*), r.o. 6.3.5: “Het onder deze omstandigheden verlenen van een vergunning aan Hommerson’s voldoet dus in beginsel niet aan de eisen die op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gesteld aan de besluitvorming. Dit zou anders zijn, indien voor verweerder bij voorbaat vaststond dat alleen de litigieuze locatie op de Spuimarkt, waarover Hommerson’s gerechtigd is te beschikken, aan de wettelijke voorschriften voldeed, en elke andere aanvraag voor een derde halvergunning in het centrum zou moeten worden afgewezen.”

100 De Groot & Gruppen 2011.

101 Vergelijk paragraaf 4.5.

hanteren voorwaarden, eisen en criteria objectief moeten kunnen worden bepaald, zij vooraf kenbaar moeten zijn voor de deelnemende potentiële wederpartijen en de overheid ieder van hen gelijk beoordeelt aan de hand van deze voorwaarden, eisen en criteria. In de jurisprudentie is geen ruimte gelaten om van een dergelijke systematiek af te zien.

Dit neemt echter niet weg dat de overheid bij de inrichting van die systematiek een grote mate van beleidsvrijheid heeft. Met andere woorden, de overheid heeft een ruime discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de voorwaarden, eisen en criteria waarmee aan de toewijzingssystematiek inhoud wordt gegeven en aan de hand waarvan wordt bepaald wie uiteindelijk de wederpartij van de overheid wordt. De toewijzingssystematiek bevat aldus de differentiatiecriteria die het mogelijk maken onderscheid te maken tussen de verschillende potentiële wederpartijen en vervolgens een keuze te maken voor een van hen.¹⁰² Aangezien bij nationale gronduitgifte de Aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is, gelden de daarin opgenomen eisen aan de inhoud van de toewijzingssystematiek niet (zoals het limitatieve stelsel van uitsluitingsgronden).¹⁰³ De vrij-verkeerbepalingen uit het VwEU zijn evenmin van toepassing, zodat het daarin opgenomen verbod op discriminatie van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten niet geldt (al is dat praktisch gezien van weinig relevantie, aangezien bij nationale gronduitgifte wordt verondersteld geen grensoverschrijdende belangstelling te bestaan).

De wijze waarop een overheid een toewijzingssystematiek vormgeeft, is vatbaar voor marginale toetsing door de rechter. De keuze voor de uiteindelijke wederpartij mag niet duidelijk onjuist zijn,¹⁰⁴ hetgeen meebrengt dat deze keuze na een zorgvuldige belangenafweging tot stand moet komen waarbij enkel in dat geval relevante belangen mogen meespelen.¹⁰⁵ De keuze voor de wederpartij is het directe resultaat van het doorlopen van de toewijzingssystematiek, zodat de vereiste zorgvuldige belangenafweging (ook) ten grondslag dient te liggen aan de toewij-

102 Vgl. het opstellen van differentiatiecriteria voor beleid van bestuursorganen dat volgens sommigen verplicht is op grond van het gelijkheidsbeginsel; zie Van Wijk 2008, p. 333. Zo ook Van Ommeren 2004, p. 53. Hirsch Ballin maakt een zeer nuttig onderscheid door te stellen dat het gelijkheidsbeginsel vereist *dat* er differentiatiecriteria zijn; ten aanzien van de vraag *welke* criteria mogen worden gehanteerd stelt het gelijkheidsbeginsel slechts enkele buitengrenzen (denk aan discriminatie als bedoeld in art. 1 Gw). Voor het overige vereist toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een beoordeling van de belangenafweging die tot de keuze voor een bepaald differentiatie criterium heeft geleid; zie Hirsch Ballin 1988.

103 Art. 45 Aanbestedingsrichtlijn.

104 Zie de hierboven besproken uitspraak Vzv. Rb. Zwolle 15 februari 2008, *LJN BC7320 (Gronduitgifte Dalfsen)*, waar de voorzieningenrechter overweegt: “Slechts bij een duidelijk onjuiste selectie kan de keuze voor een contractspartner als onrechtmatig worden gekwalificeerd.” Zo ook P-G Awb I, p. 187-199 waarin is opgenomen dat “alleen bij een duidelijk onjuiste belangenafweging de keuze voor een contractpartner als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.”

105 P-G Awb I, p. 187-199, zoals besproken in paragraaf 12.1.2.

zingssystematiek. Aangezien de noodzaak tot en wijze van voorafgaande bekendmaking afhangt van de invulling van de toewijzingssystematiek, dient de overheid deze systematiek vast te stellen voordat zij potentiële wederpartijen benadert (rechtstreeks of door middel van een openbare bekendmaking). Mocht als gevolg van de gekozen toewijzingssystematiek een openbare bekendmaking achterwege blijven, dan verdient het aanbeveling dat de overheid die keuze gemotiveerd en openbaar bekendmaakt, voordat de toewijzingssystematiek wordt doorlopen. Niet-uitgenodigde potentiële wederpartijen kunnen dan bezwaar maken tegen die systematiek en de daarmee samenhangende keuze om hen geen gelijke kansen te bieden; zo nodig kan de rechter deze keuzes dan in kort geding (marginaal) toetsen. Een verplichting tot een dergelijke tijdige motivering lijkt voorsnog evenwel niet te bestaan.¹⁰⁶

Bij de belangenafweging kunnen allerlei publieke belangen een rol spelen. Deze belangen moeten uiteraard betrekking hebben op de gronduitgifte in kwestie, maar zijn niet beperkt tot het belang dat de wederpartij op de grond zo kwalitatief hoog mogelijke werken uitvoert voor een zo laag mogelijke prijs (dat wil zeggen: voor een zo hoog mogelijke opbrengst van de grond voor de overheid), zoals dat in feite bij bovendrempelige overheidsopdrachten het geval is.¹⁰⁷ Zo sanctioneerde de rechter door gemeenten gehanteerde toewijzingssystematieken waarbij ingezetenen uit de eigen gemeente werden bevoordeeld¹⁰⁸ of juist voordeel werd toegekend aan starters die weliswaar in de eigen gemeente werkten, maar daar nog meer dan tien kilometer vandaan woonden.¹⁰⁹ Andere publieke belangen die een rol kunnen spelen bij gronduitgifte zijn de stabiliteit op het gebied van de werkgelegenheid en

106 Deze zou wellicht kunnen worden gevonden in een nationaal transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie over de ontwikkeling van een dergelijk beginsel: Widdershoven e.a. 2007, p. 85 e.v.; Drahmman 2010; Buijze & Widdershoven 2010.

107 Zie bijvoorbeeld de considerans van het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn waaruit volgt dat het doel is om “een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te bewerkstelligen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt”; zie Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012, overweging 37. Overigens meent Arrowsmith dat het niet een doel van de aanbestedingsrichtlijnen is om ‘value for money procurement’ te bewerkstelligen; zie Arrowsmith 2012. De ruimte voor andere publieke belangen bestaat ook in België; zie D’Hooghe & Vandendriessche 2003, p. 124-125. Vgl. verder Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b; zij wijzen erop dat, anders dan in het aanbestedingsrecht, in het publiekrecht de afbakening van de kring van mogelijke aanvragers/ontvangers niet door duidelijke principes is genormeerd. Het komt dan ook voor dat deze kring van te voren al zo ver is afgebakend dat daarmee de uitkomst van de verdeling feitelijk reeds is bepaald, aldus de auteurs.

108 Hof Den Bosch 24 februari 1997, KG 1997, 133 (*Stoffelen/Prinsenbeek*).

109 Hof Den Bosch 7 februari 2006, LJV AW2547 (*Starterswoningen Son en Breugel*).

de aantrekkelijkheid voor andere bedrijven.¹¹⁰ Onder omstandigheden is het zelfs mogelijk dat een belangenafweging erin resulteert dat slechts één marktpartij in aanmerking kan komen voor de grond. Dit was het geval bij de uitgifte van een kavel in de zaak *Gronduitgifte Dalfsen*.¹¹¹ Het ging daarbij om de uitgifte van een van de kavels van een bedrijventerrein aan de voormalig eigenaar van dat gehele terrein, die bij de verkoop aan de gemeente Dalfsen had bedongen dat de gemeente hem de mogelijkheid zou geven om een vervangende woning te realiseren in de directe omgeving. Kennelijk was de beste manier om aan die voorwaarde te voldoen voor de gemeente om aan de voormalig eigenaar een van de kavels van het bedrijventerrein uit te geven.¹¹²

Een ander publiek belang dat wellicht aanleiding kan vormen om niet alle potentiële wederpartijen toe te laten tot de toewijzingssystematiek zou kunnen bestaan uit de daarmee gemoeide transactiekosten voor de betrokken partijen. Deze kosten zijn een vaak gehoord argument waarom gekozen zou mogen worden voor een meervoudig of enkelvoudig onderhandse toewijzingssystematiek.¹¹³ Hoewel dat nog niet als zodanig in de jurisprudentie aan de orde is gekomen, kan er wel van worden uitgegaan dat de bijbehorende kosten (met name die ten laste komen van de belastingbetaler) een relevant publiek belang zijn dat derhalve een rol kan spelen in de belangenafweging die leidt tot de keuze voor een bepaalde toewijzingssystematiek.¹¹⁴ Deze kosten zouden dan niettemin niet alleen moeten worden afgewogen tegen de gelijke behandeling en de zorgvuldigheid die een openbare bekendmaking meebrengt, maar (ten minste) ook tegen de mogelijke opbrengsten als gevolg van meer concurrentie door een openbare bekendmaking. Zeker in economisch minder florissante tijden moet gewaakt worden dat het kostenargument niet te eenvoudig de gelijke kansen van alle potentiële wederpartijen overschaadwt en daarmee opzijzet.

De eerder genoemde uitzonderingen uit de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005 passen binnen de hierboven beschreven uitzonderingsruimte.¹¹⁵ Op grond

110 HR 18 maart 2005, AB 2005, 408, m.nt. G.A. van der Veen en F.J. van Ommeren (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*), r.o. 3.4.3.

111 V.zr. Rb. Zwolle 15 februari 2008, *LJN BC7320 (Gronduitgifte Dalfsen)*, r.o. 4.4.

112 Vergelijk Kenniscentrum PPS, *Selectie van private partijen bij pps bij gebiedsontwikkeling*, 2004, p. 12: “Als een private partij een strategische grondpositie heeft en de publieke partij hem niet kan onteigenen, is selectie niet aan de orde. De publieke partij zal dan linksom of rechtsom moeten samenwerken met de private partij.”

113 Zie bijvoorbeeld Hebly 2010, p. 3: “Voor opdrachten van onbeduidende waarde wegen de administratieve lasten van een openbare aanbesteding onevenredig hoog.” Vergelijk verder Gids Proportionaliteit, juli 2012, bijlage bij *Kamerstukken I 2011/12*, 32 440, nr. F, p. 24-26, waar wordt ingegaan op de transactiekosten van aanbestedingsprocedures.

114 Zie in dat verband ook de vroegere Domeinenwet, waarin een drempel was opgenomen waaronder openbare verkoop in ieder geval niet was vereist. Deze drempel bedroeg destijds f 40.000,- (naar huidig prijspeil circa € 135.000,-). Zie paragraaf 2.2.1.

115 Zie paragraaf 9.2.

van de beleidsregels kan namelijk het bieden van gelijke kansen worden beperkt omwille van financiële en kwalitatieve redenen. Aangenomen moet worden dat bij de toepassing van deze uitzonderingen dezelfde eisen gelden als die worden gesteld aan de belangenafweging van het betreffende bouwministerie met betrekking tot de wijze waarop een nationale opdracht zal worden verstrekt.

Gelet op het voorgaande, is het aan de betreffende overheid om per geval zorgvuldig alle relevante belangen af te wegen bij het opstellen van de toewijzingssystematiek. Het uitgangspunt is daarbij een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek, op basis waarvan aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden. Niettemin kunnen andere relevante belangen zo zwaarwegend zijn dat zij tot gevolg hebben dat bij het opstellen van de toewijzingssystematiek een voorkeurs- of zelfs exclusieve positie moet worden toegekend aan bepaalde groepen van potentiële wederpartijen (bijvoorbeeld lokale of regionale marktpartijen), of aan één specifieke marktpartij (bijvoorbeeld vanwege afspraken die in verband met diens grondpositie zijn gemaakt).¹¹⁶ In dat laatste geval is de toewijzingssystematiek in feite zeer beperkt, aangezien er slechts één potentiële wederpartij is.

Bovenstaande belangenafweging biedt aldus de ruimte om minder of zelfs geen gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte. Gezien de in dit onderzoek gehanteerde uitgangspunten zou deze ruimte zo beperkt mogelijk moeten worden uitgelegd. Bij voorkeur wordt daartoe aangesloten bij de benadering van het Hof als het gaat om rechtvaardigingen omwille van dwingende redenen van algemeen belang. De overheid mag dan bij nationale gronduitgifte slechts een ander belang zwaarder laten wegen dan het bieden van gelijke kansen, als dat een algemeen belang betreft dat geschikt en proportioneel is (dat wil zeggen: geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaand dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is). Op die manier kan een goede balans worden gevonden tussen het bieden van gelijke kansen enerzijds en algemene belangen die daarmee conflicteren anderzijds. Om de afweging van de overheid in kwestie ook toetsbaar te maken, verdient het aanbeveling dat de overheid de keuze voor een toewijzingssystematiek waarbij niet aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden, tijdig gemotiveerd en openbaar bekendmaakt. Uitesloten potentiële wederpartijen kunnen deze keuze dan desgewenst in rechte laten toetsen en zo – bij een gebleken onzorgvuldige belangenafweging – alsnog gelijke kansen afdwingen.

116 De Groot en Gruppen noemen een ander voorbeeld dat in deze sleutel lijkt te kunnen worden geplaatst. Het betreft de situatie waarin een gemeente een pand (inclusief de grond) besluit te verkopen aan de voormalig huurder van dat pand, die het pand al 20 jaar huurde en ‘een bijzonder belang’ heeft bij dat pand. De auteurs gaan overigens niet verder in op wat een dergelijk ‘bijzonder belang’ zou kunnen inhouden. Zie De Groot & Gruppen 2011.

Overigens staat het de overheid vrij om met het oog op te hanteren toewijzings-systematieken bij gronduitgifte beleid op te stellen, net zoals overheden dikwijls een inkoopbeleid hebben over de selectie van de wederpartij bij opdrachtverstrekking.¹¹⁷ Daarin kunnen bijvoorbeeld de transactiekosten worden vertaald in een bagatelvrijstelling die bestaat uit een drempelwaarde waaronder geen of slechts aan een beperkt aantal potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden. Verder levert een zorgvuldige belangenafweging zoals hierboven bedoeld bij gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt ook de motivering op die de Aanbestedingswet vereist met betrekking tot de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand komt en voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.¹¹⁸ Het verdient dan ook aanbeveling om deze belangenafweging schriftelijk vast te leggen, zodat deze desgevraagd aan een ondernemer kan worden verstrekt.

12.6 OVERIGE ARGUMENTEN

In het voorgaande is aangegeven waarom op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur overheden in beginsel verplicht zijn om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen. In aanvulling op de daarbij gehanteerde argumenten, wordt in deze paragraaf nog kort gewezen op een aantal overige argumenten voor en tegen het erkennen van een dergelijke verplichting. Deze argumenten zijn als zodanig onvoldoende om te leiden tot het erkennen of afwijzen van een verplichting tot het bieden van gelijke kansen, maar spelen mogelijk wel een rol als rechters en de wetgever moeten bepalen of zij tot erkenning van die (nu nog) impliciete verplichting overgaan.

In dat kader wordt achtereenvolgens ingegaan op het geld en de tijd die gemoeid zijn met het bieden van gelijke kansen (paragraaf 12.6.1), het eigen initiatief (paragraaf 12.6.2), de rol van opgebouwd vertrouwen en goede ervaringen met een of meer marktpartijen (paragraaf 12.6.3), de vroegere Nederlandse wetgeving (paragraaf 12.6.4), het kunstmatige verschil in behandeling afhankelijk van de Europese dimensie (paragraaf 12.6.5), het risico van willekeur en favoritisme (paragraaf 12.6.6), het vermijden van staatssteun en het streven naar opbrengstmaximalisatie (paragraaf 12.6.7) en – tot slot – de literatuur (paragraaf 12.6.8).

12.6.1 Gelijke kansen kosten tijd en geld

Hierboven kwam al aan de orde dat extra transactiekosten die gemoeid zijn met het bieden van gelijke kansen, een rol kunnen spelen bij de invulling van de toewijzingssystematiek en langs die weg een rechtvaardiging kunnen opleveren om

117 Hetgeen in de praktijk ook wel gebeurt. Een verplichting voor het opstellen van dergelijk algemeen beleid bestaat echter niet, zo kan naar analogie worden afgeleid uit CBb 28 april 2010, *LJN BM4375 (Pierik en Meson)*, r.o. 6.4.

118 Zie paragraaf 12.1.3.

niet aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte. Deze kosten moeten dan ook slechts worden gezien als één van de relevante factoren die de overheid kan meenemen bij haar belangenafweging die leidt tot de keuze voor een bepaalde toewijzingssystematiek. De enkele omstandigheid dat het bieden van gelijke kansen extra kosten kan meebrengen, is op zichzelf derhalve nog geen argument om daar bij voorbaat van af te zien. Per geval moet dit worden afgewogen.

Hetzelfde geldt voor de extra tijd die gemoeid is met het bieden van gelijke kansen. Zo gaf het kabinet in 2004 aan dat een verplichting tot marktselectie in concurrentie bij gronduitgifte, kan leiden tot vertraging bij de realisatie van ontwikkelingslocaties.¹¹⁹ Dat was destijds een van de redenen voor het kabinet om van een dergelijke verplichting af te zien. Het lijkt echter veel juister om de (eventuele) extra tijd als gevolg van het bieden van gelijke kansen slechts mee te laten wegen als één van de relevante omstandigheden.

Ten opzichte van een meervoudig onderhandse procedure zijn de extra kosten en tijd hoofdzakelijk beperkt tot de openbare bekendmaking, het bieden van een redelijke termijn voor potentiële wederpartijen om hun interesse kenbaar te maken en de eventueel daaropvolgende selectie naar een beperkt aantal geschikte potentiële wederpartijen (*shortlisting*).¹²⁰ Tenzij grote aantallen geïnteresseerde potentiële wederpartijen worden verwacht waardoor *shortlisting* nodig is, zal een meervoudig onderhandse procedure maar zeer beperkt tijdswinst en kostenbesparing opleveren. Het lijkt dan op voorhand niet snel aannemelijk dat een dergelijke kostenbesparing en tijdswinst het achterwege laten van het bieden van gelijke kansen aan alle potentiële wederpartijen kan rechtvaardigen. Bij een grotere verwachte belangstelling moet worden meegewogen in hoeverre meer concurrentie kan leiden tot een potentiële wederpartij die de beoogde werken voor minder geld en/of in minder tijd kan uitvoeren. Ook dan is goed mogelijk dat het bieden van gelijke kansen juist leidt tot tijdswinst en/of kostenbesparing.

12.6.2 Eigen initiatief

Een ander argument dat het kabinet in 2004 aanvoerde tegen een verplichting tot marktselectie in concurrentie bij gronduitgifte was de mogelijke negatieve invloed daarvan op het particulier initiatief.¹²¹ De problematiek van een particulier of eigen initiatief (ook wel *unsolicited proposal* genoemd) is eigen aan iedere vorm van concurrentiestelling en is in de aanbestedingsrechtelijke literatuur besproken.¹²² Daaruit volgt dat vanwege de vereiste gelijke behandeling binnen de toewijzingssystematiek geen bijzondere positie kan worden toegekend aan de initiatiefnemer

119 Zie paragraaf 2.2.3.

120 Zie ook Hebly 2010.

121 Zie paragraaf 2.2.3.

122 Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 127 en de daar aangehaalde bronnen.

ten opzichte van andere potentiële wederpartijen. Aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt bij nationale gronduitgifte, aangezien ook dan de overheid haar potentiële wederpartijen gelijk moet behandelen. Dit zou slechts anders zijn als de rol van initiatiefnemer essentieel is voor de gronduitgifte, zoals die van de grondeigenaar in de hierboven besproken zaak *Gronduitgifte Dalfsen*.¹²³ In dat uitzonderlijke geval zou die omstandigheid ertoe kunnen leiden dat het resultaat van de belangenafweging van de overheid is, dat zij de grond een-op-een uitgeeft aan de initiatiefnemer.

In de regel zal de initiatiefnemer dus geen bijzondere positie verwerven ten opzichte van zijn concurrenten. Dit zou marktpartijen ervan kunnen weerhouden om een dergelijk initiatief te nemen. Mocht de overheid echter ideeën willen opdoen over mogelijke bestemmingen van bepaalde grond, dan staat het haar vrij om daarvoor een marktconsultatie te houden of om een competitie uit te schrijven waarin marktpartijen (tegen betaling) serieuze voorstellen kunnen indienen. Mede gelet op het bestaan van dergelijke alternatieven, komt het juist voor dat niet-essentiële eigen initiatieven niet als zodanig kunnen rechtvaardigen dat de overheid geen gelijke kansen biedt bij nationale gronduitgifte.

12.6.3 Vertrouwen en eigen ervaringen

Ten opzichte van het bieden van gelijke kansen hebben een-op-een en meervoudig onderhandse gronduitgifte het voordeel dat reeds opgebouwd vertrouwen en eerdere eigen ervaringen met de geselecteerde marktpartij(en) een rol kunnen spelen. Zo kunnen goede ervaringen met een bepaalde ontwikkelaar bij een eerdere gronduitgifte aanleiding vormen om ook een nieuwe gronduitgifteovereenkomst met die marktpartij te willen sluiten.¹²⁴ Het bieden van gelijke kansen zou in een dergelijk geval deze rol van de goede ervaringen in de weg staan.

Dit lijkt op het eerste gezicht wellicht een goede reden om geen gelijke kansen te bieden. Wat dat evenwel in feite zou inhouden, is een ongelijke behandeling tussen de potentiële wederpartijen, enkel gebaseerd op eerdere ervaringen met één van hen. Deze ongelijke behandeling zal naar verwachting niet snel gerechtvaardigd zijn, aangezien ook andere potentiële wederpartijen kunnen aantonen dat zij een goede staat van dienst hebben (maar dan bij andere overheden c.q. opdrachtgevers). Zolang er mogelijkheden zijn voor de overheid om in redelijkheid te waarborgen dat ook 'onbekende' potentiële wederpartijen het gewenste eindresultaat kunnen bereiken (bijvoorbeeld door bepaalde referenties te vragen), is niet aannemelijk dat het opgebouwde vertrouwen en goede ervaringen met één of meer marktpartijen kan rechtvaardigen dat de overheid ervan afziet om aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden.

123 Zie paragraaf 12.5.2.

124 Vergelijk het door Nijhof aangehaalde (Franse) beginsel van de *intuitus personae*; zie Nijhoff 2000, p. 202.

12.6.4 Gelijke kansen in vroegere wetgeving

In paragraaf 2.2 bleek dat Nederland lange tijd eigen wetgeving had, waarin het bieden van gelijke kansen bij nationale gronduitgifte als uitgangspunt was opgenomen. Zo gold meest recentelijk voor de rijksoverheid dat bij grondverkoop openbare verkoop was vereist, tenzij de waarde minder bedroeg dan f 40.000 (naar huidig prijspeil circa € 135.000), of tenzij goedkeuring van de Kroon was verkregen (voor het geval dat zich bijzondere omstandigheden voordeden die een uitzondering rechtvaardigden). Voor gemeenten gold het uitgangspunt dat bij het in gebruik geven van grond (zoals verhuur) mededinging diende plaats te vinden; wilde een gemeente dat toch onderhands doen, dan was goedkeuring van gedeputeerde staten nodig.

Deze wettelijke regelingen die gericht waren op het bieden van gelijke kansen, zijn pas betrekkelijk recent verdwenen. De reden daarvoor lijkt echter niet te zijn dat de wetgever het bieden van gelijke kansen geen goed uitgangspunt meer vond. De regeling voor de rijksoverheid verdween namelijk onder de (enkele) toezegging dat in plaats van de Kroon, de minister van Financiën de gewenste waarborgen zou kunnen verzekeren.¹²⁵ De regeling voor gemeenten verdween als gevolg van enerzijds een wetssystematische keuze (geen opsomming meer van de bevoegdheden van de raad en het college) en anderzijds de keuze om het preventieve toezicht door gedeputeerde staten te beperken.¹²⁶ Als argument werd dus niet aangevoerd dat de overheid geen gelijke kansen meer zou moeten bieden. Dit doet haast vermoeden dat de gelijke kansen als een soort onbedoelde *collateral damage* bij het doorvoeren van overige (beleids)wijzigingen uit de nationale wetgeving zijn verdwenen. Door thans een algemene verplichting tot het (in beginsel) bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte in de wetgeving op te nemen, kan de wetgever dit alsnog herstellen. Bovendien ligt de kans dan open om tot een meer uniforme regeling te komen voor alle overheden (centraal en decentraal).¹²⁷

In hoofdstuk 2 bleek echter ook dat in ieder geval bij het kabinet de laatste jaren de politieke wil ontbrak om een dergelijke verplichting in de wet op te nemen, terwijl dat eerder nog wel wenselijk werd geacht.¹²⁸ Wellicht dat de huidige nieuwe politieke verhoudingen zullen leiden tot een terugkeer naar dit eerdere standpunt. Een aanknopingspunt daarvoor zou kunnen zijn dat in de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 van (onder meer) de ministeries van BZK en I&M het volgende is opgenomen:¹²⁹

125 Zie paragraaf 2.2.1.

126 Zie paragraaf 2.2.2.

127 Op een eventuele toekomstige wettelijke regeling wordt nader ingegaan bij de aanbevelingen in hoofdstuk 14.

128 Zie paragraaf 2.2.3.

129 Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011, p. 65. Zie ook p. 25. Overigens wordt daarbij verwezen naar de brief van het kabinet aan de Tweede Kamer uit 2004, waarin het kabinet aangeeft niet voor een verplichting tot marktselectie in concurrentie te zijn; zie paragraaf 2.2.3.

“Hierbij wordt aangetekend dat – vanuit het oogpunt van concurrentie en gelijke behandeling van marktpartijen – de gemeente, ook wanneer daartoe op grond van het aanbestedingsrecht geen verplichting bestaat, een transparante procedure als vertrekpunt zou moeten laten gelden voor het benaderen van marktpartijen. Deze aanbeveling past bij bestaand beleid van de Rijksoverheid.”

In de passage wordt in feite verwezen naar zowel het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel (‘concurrentie’) als het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel (‘gelijke behandeling van marktpartijen’). Hoewel dat niet expliciet wordt vermeld, lijkt de Reiswijzer bovendien met een ‘transparante procedure’ te bedoelen een selectieprocedure, waarbij aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden. Alleen dan is immers optimaal sprake van concurrentie en gelijke behandeling.

12.6.5 Europese dimensie bepalend voor behandeling nationale marktpartijen

Een andere reden voor de rechter en wetgever om overheden expliciet te verplichten gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte kan zijn dat het een enigszins kunstmatig onderscheid in behandeling van Nederlandse potentiële wederpartijen voorkomt. Als gronduitgifte namelijk een Europese dimensie heeft, dan bleek eerder dat de overheid op grond van het Europese recht (aangevuld met het nationale gelijkheidsbeginsel) verplicht is gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.¹³⁰ Zou een dergelijke verplichting bij nationale gronduitgifte ontbreken, dan zijn de kansen die een Nederlandse marktpartij heeft op een gronduitgifteovereenkomst afhankelijk van de al dan niet aanwezige Europese dimensie: is die er, dan moet hij een gelijke kans krijgen; is die dimensie er niet en is derhalve sprake van een zuiver interne situatie, dan is het nog maar zeer de vraag of hij een kans krijgt. Dit verschil in behandeling van Nederlandse (rechts) personen door Nederlandse overheden, enkel afhankelijk van de te verwachten interesse vanuit een andere lidstaat, is onbegrijpelijk vanuit het perspectief van een Nederlandse potentiële wederpartij en kan eenvoudig worden opgeheven door ook bij nationale gronduitgifte te verplichten tot het bieden van gelijke kansen.¹³¹

130 Zie hoofdstuk 3 en 4 (Europese opdrachtverstrekking) respectievelijk hoofdstuk 11 (Europese gronduitgifte).

131 Vergelijk Drahmman 2011a; volgens haar is er geen goede reden waarom marktpartijen slechts bij grensoverschrijdende situaties tegen het risico van favoritisme en willekeur door de overheid moeten worden beschermd. Vgl. verder Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b; volgens hen moet een versplintering worden voorkomen tussen schaarse publieke rechten die onder het Europese recht vallen en schaarse publieke rechten die dat niet doen.

12.6.6 Waarborg tegen willekeur en favoritisme

Het bieden van gelijke kansen vormt verder een waarborg tegen willekeur en favoritisme ('vriendjespolitiek') door de overheid.¹³² Zonder regelgeving is aannemelijk dat beide zich zullen voordoen.¹³³ Is daarentegen het bieden van gelijke kansen in beginsel verplicht, dan mogen enkel rechtens relevante belangen een rol spelen bij de keuze voor de uiteindelijke wederpartij; willekeur en favoritisme behoren niet tot die belangen. In het kader van de verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van de Europese aanbestedingswetgeving formuleerde het Hof dat als volgt:¹³⁴

“De openstelling voor de mededinging binnen de Gemeenschap volgens de in de richtlijn vastgestelde procedures garandeert immers dat favoritisme door de overheid uitgesloten is (...).”

Daarmee is nog niet gezegd dat gelijke kansen als uitgangspunt nemen, de *enige* manier zou zijn om willekeur en favoritisme te voorkomen.¹³⁵ Wel zou de overheid door dit als uitgangspunt te nemen het duidelijkst stelling nemen tegen ieder risico van dergelijke onwenselijke praktijken.

Bovendien laat de hier voorgestane verplichting tot het bieden van gelijke kansen de ruimte om ook andere belangen te laten meewegen, zelfs als die op gespannen voet staan met de gelijke kansen. Hierboven bleek immers dat dergelijke belangen bij uitzondering een beperking kunnen vormen op de gelijke kansen van alle potentiële wederpartijen en deze kansen kunnen beperken tot een bepaalde groep of zelfs een bepaalde marktpartij. Om niet alsnog ruimte te bieden aan willekeur en favoritisme moeten deze uitzonderingsmogelijkheden niettemin restrictief worden toegepast.

132 De Romeinen gebruikten de openbare aanbesteding al voor dit doel; zie Manunza 2010.

133 Zie – in het kader van opdrachtverstrekking – Trepte 2004, p. 70 e.v. Zie ook Telgen 2011a: “overheden hebben de neiging om opdrachten onder een klein aantal (bekende en vertrouwde) bedrijven te verdelen.”

134 HvJ EG 27 november 2001, gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99 (*ANAS*), r.o. 35.

135 Een dergelijk argument zou het kaliber hebben van de stelling “*You’re either with us, or against us*”, hetgeen ten koste gaat van de nuance. De keuze om geen gelijke kansen te bieden hoeft immers niet altijd op willekeur of favoritisme te zijn gebaseerd, maar kan ook het resultaat zijn van een zorgvuldige belangenafweging; zie daarover paragraaf 12.5.2.

12.6.7 Staatssteun en opbrengstmaximalisatie

Eerder bleek al dat op Europees niveau het bieden van gelijke kansen bij grondverkoop wordt gezien als instrument om staatssteun te vermijden.¹³⁶ De gedachte daarbij is dat de grondprijs die na concurrentie tot stand komt, marktconform is. Zou de overheid genoeg nemen met een lagere prijs, dan bevoordeelt zij haar private wederpartij ten opzichte van diens concurrenten en verstoort zij aldus de mededinging. Vanuit het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel is een minimaal marktconforme prijs bij gronduitgifte derhalve geboden.¹³⁷

Het bieden van gelijke kansen als instrument om ten minste een marktconforme prijs tot stand te laten komen, is niet beperkt tot het Europese niveau. Zo beoogde de aanbestedingsverplichting in het KB uit 1815 een zo doelmatig mogelijke besteding van overheidsmiddelen en werd door de Tweede Kamer in het kader van de Domeinenwet uit 1848 van belang geacht dat bij grondverkoop door de rijksoverheid de hoogst mogelijke prijs werd bedongen – beide gevallen speelden ruim voordat de Europese gemeenschap het licht zag.¹³⁸ Dit streven tot opbrengstmaximalisatie past niet alleen binnen het gelijkheidsbeginsel, maar vloeit mede voort uit wat Nicolai noemt ‘het beginsel van doelmatig en economisch bestuur’.¹³⁹ Op grond daarvan dient de overheid haar bevoegdheden zo doelmatig en economisch mogelijk uit te oefenen. Deze plicht geldt niet alleen aan de inkomstenkant (opbrengstmaximalisatie) maar ook aan de uitgavenkant (zuinigheid bij overheidsbestedingen). Dit verklaart wellicht waarom de aanbestedingsverplichting voor de rijksoverheid in 1927 niet werd opgenomen in een afzonderlijke aanbestedingswet, maar in de Comptabiliteitswet, die de overheidsfinanciën regelde.¹⁴⁰ Met het verdwijnen van (de betreffende bepalingen uit) de Domeinenwet en Comptabiliteitswet lijkt de uitwerking van het beginsel van doelmatig en economisch bestuur in Nederland op het gebied van gronduitgifte wat meer naar de achtergrond te zijn verdwenen.

Anders is dat bijvoorbeeld in Duitsland, waar de overheid eveneens doelmatig en economisch moet handelen.¹⁴¹ In nationale wetgeving is daartoe opgenomen dat grond alleen voor een (ten minste) marktconforme prijs mag worden verkocht.¹⁴²

136 Zie paragraaf 2.1. Dit volgt met name uit Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties*, PbEG 1997, C-209/3.

137 Zie paragraaf 1.2.1 over die dimensie van het gelijkheidsbeginsel.

138 Zie respectievelijk paragraaf 9.1 en 2.2.1.

139 Nicolai 1990, p. 456.

140 Zie paragraaf 9.1.

141 Het betreft het *Grundsatz der Wirtschaftlichkeit*; zie daarover M. Schröder, ‘Administrative Law in Germany’, in: R. Seerden (red.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A Comparative Analysis*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 93-154, p. 120.

142 Zie art. 63 lid 3 van de Bundeshaushaltsordnung (BHO) en de (diverse) Landeshaushaltsordnungen (LHO). De toelichting bij de BHO vermeldt daarover: “Der volle

In de deelstaat Saksen is het beginsel van een ‘zuinig en economisch begrotingsbeleid’ voor grondverkoop bovendien uitgewerkt in het uitgangspunt dat de overheid grond alleen door middel van openbare aanbesteding verkoopt, zodat de grondverkoop in een zo groot mogelijke kring van gegadigden bekend wordt.¹⁴³ De wijze van bekendmaking moet daarbij in beginsel worden afgestemd op de verwachte kring van gegadigden (regionaal, bondsniveau, of internationaal). Ook in de Engelse wetgeving zijn bepalingen over de opbrengst van gronduitgifte opgenomen. De Town and Country Planning Act 1990 bepaalt dat lokale overheden grond mogen uitgeven om het ‘beste gebruik’ van die grond en eventuele werken op die grond te verzekeren.¹⁴⁴ De overheid moet de grond dan uitgeven tegen de hoogste waarde die in redelijkheid op de markt kan worden verkregen, behoudens toestemming van de minister.¹⁴⁵

Uit het bovenstaande volgt dat als de overheid bij gronduitgifte gelijke kansen biedt, daardoor normaal gesproken een ten minste marktconforme prijs wordt bereikt, hetgeen niet alleen verstoring van de mededinging voorkomt, maar eveneens de opbrengsten voor de overheid maximaliseert.¹⁴⁶ Dit laatste sluit aan bij het Nederlandse beginsel van doelmatig en economisch bestuur, zoals dat ook in andere lidstaten wordt erkend en nader is vormgegeven. Deze positieve bijeffecten van het bieden van gelijke kansen vormen aldus een aanvullend argument om daartoe over te gaan.

Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstandes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (...).” Zie daarover ook Koriath 2009, p. 116-118; Reidt 2007. Op grond van art. 64 BHO/LHO is bij grondverkoop bovendien een waardebeveling vereist. De waardebeveling bij grondverkoop is uitgewerkt in art. 192 e.v. van het Baugesetzbuch (BauGB); zie daarover Peine 2003, p. 280 e.v.

- 143 Zie het ‘Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums des Innern über die Veräußerung kommunaler Grundstücke (VwV kommunale Grundstücksveräußerung)’ van 2 maart 2004, art. 4 en 6.
- 144 Town and Country Planning Act 1990, art. 233. Het gaat dan om grond “[that] has been acquired or appropriated by a local authority for planning purposes and is for the time being held by them for the purposes for which it was so acquired or appropriated”. Overigens voeren Engelse lokale overheden – anders dan in Nederland – in beginsel geen actief grondbeleid, aldus Hobma e.a. 2008, p. 7 en 13.
- 145 Daarnaast is ook voor kortlopende huur een lagere opbrengst gerechtvaardigd. De Town and Country Planning Act 1990 schrijft overigens niet voor op welke wijze de grond moet worden uitgegeven; zie Arden, Manning & Collins 1999. Wade en Forsyth wijzen meer in het algemeen erop dat “The decision of a public authority to award a contract to one person rather than another is generally seen as a matter of private law and not subject to judicial review.”; zie Wade & Forsyth 2009, p. 547.
- 146 Niet uitgesloten is dat onder bijzondere omstandigheden een potentiële wederpartij bereid zal zijn meer te betalen voor de grond als die niet ‘op de markt komt’ dan de verwachte maximale opbrengst als wel gelijke kansen worden geboden.

12.6.8 Literatuur

De erkenning van de verplichting om bij nationale gronduitgifte door de overheid gelijke kansen te bieden sluit aan bij eerdere literatuur, hetgeen het nut en de noodzaak van erkenning van die verplichting verder ondersteunt. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt in literatuur die enkel ziet op nationale opdrachtverstrekking enerzijds en literatuur die (mede) betrekking heeft op nationale zuivere gronduitgifte anderzijds.¹⁴⁷

12.6.8.1 Nationale opdrachtverstrekking

In de literatuur is eerder gepleit voor een verplichting tot openbaar aanbesteden bij nationale opdrachtverstrekking (behoudens uitzonderingsgevallen). Een dergelijke verplichting brengt mee dat als gronduitgifte nationale opdrachtverstrekking inhoudt, de overheid gelijke kansen moet bieden aan alle potentiële wederpartijen.

Zo noemt Hendriks in 1957 “het beginsel van de gelijke kans” als motivering voor de openbare aanbestedingsplicht voor de rijksoverheid uit de Comptabiliteitswet.¹⁴⁸ Bij de toepassing van dat beginsel gaat men ervan uit dat eenieder die zich gegadigde acht voor de uitvoering van een bepaald werk, het recht heeft hierop in te schrijven, aldus Hendriks. Dit beginsel zal bovendien de bevoorrechtiging door de opdrachtgever van de ene gegadigde boven de andere tot een minimum reduceren. Niettemin signaleert hij dat onder omstandigheden dit beginsel van de gelijke kans strijdig kan zijn met het beginsel van het algemeen belang, bijvoorbeeld bij de wens om lokale ondernemingen te bevorderen.

Ook Spier wijst erop dat de overheid alle burgers in beginsel gelijk moet behandelen.¹⁴⁹ Dat brengt volgens hem mee dat “ze geen vrije keus heeft van haar wederpartij, in alle gevallen waarin niet met alle gegadigden gecontracteerd kan worden”, oftewel bij schaarste. Als zij een opdracht wil verlenen, dient de overheid op redelijke gronden een keuze te maken tussen de diverse gegadigden en moet zij in beginsel¹⁵⁰ ieder de kans geven haar te leveren; zij mag dus niet bepaalde leveranciers bij voorbaat terzijde schuiven, aldus Spier.¹⁵¹ Van den Berg gaat in op de door Spier voorgestane ‘kansgelijkheid’ bij opdrachtverstrekking door de overheid.¹⁵² Met het uitgangspunt dat de overheid acht hoort te slaan op het gelijkheidsbeginsel bij de keuze van een aanbestedingsmethode is Van den Berg het eens. Hij meent evenwel dat de overheid ook de ‘economische rationaliteit’ in het

147 Daarnaast sluit een verplichting tot het bieden van gelijke kansen uiteraard aan bij de in paragraaf 1.2.1 aangehaalde literatuur over het economisch grondslagenrecht.

148 Hendriks 1957, p. 180 e.v.

149 Spier 1981, p. 19.

150 Als voorbeelden van uitzonderingsgevallen noemt Spier het uitsluiten van fraudeurs en van leveranciers waarvan bekend is dat zij slechte waar leveren. Ook bij geringe aankopen is volgens hem het bieden van gelijke kansen niet nodig.

151 Spier 1981, p. 25-26 en p. 47-48.

152 Van den Berg 1990, p. 238 en 245.

oog moet houden, teneinde het belastinggeld doelmatig te besteden. Om die reden stelt hij voor gebruik te maken van een aanbesteding met voorafgaande selectie, die – net als een openbare aanbesteding – begint met een voorafgaande openbare bekendmaking.

Uit bovenstaande literatuur trekken Makkinga en Van Werven de conclusie dat “de schrijvers unaniem van mening zijn dat de overheid in principe iedereen gelijke kansen dient te geven om een overheidsopdracht te verwerven. Slechts over de daarbij te kiezen aanbestedingsvorm lopen de meningen uiteen. Openbaar aanbesteden kan nl. in strijd zijn met het beginsel van doelmatige besteding van overheidsmiddelen.”¹⁵³

Kort daarna heeft Nijholt in zijn dissertatie uit 1996 gepleit voor een openbaar aanbestedingsbeleid.¹⁵⁴ Dit houdt in dat de besluitvorming rond de aanbesteding openbaar is, hetgeen ertoe leidt dat “onderhandse (dat wil zeggen niet in het openbaar bekend gemaakte) aanbestedingen tot de zeldzame uitzonderingen behoren”. Hebly wijst in zijn preadvies voor de VBR jaarvergadering in 2010 op de bijzondere positie die de overheid in het contractenrecht inneemt.¹⁵⁵ De overheid is een zeer belangrijke opdrachtgever, met name door de inning van belastingen en andere inkomsten die zijn opgebracht door burgers. In dat verband hebben alle burgers volgens hem in beginsel “een gelijk recht (op de kans) om uit deze ‘overheidsruif’ mee te eten”. Dit recht vindt praktische uitwerking in een aanbesteding die door voorafgaande bekendmaking voor eenieder kenbaar en toegankelijk is. Hij vervolgt:

“In mijn visie noopt het gelijkheidsbeginsel – en het daaruit afgeleide objectiviteitsbeginsel – (semi)overheden tot het bieden van gelijke kansen aan alle partijen die daarvoor in aanmerking (wensen te) komen. In alle genoemde situaties moet dus een openbare aanbesteding plaatsvinden. De bijzondere positie van een (semi)overheid rechtvaardigt deze beperking van haar contractsvrijheid.”

12.6.8.2 Nationale zuivere gronduitgifte

De literatuur is evenwel niet beperkt tot betogen voor het bieden van gelijke kansen bij nationale opdrachtverstrekking. Diverse auteurs spraken zich ook uit voor een dergelijke verplichting bij overige schaarse overheidsvereenkomsten en meer in het bijzonder bij nationale zuivere gronduitgifte. Onder hen was ook Droogleever Fortuijn die in zijn preadvies voor de NJV in 1965 een algemene verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij overheidsvereenkomsten lijkt te formuleren.¹⁵⁶

153 Makkinga & Van Werven 1994, p. 47-48.

154 Nijholt 1996, p. 173. Dit sluit overigens aan bij het eerdere pleidooi van Adriaansens dat het niet gaat om de keuze van een bepaalde aanbestedingsvorm, maar om de openheid en publieke controleerbaarheid van de besluitvorming rondom de uitgifte van bouwopdrachten; zie Adriaansens 1981.

155 Hebly 2010.

156 Droogleever Fortuijn 1965.

Door de voorschriften in onder meer de Comptabiliteitswet en de Domeinenwet met betrekking tot openbare aanbesteding en verkoop wordt volgens hem namelijk bereikt dat alle in aanmerking komende particulieren gelijke kansen krijgen op een contract met de overheid. Hij vervolgt:

“Een particulier mag contracteren met wie hij wil, om redenen die hem goeddunken. De overheid mag dat niet, want het is een openbaar belang, dat alle burgers der gemeenschap gelijkelijk in staat worden gesteld leveranties te verrichten ten bate van de gemeenschap waartoe ook zij behoren.”

Enkele jaren later voegt hij daaraan toe:¹⁵⁷

“De overheid is niet alleen een commerciële koper, maar dient, naast haar eigen materiële belangen, tevens in het oog te houden dat de particuliere bedrijven gelijke kansen op leveranties aan de overheid dienen te krijgen. Behoorlijk bestuur verbiedt bevoordeling van de een boven de ander, tenzij daar goede, objectieve redenen voor zijn.”

Onder verwijzing naar dit laatste citaat stelt Bloembergen dat in situaties waarin de overheid over één object wil contracteren, terwijl daarvoor meerdere gegadigden zijn (oftewel: bij schaarste), het gelijkheidsbeginsel niet volledig is te realiseren omdat maar één gegadigde het contract zal krijgen en de anderen niet.¹⁵⁸ Dit neemt voor Bloembergen echter niet weg dat de overheid de gegadigden wel gelijke kansen moet bieden. In dat kader denkt hij dat uitbouw van de bestaande ‘spelregels’ (onder meer het BAW 1973) tot een verhoogde rechtsbescherming van de gegadigden zal kunnen leiden.

Zoals gezegd, formuleert Spier als uitgangspunt dat de overheid bij schaarste geen vrije keus heeft van haar wederpartij. Op de consequenties daarvan bij gronduitgifte gaat hij echter slechts zeer beperkt in.¹⁵⁹ De enkele stelling dat de overheid daarbij het gelijkheidsbeginsel moet hanteren, biedt volgens hem niet veel houvast, omdat het lastig is te bepalen welke gevallen gelijk zijn. Daarbij kunnen immers vele belangen spelen, zoals economische en/of sociale gebondenheid. Vele jaren later pleit Manunza ervoor om het mechanisme van de openbare aanbesteding niet alleen toe te passen bij onderdrempelige opdrachtverstrekking, maar ook bij grondverkoop.¹⁶⁰ Onder openbare aanbesteding verstaat zij een procedure die in het openbaar is bekendgemaakt.

157 E. Droogleever Fortuijn, ‘De overheid en de standaardcontracten’, *WPNR 5067 (1970)*, p. 33-39, zoals geciteerd door A.R. Bloembergen in Bloembergen & Slagter 1976, p. 21 en in Spier 1981, p. 24.

158 Bloembergen & Slagter 1976, p. 21-22.

159 Spier 1981, p. 100. Deze beperking heeft als reden met name dat het gebied zich kenmerkt door regelloosheid en dat een ander op dat moment (kennelijk) onderzoek deed naar de praktijk.

160 Manunza 2010. Zie ook Van Tilborg 2012. Van Tilborg neemt evenwel veel minder duidelijk stelling. Hij meent namelijk dat als een gemeente zelf een schaars goed gaat

Uit bovenstaande literatuur volgt dat de gedachte om bij nationale gronduitgifte de overheid te verplichten om gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen niet nieuw is, maar voortbouwt op eerdere pleidooien daarvoor in de literatuur. Dat geldt zowel voor gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt als voor nationale zuivere gronduitgifte.

12.7 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is betoogd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten worden ingevuld met het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, als gevolg waarvan zij de overheid verplichten om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden. In het bijzonder is uit de jurisprudentie afgeleid dat het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel de overheid nopen om een nationale gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken, zodat zij zowel het materiële publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel (oftewel: daadwerkelijke gelijke behandeling door de overheid) als het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel (oftewel: een door de overheid gewaarborgde gelijkheid van concurrentiekansen op de markt) waarborgt. De invulling van de (bestuursrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur conform deze gelijkheidsbeginselen uit het economisch publiekrecht gebeurt in de jurisprudentie evenwel nog onvoldoende expliciet.

Zodra potentiële wederpartijen dan eenmaal hun interesse kenbaar hebben gemaakt, is de overheid gehouden hen mee te laten dingen naar de grond en derhalve toe te laten tot de toewijzingssystematiek, met uitzondering van marktpartijen waarvan op voorhand vaststaat dat zij ongeschikt zijn voor de betreffende gronduitgifte. Indien het aantal bekende en geschikte potentiële wederpartijen vervolgens hoger is dan het aantal uiteindelijke wederpartijen, is sprake van schaarste en dient een (nadere) selectie plaats te vinden. Deze selectie moet zijn gebaseerd op een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Indien de gronduitgifte nationale opdrachtverstrekking inhoudt, stelt de Aanbestedingswet nog aanvullende eisen aan de (motivatie van de) keuze voor een bepaalde toewijzingssystematiek en vereist het een proportionele invulling daarvan.

Op de verplichting om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden bestaan uitzonderingen. Zo is aannemelijk dat een voorafgaande openbare bekendmaking in de volgende twee gevallen gerechtvaardigd achterwege kan blijven: *i)* als geen sprake is van schaarste of *ii)* als alle potentiële wederpartijen bekend zijn en rechtstreeks worden uitgenodigd. In beide gevallen wordt voldoende geacht dat

verdelen, zij zich moet afvragen of er meerdere potentiële gegadigden zijn; is dat het geval, dan kan volgens hem worden bepleit “dat de beginselen van behoorlijk bestuur met zich brengen dat er een vorm van mededingingsruimte dient te worden geboden”. Overigens maakt hij bovendien een onderscheid tussen de situatie waarin een derde zich bij de overheid meldt voor een bepaalde schaarse grondpositie en de situatie waarin de overheid een dergelijk schaars goed zelf wil verdelen. Dit onderscheid komt onjuist voor; zie voetnoot 91 van dit hoofdstuk.

de overheid vooraf in redelijkheid kan verwachten dat schaarste ontbreekt c.q. dat alle potentiële wederpartijen bekend zijn. Of een van beide situaties zich voordoet, zal in overwegende mate afhangen van de invulling van de toewijzingssystematiek. Het uitgangspunt daarbij is een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek op basis waarvan aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden. Niettemin mag de overheid ook andere relevante belangen laten meewegen. Deze belangen kunnen zo zwaarwegend zijn dat zij tot gevolg hebben dat bij het opstellen van de toewijzingssystematiek een voorkeurs- of zelfs exclusieve positie moet worden toegekend aan bepaalde groepen van potentiële wederpartijen (bijvoorbeeld lokale of regionale marktpartijen), of aan één specifieke marktpartij (bijvoorbeeld vanwege afspraken die in verband met diens grondpositie zijn gemaakt). De beleidsvrijheid die de overheid heeft bij het opstellen van de toewijzingssystematiek, leidt daarmee in feite tot een aanzienlijke uitzonderingsmogelijkheid op het uitgangspunt van de gelijke kansen. Gezien de in dit onderzoek gehanteerde uitgangspunten zou deze ruimte zo beperkt mogelijk moeten worden uitgelegd. Bij voorkeur wordt daartoe aangesloten bij de benadering van het Hof als het gaat om rechtvaardigingen omwille van dwingende redenen van algemeen belang. De overheid mag dan bij nationale gronduitgifte slechts een ander belang zwaarder laten wegen dan het bieden van gelijke kansen als dat een algemeen belang betreft dat geschikt en proportioneel is (dat wil zeggen: geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaand dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is). Bovendien verdient het aanbeveling dat de overheid de keuze voor een toewijzingssystematiek waarbij niet aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden, tijdig gemotiveerd en openbaar bekendmaakt. Uitgesloten potentiële wederpartijen kunnen deze keuze dan desgewenst in rechte laten toetsen en zo – bij een gebleken onzorgvuldige belangenafweging – alsnog gelijke kansen afdwingen.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur vormen de grondslag voor bovenstaande verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij nationale gronduitgifte. Dit neemt echter niet weg dat er nog meer argumenten zijn die een rol kunnen spelen bij de erkenning van die verplichting. In het voorgaande is met name betoogd dat erkenning de herleving zou betekenen van vroegere wetgeving waarin het uitgangspunt van gelijke kansen was opgenomen, maar later daaruit is verdwenen om redenen die klaarblijkelijk niet te maken hadden met dat uitgangspunt als zodanig. Het bieden van gelijke kansen voorkomt daarnaast een kunstmatig verschil in behandeling van Nederlandse (rechts)personen door Nederlandse overheden, enkel gebaseerd op de te verwachten interesse vanuit een andere lidstaat. Verder vormt de keuze voor gelijke kansen een duidelijke waarborg tegen willekeur en favoritisme, draagt het bij aan het voorkomen van staatssteun en aan het bereiken van een maximale opbrengst, en vindt een verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij nationale gronduitgifte steun in de literatuur.

Hoofdstuk 13

Conclusie Deel B – Impliciete verplichting tot bieden van gelijke kansen

Het doel van het tweede deel van dit onderzoek was om te komen tot een beantwoording van de tweede subvraag. In dat kader is onderzocht of bij gronduitgifte waarvoor geen expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bestaat (dat wil zeggen: Europese zuivere gronduitgifte en nationale gronduitgifte), niettemin een impliciete verplichting daartoe in het huidige recht kan worden erkend zonder dat daarvoor wetwijziging is vereist. Met andere woorden, gezocht is naar een impliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte en nationale gronduitgifte, die op dit moment door de rechter kan worden erkend of door de wetgever in wetgeving kan worden geëxpliciteerd.

Europese zuivere gronduitgifte

In hoofdstuk 11 is geconcludeerd dat de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten uit artikelen 49 en 56 VwEU vereisen dat de overheid gelijke kansen biedt aan potentiële wederpartijen uit andere lidstaten zodra zij overgaat tot gronduitgifte met een Europese dimensie, oftewel met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Behoudens objectieve rechtvaardiging vormt het achterwege laten van een voorafgaande openbare bekendmaking bij Europese zuivere gronduitgifte een indirecte discriminatie. Deze materiële ongelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen is in strijd met artikelen 49 en 56 VwEU. Als vervolgens potentiële wederpartijen uit andere lidstaten hun interesse voor de gronduitgifte kenbaar maken, dient de overheid een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek te hanteren om te waarborgen dat deze potentiële wederpartijen niet alsnog worden beperkt in de uitoefening van hun fundamentele vrijheden. Vanwege het nationale gelijkheidsbeginsel (als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur) moet de overheid deelnemende potentiële wederpartijen uit Nederland gelijk behandelen met die uit andere lidstaten en is zij derhalve verplicht een toewijzingssystematiek te hanteren die voor alle potentiële wederpartijen objectief, transparant en non-discriminatoire is.

Het VwEU, in het bijzonder artikelen 49 en 56, aangevuld met het nationale gelijkheidsbeginsel, verplicht aldus tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte door de overheid. De ratio daarachter is met name een materiële gelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. Artikel 345 VwEU staat aan deze verplichting niet in de weg. Niettemin bestaan op deze

verplichting in theorie wel uitzonderingen. Naar alle waarschijnlijkheid doen de Verdragsuitzonderingen zich echter niet voor bij gronduitgifte en is het uiterst onwaarschijnlijk dat het niet bieden van gelijke kansen kan worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang. Gelet hierop, zou de Nederlandse en/of Europese rechter desgevraagd deze verplichting moeten erkennen en lijkt het slechts een kwestie van tijd totdat die erkenning volgt. Daarnaast zou het de rechtszekerheid zeer ten goede komen als deze verplichting in wetgeving wordt vastgelegd en nader uitgewerkt. Dit dient bij voorkeur op Europees niveau te gebeuren, maar dat neemt niet weg dat het aanbeveling verdient dat – zolang een Europees wetsvoorstel uitblijft – de Nederlandse wetgever tot codificatie in nationale wetgeving overgaat.

Nationale gronduitgifte

Ontbreekt een Europese dimensie, dan dient te worden teruggevallen op het zuiver nationale recht. In hoofdstuk 12 is betoogd dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten worden ingevuld met het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, als gevolg waarvan zij de overheid verplichten om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel de overheid nopen om een nationale gronduitgifte vooraf openbaar bekend te maken en op die manier het materiële publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel te waarborgen. Zodra potentiële wederpartijen dan eenmaal hun interesse kenbaar hebben gemaakt, is de overheid gehouden hen mee te laten dingen naar de grond en derhalve toe te laten tot de toewijzingssystematiek. Dit geldt echter niet voor marktpartijen waarvan op voorhand vaststaat dat zij ongeschikt zijn voor de betreffende gronduitgifte. Indien het aantal bekende en geschikte potentiële wederpartijen vervolgens hoger is dan het aantal uiteindelijke wederpartijen, is sprake van schaarste en dient een (nadere) selectie plaats te vinden. Deze selectie moet zijn gebaseerd op een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek.

Op de verplichting om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden bestaan uitzonderingen, namelijk als naar verwachting *i)* geen sprake is van schaarste of *ii)* alle potentiële wederpartijen bekend zijn en rechtstreeks worden uitgenodigd. Of een van beide situaties zich voordoet, zal in overwegende mate afhangen van de invulling van de toewijzingssystematiek. Het uitgangspunt daarbij is een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek op basis waarvan aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden. Andere relevante belangen kunnen echter zo zwaarwegend zijn, dat zij tot gevolg hebben dat een voorkeurs- of zelfs exclusieve positie moet worden toegekend aan een groep potentiële wederpartijen of zelfs aan één bepaalde marktpartij. Deze uitzondering zou niettemin zo beperkt mogelijk moeten worden uitgelegd, bij voorkeur door slechts een ander belang zwaarder te laten wegen dan het bieden van gelijke kansen als dat een algemeen belang betreft dat geschikt en proportioneel is (dat wil zeggen: geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaand dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk

is). Bovendien verdient het aanbeveling dat de overheid de keuze voor een toewijzingssystematiek waarbij niet aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen worden geboden, tijdig gemotiveerd en openbaar bekendmaakt.

Behalve de juridische verplichting om op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur over te gaan tot het bieden van gelijke kansen, is ook een aantal aanvullende argumenten aan de orde gekomen ten faveure van een dergelijke verplichting en is ten aanzien van een aantal argumenten tegen die verplichting betoogd dat deze onvoldoende gewicht in de schaal leggen. Dit alles brengt mee dat ten aanzien van nationale gronduitgifte de Nederlandse rechter desgevraagd de verplichting tot het bieden van gelijke kansen (behoudens uitzonderingsgevallen) zou moeten erkennen. Ook kan de wetgever besluiten deze verplichting wettelijk vast te leggen en nader uit te werken, zodat meer rechtszekerheid wordt verkregen. De wijze waarop dat zou kunnen, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

Beantwoording tweede subvraag

De tweede subonderzoeksvraag luidde:

Voor zover het huidige recht niet voorziet in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen, kan die verplichting dan alsnog in het huidige recht worden erkend of is daarvoor wetswijziging vereist?

Op grond van het voorgaande, kan deze vraag nu als volgt schematisch worden beantwoord:

IMPLICIETE VERPLICHTING IN HUIDIG RECHT TOT BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN?

		Gronduitgifteovereenkomsten ter inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken		
		Opdrachtverstrekking		Zuivere gronduitgifte
		Overheidsopdracht voor werken	Concessie- overeenkomst voor werken	
Europese dimensie	> drempel	N.v.t. Expliciete verplichting		Ja: VwEU
	< drempel	N.v.t. Expliciete verplichting		
Nationale dimensie		Ja: Abbb M.u.v. bouwministeries: Beleidsregels aanbesteding van werken (expliciet)		Ja: Abbb

Figuur 5 Resultaten Deel B

Hoofdstuk 14

Eindconclusie en aanbevelingen

Aan het begin van dit onderzoek werd als uitgangspunt genomen dat de huidige Nederlandse rechtsstaat invulling zou moeten geven aan het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel zodra de overheid zelf actief wordt op de markt door grond uit te geven waarop de uitvoering van werken is voorzien. De overheid zou dan bij die gronduitgifte gelijke kansen moeten bieden, hetgeen erop neerkomt dat zij haar voornemen tot gronduitgifte vooraf openbaar bekendmaakt en de keuze voor haar wederpartij baseert op een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek. Ter rechtvaardiging van deze stelling werd verwezen naar economisch-publiekrechtelijke literatuur, waarin het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel al geruime tijd zijn beschreven. Om te onderzoeken of het huidige recht ook daadwerkelijk verplicht tot het bieden van gelijke kansen, werd de volgende vraag gesteld:

Voorziet het huidige recht in een expliciete verplichting voor Nederlandse overheden om bij het sluiten van een gronduitgifteovereenkomst gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen, behoudens bepaalde uitzonderingsgevallen, en, voor zover dat niet het geval is, kan die verplichting alsnog in het huidige recht worden erkend of is daarvoor wetswijziging vereist?

De daaropvolgende hoofdstukken hebben laten zien dat op verschillende plaatsen in het huidige recht is terug te vinden dat de overheid gelijke kansen moet bieden omwille van het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Het duidelijkst is dat het geval in de Europese aanbestedingswetgeving, gevolgd door de jurisprudentie van het Hof over (thans) artikelen 49 en 56 VwEU. Echter, ook in recente nationale jurisprudentie komen het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel terug, als invulling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze bevindingen tezamen leiden tot de conclusie dat in het huidige positieve recht het uitgangspunt voor de Nederlandse overheid bij gronduitgifte is, dat zij gelijke kansen moet bieden aan alle potentiële wederpartijen.

Buiten beschouwing is gebleven de verdere inhoudelijke invulling van de toewijzingssystematiek (dat wil zeggen: de keuze voor bepaalde objectieve voorwaarden, eisen en criteria), tenzij dat direct relevant was voor de bekendmakingsverplichting; dit neemt overigens niet weg dat deze invulling in de praktijk ook van invloed kan zijn op de gelijke kansen van de potentiële wederpartijen zodra de

hier besproken ‘hobbels’ van de bekendmaking en toewijzingssystematiek eenmaal zijn genomen.

14.1 BIEDEN VAN GELIJKE KANSEN UITGEWERKT IN DRIE REGIMES

De manier waarop bovenstaand uitgangspunt de gestalte krijgt van een concrete juridische verplichting hangt af van de aard en omvang van de gronduitgifteovereenkomst in kwestie. In totaal zijn daartoe drie verschillende regimes onderscheiden, waarin telkens invulling is gegeven aan zowel het publiekrechtelijke als het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel.

In alle gevallen zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing. Uit de nationale jurisprudentie is in dit onderzoek afgeleid dat deze beginselen, in het bijzonder het gelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, moeten worden ingevuld met het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel, als gevolg waarvan zij de overheid verplichten om bij nationale gronduitgifte gelijke kansen te bieden. Voor de uitzonderingen op die verplichting is met name relevant dat bij het opstellen van de toewijzingssystematiek ook andere belangen een rol mogen spelen. Deze kunnen zo zwaarwegend zijn dat zij tot gevolg hebben dat een voorkeurs- of zelfs exclusieve positie moet worden toegekend aan een groep potentiële wederpartijen of zelfs aan één bepaalde marktpartij. Een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen kan dus ertoe leiden dat de overheid gerechtvaardigd afwijkt van bovenstaand uitgangspunt en minder of geen gelijke kansen biedt. Deze uitzondering op het publiek- en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel zou niettemin zo beperkt mogelijk moeten worden uitgelegd. Bij voorkeur mag een ander belang slechts zwaarder wegen dan het bieden van gelijke kansen als dat een algemeen belang betreft dat geschikt en proportioneel is (dat wil zeggen: geschikt om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verdergaand dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is).

Als de gronduitgifte een Europese dimensie heeft, omdat de gronduitgifteovereenkomst een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, zijn niet alleen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, maar ook het VwEU. In dat verdrag is het publiekrechtelijke gelijkheidsbeginsel uitgewerkt in het algemene verbod op discriminatie naar nationaliteit van artikel 18 VwEU en in de specifieke vrij-verkeerbepalingen van artikelen 49 en 56 VwEU. Deze twee laatste bepalingen vereisen een materiële gelijke behandeling door de overheid van potentiële wederpartijen uit andere lidstaten ten opzichte van nationale potentiële wederpartijen. De toegang tot gronduitgifte door de overheid valt onder deze fundamentele vrijheden en het achterwege laten van gelijke kansen op een gronduitgifteovereenkomst vormt een daardoor verboden indirecte discriminatie. Om die reden verplicht het VwEU de overheid bij Europese gronduitgifte tot een proactieve materiële gelijke behandeling door middel van het bieden van gelijke kansen aan potentiële wederpartijen uit andere lidstaten. Daarnaast beogen beide vrij-verkeerbepalingen ook het openstellen van de markt in de lidstaten voor een

onvervalste mededinging (conform het privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel), al wordt dat door het Hof niet als primaire grondslag genoemd voor de verplichting om gelijke kansen te bieden. Uitzonderingen op die verplichting zijn weliswaar in theorie mogelijk, maar praktisch uiterst onwaarschijnlijk bij gronduitgifte. Vanwege het nationale gelijkheidsbeginsel (als een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) moet de overheid geïnteresseerde potentiële wederpartijen uit Nederland gelijk behandelen met die uit andere lidstaten en is zij derhalve verplicht aan álle potentiële wederpartijen gelijke kansen te bieden.

Europese gronduitgifte kan ook opdrachtverstrekking inhouden. Daarvan is sprake als de gronduitgifteovereenkomst moet worden beschouwd als overheidsopdracht of concessieovereenkomst voor werken. Indien de geraamde waarde van de opdrachtverstrekking de drempelwaarde overschrijdt (thans € 5 miljoen exclusief btw), valt de gronduitgifte onder de aanbestedingswetgeving. Momenteel bestaat die wetgeving uit de Aanbestedingsrichtlijn en de implementatie daarvan in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao') c.q. de Aanbestedingswet. In de aanbestedingswetgeving zijn het materiële publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel gewaarborgd door de daarin opgenomen Europese aanbestedingsplicht, die inhoudt dat de overheid gelijke kansen moet bieden. Deze verplichting is sinds halverwege de jaren zestig tot in steeds groter detail uitgewerkt, zowel wat betreft de verplichte voorafgaande openbare bekendmaking als de daarna te doorlopen aanbestedingsprocedure. Ook hier geldt dat uitzonderingen mogelijk, maar in de praktijk zeer onwaarschijnlijk zijn. In aanvulling op de Europese aanbestedingswetgeving, verplichten de Beleidsregels aanbesteding van werken de 'bouwministeries' eveneens gelijke kansen te bieden bij bepaalde onderdrempelige opdrachtverstrekking.

Deze uitwerkingen van het bieden van gelijke kansen in drie verschillende regimes zijn in de praktijk vaak tegelijkertijd van toepassing. In die gevallen is van belang om te weten welk regime bepalend is voor het al dan niet bestaan van een verplichting om gelijke kansen te bieden. De onderlinge rangorde wordt allereerst bepaald door de voorrang van Europees op nationaal recht en vervolgens door de voorrang van secundaire op primaire Uniewetgeving. Mits van toepassing, is dus de aanbestedingswetgeving doorslaggevend, gevolgd door het VwEU en – tot slot – de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

14.2 STATUS VAN DE REGIMES

Naar de huidige stand van het recht verschilt de 'status' van de drie regimes. De verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van de aanbestedingswetgeving is expliciet daarin opgenomen. Eveneens expliciet is de verplichting om voor Europese onderdrempelige opdrachtverstrekking gelijke kansen te bieden. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat daarbij voor de overheid een transparantieverplichting geldt, alsmede dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie van toepassing zijn en de toewijzingssystematiek onpartijdig dient te zijn.

Expliciete erkenning in de wetgeving of jurisprudentie ontbreekt vooralsnog bij Europese zuivere gronduitgifte en nationale gronduitgifte (zowel nationale zuivere gronduitgifte als gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt), met uitzondering van de eerdergenoemde opdrachtverstrekking door de bouwministeries. Dit neemt echter niet weg dat in beide gevallen het VwEU en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de overheid op dit moment al impliciet verplichten gelijke kansen te bieden. In dit onderzoek is het bestaan van die verplichting op beide grondslagen aangetoond, waarmee dit onderzoek een bijdrage levert aan de huidige doctrine, met potentieel vérstreckende gevolgen voor de praktijk. Door de beschreven nationaalrechtelijke grondslag voor het verplicht bieden van gelijke kansen is de tijd bovendien rijp om afscheid te nemen van de op dit moment veelal levende gedachte dat ‘als het niet moet van Europa, de overheid de volledige vrijheid heeft in de keuze voor haar wederpartij’. Ook zonder ‘Brussel’ en ‘Luxemburg’ moeten gelijke kansen het uitgangspunt vormen. De vroegere Nederlandse wetgeving waarin dat uitgangspunt ook was terug te vinden bij nationale opdrachtverstrekking en zuivere gronduitgifte, alsook de huidige Beleidsregels aanbesteding van werken, laten zien dat gelijke kansen niet uitsluitend een Europese kwestie zijn.

Het voorgaande leidt tot onderstaand schematisch overzicht van de (doorslaggevende) grondslagen van de verplichting voor de overheid om – behoudens uitzonderingsgevallen – bij gronduitgifte gelijke kansen te bieden aan alle potentiële wederpartijen.

VERPLICHTING VOOR DE OVERHEID OM GELIJKE KANSSEN TE BIEDEN

		Gronduitgifteovereenkomsten ter inrichting van de ruimte door het uitvoeren van werken		
		Opdrachtverstrekking		Zuivere gronduitgifte
		Overheidsopdracht voor werken	Concessie- overeenkomst voor werken	
Europese dimensie	> drempel	Aanbestedingswetgeving (expliciet)		VwEU (impliciet)
	< drempel	VwEU (expliciet)		
Nationale dimensie		Abbb (impliciet) M.u.v. bouwministeries: Beleidsregels aanbesteding van werken (expliciet)		Abbb (impliciet)

Figuur 6 Overzicht verplichting tot bieden van gelijke kansen

14.3 OPDRACHTVERSTREKKING VERSUS ZUIVERE GRONDUITGIFTE

Het onderscheid tussen gronduitgifte die opdrachtverstrekking inhoudt enerzijds en zuivere gronduitgifte anderzijds is cruciaal voor de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht en daarmee voor het bestaan van een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen. Dit is vermoedelijk ook de reden waarom in de jurisprudentie, literatuur en publicaties van de Nederlandse overheid veel aandacht is uitgegaan naar dit onderscheid. Door deze focus op de vraag of al dan niet sprake is van opdrachtverstrekking lijkt echter het beeld te zijn ontstaan dat alleen die vraag relevant is. Ten onrechte is onderbelicht gebleven of de overheid ook gelijke kansen moet bieden als géén sprake is van opdrachtverstrekking, maar van zuivere gronduitgifte. In dit onderzoek is die vraag wel gesteld en vervolgens positief beantwoord. Het onderscheid tussen gronduitgifte die opdrachtverstrekking inhoudt en zuivere gronduitgifte is dus niet relevant voor de aanwezigheid van een verplichting voor de overheid om daarbij gelijke kansen te bieden; in beide gevallen zijn gelijke kansen het uitgangspunt. Het onderscheid is echter onverminderd relevant om te weten welke uitwerking van dat uitgangspunt, oftewel welk regime, van toepassing is. Voor de praktijk is dit nog steeds van groot belang omdat het toepasselijke regime bij bovendrempelige opdrachtverstrekking (te weten: de aanbestedingswetgeving) veel gedetailleerder – en dat in opzicht ook strikter – is dan het regime bij zuivere gronduitgifte (te weten: het VwEU of de abbb). Dit geldt te meer nu op korte termijn ook voor bovendrempelige concessieovereenkomsten voor werken nadere regels zullen worden vastgesteld in de Concessierichtlijn.

Een overheid moet derhalve van tevoren kunnen bepalen of een voorgenomen gronduitgifte opdrachtverstrekking inhoudt. Dit is echter vaak nog knap lastig. Relevante jurisprudentie van het Hof is zeer schaars en het arrest *Auroux/Roanne* is op enkele punten te onduidelijk (met name ten aanzien van de tegenprestatie van de aanbestedende dienst en de wijze waarop de omvang van het ‘werk’ werd vastgesteld).¹ In de literatuur zijn vele, doorgaans korte bijdragen geschreven over afzonderlijke elementen van de definitie van een overheidsopdracht voor werken en – in veel mindere mate – van een concessieovereenkomst voor werken. Een uitgebreide, systematische benadering van die afzonderlijke elementen, vanaf hun oorsprong tot nu, ontbrak echter. Hetzelfde geldt voor dergelijk onderzoek naar de onderlinge samenhang van die elementen. Op beide punten beoogt dit onderzoek in de bestaande leemten te voorzien. De noodzaak daarvan blijkt ook wel uit de (lagere) nationale rechtspraak, waarin voorzieningenrechtshouders in het beperkte bestek van een kort geding moesten omgaan met deze specifieke en veelal niet uitgekristalliseerde materie. Dit heeft geleid tot verduidelijking op sommige punten, maar ook tot uitspraken die zich niet of slechts moeilijk laten inpassen in het aanbestedingsrecht en zich in ieder geval niet goed lenen voor algemene toepassing.²

1 Zie respectievelijk paragraaf 5.6.4.3 en 5.9.5.3.

2 Zo lijkt het gerechtshof in *Mortierepolder* ten onrechte relevant te achten dat de uiteindelijke kopers van de woningen betalen voor de uitvoering van de openbare werken; zie paragraaf 5.6.1 en 5.6.4. De Rechtbank Alkmaar verwacht de prestatie van

14.3.1 Overheidsopdracht voor werken

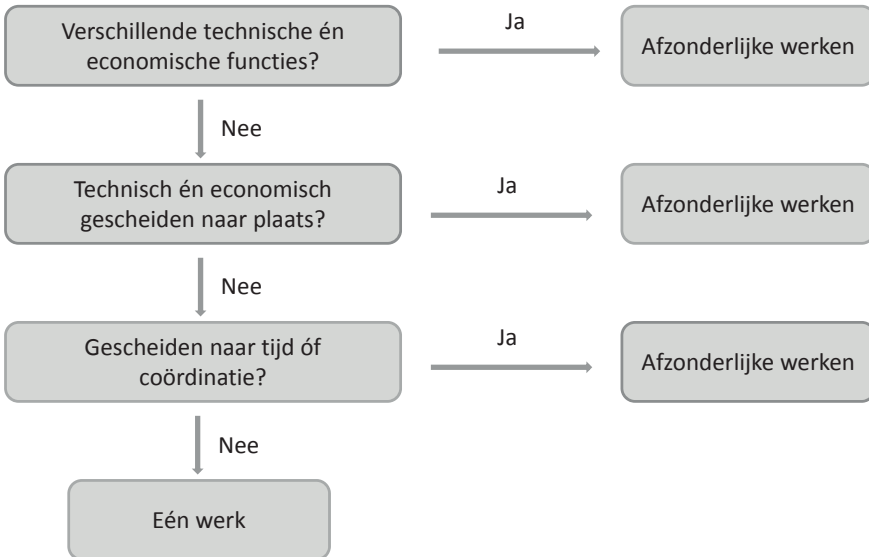
De uitgevoerde analyse van de definitie van een overheidsopdracht voor werken heeft geleid tot een opsomming van een aantal cumulatieve elementen, die functioneel moeten worden uitgelegd. Daarbij is gekozen voor een enge benadering van het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. Dit betekent dat met een overeenkomst onder bezwarende titel slechts wordt bedoeld dat de aanbestedende dienst een op geld waardeerbare tegenprestatie levert in ruil voor de prestatie van de aannemer, te weten het uitvoeren van werken. Andere omstandigheden zijn irrelevant voor de aanwezigheid van dit element. De tegenprestatie moet voor beide partijen een waarde vertegenwoordigen en kan vele vormen aannemen. In dat kader is een onderscheid gemaakt tussen enerzijds rechtstreekse en indirecte betaling in geld en anderzijds rechtstreekse en indirecte betaling in natura. In alle gevallen is vereist dat een separate tegenprestatie voor de uit te voeren werken kan worden geïdentificeerd. Bovendien kan een overeenkomst enkel een overheidsopdracht voor werken vormen als het – gezien de tegenprestatie van de aanbestedende dienst – geen concessieovereenkomst voor werken is.

De enge benadering van het element ‘overeenkomst onder bezwarende’ titel brengt verder mee dat het ‘rechtstreeks economisch belang’ als afzonderlijk element is onderscheiden. Voor dat element is vereist dat het uitvoeren van de werken door de aannemer een economische waarde vertegenwoordigt voor de aanbestedende dienst, hetgeen met name het geval is als de aanbestedende dienst de beschikking over het uitgevoerde werk verkrijgt en/of als mogelijk economische voor- of nadelen voor de aanbestedende dienst zullen optreden in samenhang met het gebruik en de overdracht van het werk. Alleen als de werken ook voor een private opdrachtgever een economische waarde zouden vertegenwoordigen, moet deze waarde voldoende worden geacht om een rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst op te leveren.

De aanbestedingswetgeving noemt bij het element ‘uitvoeren van werken’ drie subtypes. Door ontwikkelingen in de jurisprudentie zijn twee van de drie in feite gelijk geworden, zodat hier is gekozen voor twee, materieel verschillende subtypes. Het betreft *i)* werkzaamheden uit bijlage 1 en *ii)* een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst. De in de aanbestedingswetgeving beschreven omvang van een dergelijk ‘werk’ is in de praktijk geregeld een *black box* gebleken, mede door de grote schaarste aan jurisprudentie en literatuur op

de aannemer met de tegenprestatie van de aanbestedende dienst door te stellen dat de bezwarende titel bestaat uit een door de gemeente bedongen tegenprestatie; zie paragraaf 5.6. De voorzieningenrechter in de zaak *Montagne/Winsum* oordeelt ten onrechte dat reeds omdat de gemeente meer eisen heeft gesteld dan in het kader van haar publiekrechtelijke taak van haar verlangd wordt, er sprake is van ‘eisen van de aanbestedende dienst’ als bedoeld in de aanbestedingswetgeving; zie paragraaf 5.9.4. Verder valt uit de *Noordwijk*-uitspraken niet op te maken of de gemeente een op geld waardeerbare tegenprestatie leverde; zie paragraaf 5.6.4.

dit punt. Met name door het *Vendée*-arrest van het Hof te ‘fileren’, is onderstaand stroomschema geformuleerd om die omvang in een concreet geval toch zo nauwkeurig mogelijk te kunnen bepalen: de *Vendée*-test.



Figuur 7 Vendée-test

14.3.2 Concessieovereenkomst voor werken

Een concessieovereenkomst voor werken verschilt slechts op één punt van een overheidsopdracht voor werken. Dit verschil is gelegen in het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. De hiervoor benodigde op geld waardeerbare tegenprestatie van de aanbestedende dienst bestaat bij een concessieovereenkomst voor werken namelijk eruit dat de aanbestedende dienst een exploitatierecht voor bepaalde tijd verleent, hetgeen tot gevolg heeft dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico, hoe beperkt dat als zodanig ook is, voor ten minste een aanzienlijk deel op de concessiehouder overdraagt. Dat laatste is het geval als de aanbestedende dienst zoveel exploitatierisico heeft overgedragen dat de concessiehouder niet meer de zekerheid heeft dat hij zijn kosten kan terugverdienen. Voor gronduitgifte betekent dit element met name dat de overheid na afloop van de looptijd van het exploitatierecht volledig over het uitgevoerde werk kan beschikken.

Deze conclusie wijkt af van het (kennelijke) standpunt dat de Commissie heeft ingenomen in de inbreukprocedures *Osbaldwick*, *Het Nieuwe Landgoed* en *Doornakkers*. In al die procedures lijkt beschikking door de aanbestedende dienst over de uitgevoerde werken te ontbreken – ook op termijn – maar is dat voor de Commissie blijkbaar geen beletsel geweest om telkens de betreffende gronduitgif-

teovereenkomst te beschouwen als concessieovereenkomst voor werken. Ondanks dat de stellingen van de Commissie dus onjuist lijken te zijn geweest, hebben zij in de inbreukprocedures Osbaldwick en Het Nieuwe Landgoed niettemin het door de Commissie beoogde effect gehad. Alleen de inbreukprocedure Doornakkers heeft nog kans om tot een arrest van het Hof te leiden, in welk geval het sterk zou verbazen als het Hof de Commissie hierin zou volgen. Mede met het oog op toekomstige inbreukprocedures zou het de rechtszekerheid dan ook zeer ten goede komen als deze zaak niet eveneens voortijdig wordt geschikt, maar het Hof zich ditmaal wel kan uitspreken en de stellingen van de Commissie kan toetsen.

14.3.3 Opdrachtverstrekking bij gronduitgifte

Vertaald naar de praktijk van de hier besproken gronduitgifte betekent het bovenstaande dat als de wederpartij werken uitvoert die ter beschikking komen van de gronduitgevende overheid, in beginsel sprake zal zijn van opdrachtverstrekking. Verkrijgt de overheid echter geen beschikking over die werken – bijvoorbeeld omdat het gaat om woningen die de wederpartij aan derden verkoopt – dan is de kans gering dat met name de elementen ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ en ‘rechtstreeks economisch belang’ aanwezig zullen zijn; zodra al een van beide ontbreekt, kan geen sprake meer zijn van opdrachtverstrekking. Anders dan vroeger wel werd gedacht, moet dus worden geconcludeerd dat de ‘beschikkingsmacht’ van de overheid als zodanig geen onderscheidend criterium is, maar slechts een indicatie met betrekking tot de elementen ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ en ‘rechtstreeks economisch belang’. Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen publieke en private (of openbare en commerciële) werken dat in veel publicaties van de Nederlandse overheid is gehanteerd en waarbij eveneens – ten onrechte – de beschikkingsmacht bepalend lijkt te zijn voor kwalificatie als publiek of privaat werk.

Als meerdere gronduitgifteovereenkomsten betrekking hebben op het uitvoeren van (werkzaamheden aan) hetzelfde ‘werk’, moeten deze overeenkomsten als één opdracht worden beschouwd en is de geraamde waarde c.q. het grensoverschrijdende belang van het geheel relevant. Omgekeerd geldt dat bij een gronduitgifteovereenkomst die betrekking heeft op meer dan één ‘werk’, de waarde c.q. het belang van die gehele overeenkomst relevant is.

In werkelijkheid zullen veel gronduitgifteovereenkomsten niet slechts bestaan uit ofwel opdrachtverstrekking (voor werken), ofwel zuivere gronduitgifte. Diverse mengvormen zijn mogelijk. Hoe daarmee moet worden omgegaan, is echter nauwelijks nog aan bod gekomen in de literatuur. Om daarin te voorzien, is in dit onderzoek een aantal typen gemengde gronduitgifteovereenkomsten onderscheiden, waarbij telkens is aangeven aan de hand van welke systematiek die overeenkomst moet worden geclassificeerd. Afhankelijk van de betreffende mengvorm geldt één van twee systematieken, te weten *i)* het onderdeel met de hoogste waarde bepaalt de ‘kleur’ van het geheel, dan wel *ii)* bij *scheidbare onderdelen* dient de overheid afzonderlijke overeenkomsten te sluiten of – bij ‘vrijwillige vermenging’ – de

Een belangrijke – maar niettemin nog onvoldoende erkende – consequentie hiervan is dat als een gronduitgifteovereenkomst bestaat uit zuivere gronduitgifte (bijvoorbeeld ten behoeve van een woon-/winkelcomplex) en opdrachtverstrekking (bijvoorbeeld ten behoeve van een daaronder gelegen openbare parkeergarage), de objectieve scheidbaarheid een grote rol speelt. Ontbreekt deze, dan moeten beide onderdelen op hun eigen merites worden beoordeeld. Vormen de onderdelen echter een ondeelbaar geheel, dan bepaalt het hoofdvoorwerp of het geheel moet worden beschouwd als opdrachtverstrekking of als zuivere gronduitgifte. Ondanks dit belang van de scheidbaarheid is dat begrip nog weinig uitgekristalliseerd. In ieder geval is de enkele wens om een gemengde overeenkomst te sluiten onvoldoende; de noodzaak daartoe moet blijken uit objectieve omstandigheden. Niettemin lijkt het Hof dat laatste niet zo strikt uit te leggen dat van onscheidbaarheid slechts sprake kan zijn als scheiding op geen enkele manier mogelijk zou zijn. Hier valt de komende tijd dus nog een ontwikkeling in de jurisprudentie te verwachten.

Aan de hand van de resultaten van dit onderzoek kan aldus worden bepaald of bij een bepaalde gronduitgifteovereenkomst sprake is van opdrachtverstrekking en zo ja, of het huidige recht daarbij expliciet verplicht tot het bieden van gelijke kansen (op basis van de aanbestedingswetgeving of het VwEU). Bij toepasselijkheid van de aanbestedingswetgeving gelden daarbij gedetailleerde regels. Ook als een expliciete verplichting tot het bieden van gelijke kansen ontbreekt, bleek echter dat het huidige recht daartoe alsnog impliciet verplicht. Daarvan is sprake bij Europese zuivere gronduitgifte (op grond van het VwEU) en bij nationale gronduitgifte (op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

14.4 AANBEVELINGEN

De uitkomsten van dit onderzoek leiden tot een aantal aanbevelingen voor de wetgever, de rechter en het bestuur.

14.4.1 Wetgever

Allereerst de *Europese wetgever*. Het valt te betreuren dat de nieuwe aanbestedingswetgeving aanleiding is geweest om de bestaande complexiteit over de begrippen overheidsopdracht en concessieovereenkomst voor werken slechts deels te verminderen, klaarblijkelijk ingegeven door de wens om continuïteit te bewaren door niet te tornen aan reeds ‘in de markt’ bekende begrippen. Ten opzichte van de huidige Aanbestedingsrichtlijn is in het voorstel voor de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn het element ‘rechtstreeks economisch belang’ in een afzonderlijke bepaling gecodificeerd en zijn de eisen van de aanbestedende dienst aan een werk omschreven conform het *Müller*-arrest. Beide wijzigingen verhogen de duidelijkheid van het begrip ‘overheidsopdracht voor werken’ en daarmee de rechtszekerheid. De verplichting tot het uitvoeren van werken is echter (nog) niet in het richtlijnvoorstel opgenomen en ook is de huidige, onnodig onoverzichtelijke indeling in drie subtypes van het uitvoeren van werken in stand gelaten.

De definitie van een overheidsopdracht voor werken zou dan ook nog veel aan eenvoud kunnen winnen door alle in dit onderzoek onderscheiden elementen in de richtlijn op te nemen en bij voorkeur in dezelfde bepaling.³ Bovendien zou het nuttig zijn als dan in de considerans wordt benadrukt dat het element ‘overeenkomst onder bezwarende titel’ in de hier bedoelde enge zin moet worden begrepen, alsook dat geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken als de tegenprestatie van de aanbestedende dienst leidt tot kwalificatie als concessieovereenkomst voor werken. Nu het ernaar uitziet dat de Europese wetgever nog niet zover gaat, ligt hier wellicht een uitdaging voor de Nederlandse wetgever. Deze heeft immers de vrijheid om de Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn zo te implementeren dat deze begrijpelijker is voor diens ‘gebruikers’. Uiteraard mag de implementatie niet in strijd met die richtlijn zijn, maar dat is niet te verwachten als resultaat van de hier voorgestelde vereenvoudiging.

In het voorstel voor de Concessierichtlijn wordt gecodificeerd dat de aanbestedende dienst een exploitatierecht voor bepaalde tijd moet verlenen, waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico, hoe beperkt dat als zodanig ook is, voor ten minste een aanzienlijk deel op de concessiehouder overdraagt. Hetzelfde geldt voor het schrappen van de irrelevante toevoeging dat het gaat om een concessieovereenkomst voor ‘openbare’ werken, de verwijzing in de considerans naar het element ‘verplichting tot het uitvoeren van werken’ en de verduidelijking in de definitie waaruit volgt dat een concessieovereenkomst ook betrekking kan hebben op ‘werkzaamheden’ en niet alleen op een ‘werk’. Het element ‘rechtstreeks economisch belang’ is eveneens gecodificeerd in de beperking van de reikwijdte van de Concessierichtlijn tot de verkrijging van werken (en/of diensten). Nog duidelijker zou de reikwijdte van de concessieovereenkomst voor werken worden als alle elementen expliciet in de definitie zelf zouden terugkomen.⁴ Mocht verduidelijking van Europese zijde uitblijven, dan zou het ook hier

-
- 3 Door op te nemen dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken als: *a)* een aanbestedende dienst en *b)* een aannemer *c)* een schriftelijke overeenkomst sluiten *d)* onder bezwarende titel *e)* inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken *f)* in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, *g)* waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van *i)* werkzaamheden uit bijlage 1, of *ii)* een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.
- 4 Door op te nemen dat sprake is van een concessieovereenkomst voor werken als: *a)* een aanbestedende dienst en *b)* een concessiehouder *c)* een schriftelijke overeenkomst sluiten *d)* onder bezwarende titel, *i)* bestaande uit het verlenen van een exploitatierecht voor bepaalde tijd aan de concessiehouder *ii)* waarbij de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico voor ten minste een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder, *e)* inhoudende een verplichting voor de aannemer tot het uitvoeren van werken *f)* in het rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, *g)* waarbij het uitvoeren van werken bestaat uit het (ontwerpen en) uitvoeren van *i)* werkzaamheden uit bijlage 1, of *ii)* een werk overeenkomstig de eisen van de aanbestedende dienst.

aanbeveling verdienen als de Nederlandse wetgever met de vereiste implementatiewetgeving voor meer duidelijkheid en eenvoud zorgt.

Daarnaast zou de Europese wetgever ten behoeve van de rechtszekerheid moeten overgaan tot codificatie en uitwerking van de verplichting om gelijke kansen te bieden bij Europese zuivere gronduitgifte. In dergelijke secundaire wetgeving kan bovendien het momenteel bestaande risico op omgekeerde discriminatie worden uitgesloten door te bepalen dat de overheid gelijke kansen dient te bieden aan álle potentiële wederpartijen binnen de Unie; de aanvulling vanuit het nationale gelijkheidsbeginsel is dan niet langer nodig. Codificatie dient bij voorkeur op Europees niveau te gebeuren, maar dat neemt niet weg dat het aanbeveling verdient dat – zolang een Europees wetsvoorstel uitblijft – de Nederlandse wetgever tot codificatie in nationale wetgeving overgaat.

Zowel voor Europese zuivere gronduitgifte als voor onderdrempelige Europese opdrachtverstrekking zou het voor de praktijk nuttig zijn om te beschikken over een richtsnoer met betrekking tot de aanwezigheid van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Om deze beoordeling goed uit te voeren is in feite tamelijk uitgebreid onderzoek nodig, hetgeen veel gevegd is van individuele overheden. In een richtsnoer zou kunnen worden aangegeven welke omstandigheden leiden tot een vermoeden van duidelijk grensoverschrijdend belang. Aangezien het een Europese kwestie betreft, zou het de uniformiteit binnen de Unie ten goede komen als een dergelijk richtsnoer op Europees niveau wordt vastgesteld, bijvoorbeeld als mededeling van de Commissie. Een dergelijk richtsnoer zou het ook mogelijk maken om de overheid te verplichten gemotiveerd en openbaar bekend te maken waarom zij in een bepaald geval van mening is dat geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, terwijl daarvan op grond van het richtsnoer wel het vermoeden bestaat.⁵

De rol van de *Nederlandse wetgever* zou bij voorkeur verder moeten gaan dan bovenstaande verduidelijking en vereenvoudiging in de implementatiewetgeving en tussentijdse wetgeving voor Europese zuivere gronduitgifte. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is namelijk codificatie en nadere uitwerking van de verplichting om gelijke kansen te bieden bij nationale gronduitgifte evenzeer wenselijk. Daarbij kan ook de ruimte voor uitzonderingen op dat uitgangspunt nader worden ingekaderd, al zal het onvermijdelijk zijn dat daartoe open normen worden gehanteerd die een mechanische wetstoepassing verhinderen.⁶ De op te stellen wetgeving zal vermoedelijk dus nog wel de nodige interpretatieruimte openlaten, die vervolgens in de praktijk kan worden ingevuld. Ten behoeve van codificatie zou kunnen worden gekozen voor een afzonderlijke wettelijke regeling per type overheidsorgaan, zoals vroeger het geval was met de Domeinenwet (enkel voor de rijksoverheid) en de Gemeentewet (enkel voor gemeenten). Dit zou evenwel

5 Vergelijk de ‘comply or explain’-systematiek die in de Aanbestedingswet wordt toegepast met betrekking tot de Gids Proportionaliteit.

6 Vergelijk Hellingman & Mortelmans 1989, p. 328.

leiden tot een versnippering van een regeling die voor alle overheden gelijkelijk geldt. Veel meer voor de hand ligt dan ook om bij codificatie te kiezen voor één wettelijke regeling voor alle Nederlandse overheden. Aangezien gronduitgifte een privaatrechtelijke rechtshandeling betreft, zou een dergelijke regeling niet passen binnen de Awb. Nu de verplichting tot het bieden van gelijke kansen op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur alleen voor overheden en niet voor marktpartijen geldt, zou de regeling ook niet passen binnen het BW. Integratie van deze verplichting in de voorziene Omgevingswet zou op zichzelf kunnen passen binnen de hoofddoelstelling van die wet,⁷ maar lijkt vooralsnog van een ander karakter dan de overige regelingen die voor die wet zijn voorzien; die hebben namelijk vooral betrekking op de kwaliteit waar een onderdeel van de leefomgeving op een bepaald moment aan moet voldoen.⁸ Een nieuwe, specifieke wet lijkt dan ook de meest aangewezen wijze van codificatie. Praktisch gezien is dat in ieder geval mogelijk, aangezien gronduitgifte een betrekkelijk afgebakend gebied is.

Een dergelijke ‘Gronduitgiftewet’ zou dan ook bepalen dat de overheid voor gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt, gelijke kansen moet bieden. Publiceert de overheid om die reden eenmaal de aankondiging van een voorgenomen gronduitgifte, dan is de Aanbestedingswet eveneens van toepassing op de toewijzingssystematiek. Dit brengt als aanvullende verplichting mee dat de eisen, voorwaarden en criteria aan de potentiële wederpartijen en hun inschrijvingen in een redelijke verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. Hoewel dat strikt genomen buiten de kaders van dit onderzoek valt, lijkt het effect van deze aanvullende proportionaliteitseis beperkt, gezien de zorgvuldige belangenafweging die reeds op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is vereist. Hetzelfde geldt voor de ‘bewuste keuze’ die de overheid dan op grond van de Aanbestedingswet moet maken en waarvan hij de motivering desgevraagd moet verstrekken aan een ondernemer.

In een Gronduitgiftewet kan bovendien de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij Europese zuivere gronduitgifte worden opgenomen (vooruitlopend op c.q. ter implementatie van de Europese wetgeving op dat gebied). In dat geval ontstaat een wettelijke regeling voor alle vormen van gronduitgifte ter inrichting van de ruimte door de uitvoering van werken die niet onder de Aanbestedingswet vallen. Praktisch gezien is het naar alle waarschijnlijkheid evenwel niet goed mogelijk om de reikwijdte van een dergelijke wet te beperken tot de hier bedoelde gronduitgifte (kort gezegd: wel bouwgrond, geen bosgrond). Als gevolg van

7 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 7: “De hoofddoelstelling van de Omgevingswet is een veilige en gezonde leefomgeving te bewerkstelligen en deze op een duurzame en doelmatige wijze te kunnen behouden, beheren, gebruiken en ontwikkelen. Met deze formulering wordt uitdrukking gegeven aan de inzet van het kabinet om de kwaliteit van de leefomgeving te waarborgen én de wens om alle relevante deelaspecten inzake de leefomgeving te betrekken bij beleids- en besluitvorming.”

8 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 118, nr. 3, p. 9. Zie over de voorgenomen Omgevingswet verder Backes e.a. 2012.

een dergelijke beperking dreigt omzeiling en in ieder geval veel discussie over de vraag of een bepaalde gronduitgifte wel of niet als doel de inrichting van de ruimte heeft. Daarentegen zal een reikwijdte die ook overige gronduitgifte omvat, vermoedelijk niet snel leiden tot het verplicht bieden van gelijke kansen daarbij, vanwege geringe belangstelling in dergelijke ‘bosgronduitgifte’ waardoor er dikwijls geen schaarste zal zijn. Zonder verder buiten de kaders van dit onderzoek te willen treden door in te gaan op de juridische status van dergelijke overige gronduitgifte, lijkt het dan ook erop dat het meest praktisch in ieder geval is om een eventuele Gronduitgiftewet te laten gelden voor alle vormen van gronduitgifte door de overheid.

Bovenstaande voorstellen voor codificatie zullen de nodige voorbereidingstijd vergen, met name om tot een goede uitwerking te komen van de verplichting tot het bieden van gelijke kansen. Denk bijvoorbeeld aan de keuze voor een bepaald type toewijzingssystematiek en de belangen die mogelijk zo zwaarwegend zijn dat zij kunnen rechtvaardigen dat de overheid bij nationale gronduitgifte niet aan alle potentiële wederpartijen gelijke kansen biedt. Het komt dan ook zinvol voor om deze discussie zo snel mogelijk op te starten.

14.4.2 Rechter

Het lijkt slechts een kwestie van tijd totdat het Europese Hof expliciet de verplichting voor de overheid erkent om bij Europese zuivere gronduitgifte gelijke kansen te bieden. De ontwikkeling van de transparantieplichting in de jurisprudentie van het Hof van de afgelopen jaren wijst duidelijk die kant op. Dit neemt niet weg dat ook de Nederlandse rechter desgevraagd die verplichting nu al kan en moet erkennen. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij nationale gronduitgifte. Zolang een codificatie in de Nederlandse wet nog ontbreekt, is het aan de nationale rechter om deze verplichting in voorkomend geval te erkennen. Daarbij verdient het aanbeveling om expliciet de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in te vullen conform het materiële publiekrechtelijke en privaatrechtelijke gelijkheidsbeginsel uit het economisch publiekrecht; deze invulling gebeurt in de recente jurisprudentie al wel, maar vooralsnog enkel impliciet. Uiteraard zal de erkenning door de rechter in de praktijk afhankelijk zijn van de bereidheid van belanghebbenden om hierover te procederen.

14.4.3 Bestuur

De aanbeveling voor het bestuur is kort gezegd om de verplichting tot het bieden van gelijke kansen bij gronduitgifte na te leven. Dit betekent dat het uitgangspunt van de gelijke kansen moet worden geaccepteerd. In de besluitvorming rondom gronduitgifte zouden dan ook geen achterhoedegevechten (meer) moeten worden gevoerd over de vraag óf het uitgangspunt is dat de overheid in kwestie gelijke kansen moet bieden, maar moet juist worden gediscussieerd over de vraag hóe een zinvolle invulling kan worden gegeven aan dat uitgangspunt, zoals dat is uit-

gewerkt in het toepasselijke regime. Zo verdient het aanbeveling om beleid op te stellen over de wijze waarop een voorgenomen gronduitgifte vooraf openbaar wordt bekendgemaakt, in welke gevallen voor welk type toewijzingssystematiek wordt gekozen en onder welke omstandigheden gekozen mag worden voor een toewijzingssystematiek die een voorkeurs- of exclusieve positie toekent aan een of meer potentiële wederpartijen.

In geval van gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt, kan het bestuur daarbij aanknopen bij de Aanbestedingswet. Op grond van de Aanbestedingswet moet de overheid immers bij onderhandse aanbesteding een lijst opstellen van potentieel gekwalificeerde ondernemers. In het eigen beleid kan het bestuur deze verplichting dan aanvullen door te bepalen dat de mogelijkheid om op die lijst terecht te komen in beginsel openbaar bekend wordt gemaakt, zodat potentiële wederpartijen hun interesse daarin kunnen tonen, waarna een objectieve, transparante en non-discriminatoire toewijzingssystematiek volgt op basis waarvan de keuze wordt gemaakt voor de potentiële wederpartijen die uiteindelijk op de lijst komen. Op die manier zou bovendien alsnog (beter) worden voldaan aan de doelstelling van de Aanbestedingswet om ondernemers een eerlijke kans te bieden op opdrachten, hun toegang daartoe te verbeteren en willekeur te voorkomen.

Daarnaast is het aan te bevelen om bij een gemengde gronduitgifteovereenkomst die bestaat uit onderdelen die het bestuur onscheidbaar acht, voorafgaand aan de gronduitgifte schriftelijk de motivering van die onscheidbaarheid vast te leggen, zodat deze desgewenst kan worden bekendgemaakt. Hetzelfde geldt voor het vastleggen van de belangenafweging bij gronduitgifte die nationale opdrachtverstrekking inhoudt, in het licht van de motiveringsverplichting uit de Aanbestedingswet. Voorafgaande, gemotiveerde bekendmaking zou in ieder geval moeten plaatsvinden als het bestuur van mening is dat bij een bepaalde gronduitgifte geen gelijke kansen behoeven te worden geboden, bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een duidelijk grensoverschrijdend belang in combinatie met een zorgvuldige belangenafweging.

Summary

INTRODUCTION

The Dutch government is responsible for safeguarding public interests, which requires it to perform so-called ‘public tasks’. Which activities constitute public tasks is essentially a matter of politics and differs through time and place. In general this scope expanded during the transformation of the Netherlands from a classic liberal state (a ‘night-watchman state’) to a social state (a ‘welfare state’). Certain public tasks relate to the actual design of space by the performance of works, i.e. public roads, parking facilities and housing estates. In order to establish these public tasks, the government can choose to execute the tasks itself (‘government tasks’) or leave that to the market. One of the possibilities to implement the latter is an active land policy, which means that the government acquires land and subsequently transfers that land to a private sector party – by sale or lease – in order to have that party perform the works which the government envisages. Such land transfer contracts will be referred to as ‘land allocation agreements’. This land transfer with the aim of safeguarding public tasks fits within the rise of Public-Private Partnerships (‘PPP’), that have been explicitly stimulated by the Dutch government since the 1980s.

Land allocation agreements are naturally scarce: only one private sector party can acquire a specific plot of land from the government. This raises the question of whether the government is free to choose with whom it contracts and, if not, how this freedom is limited by law. On the basis of the principle of equality as described in the economic public law literature – including formal and substantive equal treatment by the government and equality between competitors on the market – the starting point in this thesis is that the government is under an obligation to provide equal opportunities to all potential contractors. This comprises two steps. First, the government has to inform all potential contractors about the land transfer intended, which in principle requires the prior publication of an advertisement. Secondly, the government must follow an objective, transparent and non-discriminatory award procedure.

The research question is whether Dutch law explicitly contains an obligation to – in principle – provide these equal opportunities in the context of a land allocation agreement by the government. Insofar as this is not the case, the obligation could be implicitly contained in Dutch law, which enables the court to acknowledge and the legislator to codify this obligation. Due to its supremacy, European law is part of the Dutch law concerned.

NO EXPLICIT GENERAL OBLIGATION TO PROVIDE EQUAL OPPORTUNITIES

Although access to land transfer contracts is mentioned in the EEC Treaty and in the General Programmes from the 1960s, European law does not contain an explicit general obligation for governments to provide equal opportunities in the two steps described above. Such an obligation was however once part of Dutch law. After 1848, the central government had to provide equal opportunities when it sold land and after 1850, municipalities had to organise competition when they made land available to a private sector party. These provisions have however disappeared relatively recently. Currently, an explicit general obligation to provide equal opportunities in the context of land allocation agreements does not therefore exist.

EXPLICIT OBLIGATION FOR PUBLIC CONTRACTS AND CONCESSIONS

If a land allocation agreement is a public works contract or a public works concession within the meaning of the procurement legislation and its value exceeds the threshold of currently € 5 million (excluding VAT), Dutch law explicitly requires the government to provide equal opportunities. This obligation stems from European procurement legislation and the underlying freedom of establishment and the freedom to provide services. It forces the government to treat potential contractors from other member states and national potential contractors substantially equally. It also envisages the development of competition within the Union. The procurement legislation contains several exceptions to the obligation to provide equal opportunities. However, it is very unlikely that any of those exceptions will apply in the context of a land allocation agreement.

In addition, the European Court of Justice ('ECJ') has ruled that the government must provide equal opportunities for public contracts with a value below the threshold. It is argued that the same applies to sub-threshold concessions. The ECJ based this obligation on the freedom of establishment and the freedom to provide services as enshrined in the Treaty (currently Articles 49 and 56 TFEU), as well as the underlying principles of equal treatment and transparency. Again, its rationale is that contractors from other member states must be treated substantially equally. The obligation therefore requires a certain cross-border interest for the contract concerned; otherwise there is no threat of such unequal treatment. This means that a government has to determine in advance whether, given the nature, value and location of the contract, it can reasonably be expected that contractors from other member states could be interested in the contract. Arguably, if the government finds that there is no such interest, potential contractors should have the opportunity to challenge that decision. Although exceptions to the obligation to provide equal opportunities are possible, they are considered very unlikely.

The freedom of establishment and the freedom to provide services enshrined in the TFEU only protect potential contractors from other member states. This means

that there could be reverse discrimination: national potential contractors cannot directly rely on the TFEU in order to force the government to provide them with equal opportunities for a land allocation agreement. However, this is remedied by the Dutch general principles of proper administration (*'algemene beginselen van behoorlijk bestuur'*), in particular by the principle of equal treatment.

Public works contracts

A land allocation agreement can only be a public works contract if all of its elements are present. Nevertheless, the functional approach taken by the ECJ implies that subsequent contracts that in themselves are not public works contracts should be regarded as one and could as a whole result in a public works contract. Furthermore, if, strictly speaking, an element is missing, but given the circumstances of the case, it is *de facto* present, this element must be deemed to be present.

One of the most relevant elements of a public works contract is that the contract needs to be for pecuniary interest. This requires that the government delivers an identifiable performance in return for the execution of the works, which represents an economic value for both the contracting authority and the contractor. The works carried out by the contractor must be in the direct economic benefit of the contracting authority. The works therefore need to represent a direct economic value for the contracting authority, which means that also if the client had not been a government but a private sector party, the works would represent an economic value for the client. Furthermore, the works need to correspond to the contracting authority's requirements; for this assessment only the effect of such requirements is relevant and not their origin (i.e. public or private law).

The scope of a single 'work' within the meaning of the procurement legislation can be determined using the ECJ's judgment in *Vendée*. Contracts arguably only add up to a single 'work' and therefore to a single public works contract if the works concerned have the same technical or economic function, are technically or economically not geographically separated and are not separated in time and coordination.

Public works concessions

A public works concession is not a public works contract, but an independent contract. If a contract is a public works concession, it is therefore not a public works contract, although strictly speaking all of its elements are present. A public works concession requires that the contracting authority transfers to the concessionaire the right to exploit the works for a limited period of time, which must also result in the transfer of at least a substantial part of the exploitation risks. After the exploitation period, whose maximum duration depends on the investments and costs incurred by the concessionaire, the contracting authority regains full control over the works. A sufficient exploitation risk is transferred if

the concessionaire no longer has the guarantee that he will recoup his investments and costs. Although the current procurement legislation is unclear about this, a public works concession could also have as its object the execution of works and not only the execution of a ‘work’ within the meaning of that legislation.

Public contracts/concessions and land allocation agreements

If a land allocation agreement has as its object the execution of works that will be at the disposal of the government concerned, this contract will in principle be a public works contract and possibly a public works concession. However, if there will never be such a disposal, the chances are considerably lower that the contract is a public works contract and it is ruled out that the contract is a public works concession.

Several land allocation agreements, which in themselves are public works contracts or concessions, could have as their object the execution of the same ‘work’. Those contracts must then be regarded as one, in terms of their value and their cross-border interest. In the opposite situation, i.e. if a single land allocation agreement concerns multiple ‘works’, the value and cross-border interest of that whole contract should be taken into account.

A land allocation agreement could also be a mixed contract, meaning that it is comprised of different types of public contracts/concessions (e.g. partly a public works contract and partly a public works concession), or of both a public contract/concession part and a part that is a pure land transfer (i.e. not a public contract or concession). If the combination consists of public works and public supplies/services, the main object of the contract determines the character of the entire contract, unless the combination is intended to circumvent procurement law. If it is a combination of a public works concession and a public services concession, it must first be determined whether both parts are objectively separable – at least until the Concession Directive enters into force. If both parts constitute an indivisible whole, the contract’s main object determines its character and the value and cross-border interest of the whole contract must be taken into account. However, if both parts are separable, the contracting authority can enter into a separate contract for each part, so that only the value and cross-border interest of that part must be taken into account. If the contracting authority nevertheless decides to include separable parts into a single mixed contract, the procurement legislation or the transparency obligation based on the TFEU applies to the contract as a whole, provided that it applies to one of the parts as such. The same approach applies to mixed land allocation agreements consisting of a combination of a public works contract and a public works concession, as well as a combination of a public works contract/concession and a pure land transfer.

National public contracts

The above explicit obligations to provide equal opportunities only apply if the value of the public contract or concession exceeds the threshold or if a sub-threshold contract/concession nevertheless has a certain cross-border interest (i.e. if the contract has a European dimension). For other public contracts (i.e. national public contracts), Dutch legislation used to contain an obligation for the central government and municipalities to put those contracts out to tender as well. Nowadays, this obligation only remains for certain ministries. Unfortunately, the recent Procurement Act (*‘Aanbestedingswet’*) does not change this status quo.

IMPLICIT OBLIGATION FOR OTHER LAND ALLOCATION AGREEMENTS

Land allocation agreements that are national public contracts/concessions or are not public contracts/concessions at all, are not covered by the explicit obligations to provide equal opportunities described above. However, for these contracts such an obligation was found to be implicitly present in Dutch law. The basis for this implicit obligation depends on the nature of the contract, i.e. whether the contract is a pure land transfer with a European dimension or a national land allocation agreement (a national public contract/concession or a national pure land transfer).

European pure land transfer

If a land allocation agreement is not a public contract or concession and is therefore a pure land transfer, the TFEU still applies, provided that the contract has a certain cross-border interest. If the government concerned does not provide equal opportunities regarding such a European pure land transfer, it is argued that the government treats potential contractors from other member states substantially unequally. Such unequal treatment is prohibited by Articles 49 and 56 TFEU. The government must therefore provide potential contractors from other member states with equal opportunities concerning the contract. In addition, the national principle of equal treatment forces the government also to provide equal opportunities for (other) national contractors. Article 345 TFEU does not hinder these obligations.

It seems only a matter of time before the ECJ or a Dutch court, when asked, will acknowledge this implicit obligation. The legislation need not necessarily be changed, although codification would accommodate legal certainty. Preferably, codification would take place at a European level. However, if this remains forthcoming, the Dutch legislator should take action.

National land allocation agreements

It follows from Dutch case law that the general principles of proper administration must be given substance using the principle of equality as described in the introduction, which includes formal and substantive equal treatment by the

government as well as equality between competitors on the market. This results in an obligation for the government to provide equal opportunities every time it wants to enter into a national land allocation agreement. The Dutch courts should therefore acknowledge this obligation for the government. Not only is this prescribed by the law, there are also several other arguments in favour of this obligation (e.g. profit maximisation, the prevention of an undesirable distinction between European and national land allocation agreements and the prevention of corruption).

If it can be determined in advance that a potential contractor is not suitable with regard to a specific contract, the obligation to provide equal opportunities does not extend to that contractor. Furthermore, the obligation does not apply if there is no scarcity or if all potential contractors are known to the government concerned and are directly invited. The presence of both conditions depends on the substance of the award procedure: other relevant interests could be of such a compelling nature that they justify a preference or exclusivity for a certain type or group of potential contractors, or even for one specific contractor. This should preferably only be possible insofar as it concerns general interests, the restriction of equal opportunities is suitable for securing the attainment of the objective which those interests pursue and the restriction does not go beyond what is necessary in order to attain that objective – in other words, the ECJ's case law on imperative requirements in the general interest should be applied by analogy. In addition, it is recommended that the government publishes every decision where it finds that a restriction of equal opportunities in the context of a land allocation agreement is justified, before it enters into that agreement.

RECOMMENDATIONS

The research results presented in this thesis have led to the following recommendations for the legislators, the courts and the administration.

The European legislator should clarify the definition of public works contracts and concessions by including all relevant elements in one provision and should simplify the current division into three types of activities that such a contract can have as its object. Also, the element 'contract for pecuniary interest' should be clarified in line with the analysis presented above. As long as these recommendations are not implemented by the European legislator, this should be done by the Dutch legislator when it is transposing the new procurement directives into national law. It is also recommended that the European legislator, or in the absence thereof the Dutch legislator, codifies the obligation to provide equal opportunities in the context of European pure land transfer contracts. The European Commission should provide guidelines on the existence of a cross-border interest. The assessment of a cross-border interest is currently not regulated and is burdensome for governments to perform. With regard to national land allocation agreements, codification by the

Dutch legislator would contribute considerably to legal certainty. Preferably, this should be done by the adoption of a 'Land Transfer Act'.

As was said before, the ECJ and Dutch courts should, when the occasion arises, acknowledge the obligation to provide equal opportunities in the context of European pure land transfer and national land allocation agreements. In addition, the Dutch courts should refer more explicitly in their judgments to the principle of equal treatment.

Finally, the administration is advised to accept and comply with the obligation to provide equal opportunities when entering into a land allocation agreement. The discussion should therefore be shifted from the question whether there is such an obligation to the question of how to flesh out that obligation in a meaningful manner. This could for example involve the adoption of municipal policy guidelines on award procedures for land allocation agreements. Also, it is recommended that the administration publishes in advance its reasons as to why it limits equal opportunities for a specific land allocation agreement and that it documents why it believes that different parts of a mixed land allocation agreement cannot objectively be separated.

Literatuurlijst

WETGEVING

Europese wetgeving

Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) (Verdrag van Rome), <<http://eur-lex.europa.eu/nl/treaties/index.htm>>

Algemeen Programma Diensten, *Pb EG* 15 januari 1962, p. 32

Algemeen Programma Vestiging, *Pb EG* 15 januari 1962, p. 36

Richtlijn 71/304/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agent-schappen of filialen (Liberalisatierichtlijn Werken), *PbEG* 1971, L-185/1

Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (Richtlijn Werken), *PbEG* 1971, L-185/5

Europese Akte, *PbEG* 1987, L-169/1

Richtlijn van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (89/440/EEG) (Wijzigingsrichtlijn Werken), *PbEG* 1989, L-210/1

Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (Consolidatierichtlijn Werken), *PbEG* 1993, L-199/54

Verdrag van Amsterdam, *PbEG* 1997, C-340/1

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Aanbestedingsrichtlijn), *PbEU* 2004, L-134/114

Aanhangige Europese wetgeving

Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (Commissievoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), COM(2011) 896 def.

Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 10: Scope*, 9315/12, 27 april 2012

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten - Geconsolideerde versie/compromistekst van het voorzitterschap (Eerste Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 12878/12, 24 juli 2012

- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Tweede Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14418/12, 2 oktober 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text/Consolidated version (Derde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 14971/12, 19 oktober 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/12, 27 november 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Presidency compromise text (Herzien Vierde Compromisvoorstel Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn), 16725/1/12 REV 1, 30 november 2012

Concessierichtlijn

- Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten (Commissievoorstel Concessierichtlijn), COM(2011) 897 def.
- Europese Commissie, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Non-paper from the Commission services*, 6626/12, 17 februari 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Eerste Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 12489/12, 12 juli 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Tweede Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 14966/12, 16 oktober 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12, 31 oktober 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Consolidated Presidency compromise proposal (Gecorrigeerd Derde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 15709/12 COR 1, 9 november 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - Presidency compromise proposal (Vierde Compromisvoorstel Concessierichtlijn), 16731/12, 30 november 2012
- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts - General approach (Voorstel Concessierichtlijn - Algemene Oriëntatie), 18007/12, 20 december 2012

Nederlandse wetgeving

Domeinenwet

- Wet van den 29sten Augustus 1848, omtrent den verderen verkoop van Domeinen, Stb. 1848, 39 (Domeinenwet 1848), *Kamerstukken II* 1847/48, LX

Wet van 24 januari 1952, houdende enige bepalingen omtrent de domeinen, Stb. 1952, 37 (Domeinenwet 1952), *Kamerstukken II* 1951/52, 2349

Provinciewet

Wet van 6 juli 1850 ‘regelende de zamenstelling en magt van de provinciale staten’, Stb. 1850, 39 (Provinciewet 1850), *Kamerstukken II* 1849/50, XXVIII

Gemeentewet

Wet van 29 juni 1851 ‘regelende de zamenstelling, inrigting en bevoegdheid der Gemeentebesturen’, Stb. 1851, 85 (Gemeentewet 1851), *Kamerstukken II* 1850/51, LXV

Geconsolideerde tekst van de herziene Gemeentewet 1931, Stb. 1931, 41

Wet van 14 februari 1992, houdende nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenten (Gemeentewet), Stb. 1992, 96, *Kamerstukken II* 19 403

Aanbestedingswet

Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2009/19, 32 440, nr. 3

Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11

Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. A

Memorie van Antwoord, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 440, nr. C

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, 542

INTERNATIONALE INSTELLINGEN

International Monetary Fund, *Manual on Fiscal Transparency*, 2007

EUROPESE INSTELLINGEN

Comité van de Regio's

Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over het Groenboek van de Europese Commissie over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, PbEU 2005, C-71/19

Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over 'Publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten'*, PbEU 2007, C-51/27

Comité van de Regio's, *Advies van het Comité van de Regio's over modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten: Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, PbEU 2011, C-192/4

Economisch en Sociaal Comité

- Economisch en Sociaal Comité, *Naar een EU-regelgeving inzake concessieovereenkomsten en contracten voor publiek-private samenwerking (PPS)*, PbEG 2001, C-14/91
- Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken'*, PbEG 2001, C-193/7
- Europees Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 'Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten'*, PbEU 2005, C-120/103
- Europees Economisch en Sociaal Comité, *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten – Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt (COM(2011) 15 definitief)*, PbEU 2011, C 318/113

Europese Commissie

- Europese Commissie, *Witboek 'De voltooiing van de interne markt'*, 14 juni 1985, COM(85) 310 def. (Witboek 1985)
- Europese Commissie, *Vademecum overheidsopdrachten in de Gemeenschap*, PbEG 1987, C-358/1
- Europese Commissie, *Overheidsopdrachten en communautaire financiering*, 1991
- Europese Commissie, *Handleiding Werken*, 1997
- Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie betreffende staatssteun-elementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties*, PbEG 1997, C-209/3
- Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht*, april 2000, PbEG 2000, C 121/2
- Europese Commissie, *Groenboek over diensten van algemeen belang*, COM(2003) 270 def.
- Europese Commissie, *Groenboek over publiek-private samenwerking en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2004) 327 def.
- Europese Commissie, *Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement over PPS en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten*, COM(2005) 569 def.
- Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen*, PbEU 2006, C-179/2, 24 juli 2006
- Europese Commissie, *Possible contents of a Communication from the Commission on the application of public procurement law to institutionalised PPPs*, CC/2007/11 EN, 6 juni 2007

- Europese Commissie, *Preliminary considerations and key contents of a possible initiative on concessions*, CC/2007/12 EN, 21 juni 2007
- Europese Commissie, *Groenboek van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – Aanpassing aan klimaatverandering in Europa – mogelijkheden voor EU-actie (Groenboek Klimaatadaptatie)*, COM(2007) 354 def.
- Europese Commissie, *Interpretatieve mededeling van de Commissie over de toepassing van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessie-overeenkomsten op geïnstitutionaliseerde publiek-private samenwerking (geïnstitutionaliseerde PPS)*, 5 februari 2008, C(2007)661, PbEU 2008, C-91/4
- Europese Commissie, *Witboek Aanpassing aan de klimaatverandering: naar een Europees actiekader*, COM(2009)147 def.
- Europese Commissie, *De mobilisering van particuliere en openbare investeringen voor herstel en structurele verandering op lange termijn: de ontwikkeling van publiek-private partnerschappen*, COM(2009) 615 def., 19 november 2009
- Europese Commissie, *Brief van de Europese Commissie inzake huishoudelijke verzorging en Europees aanbesteden*, bijlage bij Kamerstukken II 2009/10, 31 353, nr. 10
- Europese Commissie, *Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang*, SEC(2010) 1545, 7 december 2010
- Europese Commissie, *Non-paper over het voorstel voor een Concessierichtlijn*, 6626/12, 17 februari 2012

Europese Investeringsbank

- European Investment Bank, *Evaluation of PPP projects financed by the EIB*, 2005

Europees Parlement

- Europees Parlement, *Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken (COM(2000) 275 – C5-0367/2000 – 2000/0115(COD))*, P5_TA(2002)0010, 17 januari 2002
- Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement over publiek-private samenwerkingen en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (2006/2043(INI))*, P6_TA(2006)0462, 26 oktober 2006
- Europees Parlement, *Verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI))*, A7-0151/2010, 10 mei 2010
- Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement van 18 mei 2010 over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten (2009/2175(INI))*, PbEU 2010, C-161 E/38

Europees Parlement, *Resolutie van het Europees Parlement van 25 oktober 2011 betreffende modernisering van het beleid inzake overheidsopdrachten (2011/2048(INI))*

NEDERLANDSE OVERHEID

- Adviescommissie gebiedsontwikkeling, *Ontwikkel kracht! Eindrapport van de adviescommissie gebiedsontwikkeling*, 2005
- Commissie Fundamentele Verkenning Bouw, *Privaat wat kan, publiek wat moet. Vertrouwen en Verantwoordelijkheid in het Bouwproces*, 14 mei 2008
- Europa Decentraal, *Factsheet PPS. Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling*, oktober 2007
- Gids Proportionaliteit, januari 2013, Stcr. 2013, 3075
- Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *Scala, Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden*, juni 2003
- Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER), *ICER Rapport Auroux*, 2008
- Kabinetsreactie Rob advies, *Kamerstukken II 1999-2000*, 24 036, nr. 152
- Kabinetsreactie WRR rapport, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 771, nr. 1
- Kenniscentrum PPS, *Handleiding PPS en aanbesteden*, 2001
- Kenniscentrum PPS, *Rijksbetrokkenheid bij Integrale Gebiedsontwikkeling en PPS*, 2003
- Kenniscentrum PPS, *Selectie van private partijen bij PPS bij gebiedsontwikkeling*, 2004
- Kenniscentrum PPS, *Europese aanbesteding bij PPS bij gebiedsontwikkeling*, 2005
- MDW-werkgroep concessies en aanbestedingen, *Concessie en aanbesteding. Geen doel maar middel*, 2000
- Ministerie van Economische Zaken, *Eindrapport Aanbestedingsrechtspraak in Nederland, 1 september 2004 - 31 augustus 2009*, juni 2010
- Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Rapportage Nalevingsmeting Europees Aanbesteden 2010*, 14 februari 2012, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 32 440, nr. 80
- Ministeries van VROM, LNV, VenW en EZ, *Nota Ruimte: ruimte voor ontwikkeling*, Den Haag, 2006
- Ministerie van VROM, *Nota Ruimte: Ruimte voor ontwikkeling. Katern over nieuw ruimtelijk beleid in 2006*, 2006
- Ministerie van VROM, VNG en NEPROM, *Selectie marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling*, 15 januari 2008
- Ministerie van VROM in samenwerking met de NEPROM, het Ministerie van BZK, de VNG en het IPO, *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009*
- Ministeries van BZK en I&M, VNG en IPO, in samenwerking met de NEPROM, *De Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 - een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden*, februari 2011 (Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011)

- Nota Grondbeleid, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 581, nr. 2.
- PIANOO-vakgroep Aanbestedingsrecht, *Subsidie of overheidsopdracht*, Visie 8, juli 2010
- PPS-bureau landelijk gebied, *PPS groen & aanbesteden: wanneer & hoe?*, augustus 2005
- Raad voor het openbaar bestuur, *De overheid de markt in- of uitprijzen?*, 1998
- Rapport Publieke belangen en Aandeelhouderschap, *Kamerstukken II* 2005/06, 28 165, nr. 146
- Regeerakkoord Paars-II, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 024, nr. 10
- Ruimtelijk Planbureau en Milieu en Natuurplanbureau, *De ruimtelijke vraagstukken van de toekomst voor de beleidsagenda van nu*, Den Haag, 2007
- Scala, *Gevolgen die Nederland aan het Scala arrest zou moeten verbinden*, Bevindingen van de door de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) ingestelde werkgroep, juni 2003
- Sociaal Economische Raad (SER), *Overheid én markt: Het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes*, advies 10/01, maart 2010
- VROM-raad, *Grond voor kwaliteit. Voorstellen voor verbetering van overheidsregie op (binnen)stedelijke herontwikkeling*, advies 070, februari 2009
- Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: SDU uitgevers 2000
- Wro, Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3

OVERHEDEN OVERIGE LIDSTATEN

- OGC, *Procurement Policy Note – preliminary guidance on the application of the public procurement rules to development agreements*, Information Note 11/09, 16 oktober 2009
- OGC, *Procurement Policy Note – Public Procurement Rules, Development Agreements and s106 ‘Planning Agreements’; Update and Additional Guidance*, Information Note 12/10, 30 juni 2010

OVERIGE LITERATUUR

Addink 2010

G.H. Addink, *Goed Bestuur* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 2010.

Adriaanse, Barkhuysen & Van den Bogaert 2011

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en S.C.G. van den Bogaert, ‘Verdeling van schaarse kansspelvergunningen’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 159.

Adriaanse 2012

W.P. Adriaanse, annotatie bij: CBb 15 mei 2012, *LJN* BW6630, Gst. 2012/96 (*Zondagavondwinkel Wassenaar*).

Adriaansens 1981

C.A. Adriaansens, 'Aanbesteding van overheidswerken en aanbestedingsbeleid van lagere overheden', *BR* 1981, p. 171.

Andriessse 2002

O.L. Andriessse, 'Aanbestedingsrecht als nieuw instrument bij actief gemeentelijk grondbeleid', *Onderneming en Financiering (O&F)* nr. 54 2002, p. 23.

Arden, Manning & Collins 1999

A. Arden, J. Manning en S. Collins, *Local government, constitutional and administrative law*, Londen: Sweet and Maxwell 1999.

Arrowsmith 2000

S. Arrowsmith, 'Public procurement partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?', *CMLR* 2000, 37, p. 709.

Arrowsmith 2005

S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londen: Sweet & Maxwell 2005.

Arrowsmith 2012

S. Arrowsmith, 'Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility', *PPLR* 2012, 3, p. 71.

Arrowsmith & Kunzlik 2009

S. Arrowsmith en P. Kunzlik, 'EC regulation of public procurement', in: S. Arrowsmith en P. Kunzlik (red.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 55-108.

Backes e.a. 2012

Ch.W. Backes e.a., *Naar een nieuw omgevingsrecht*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 40, Den Haag: *IBR* 2012.

Barnard 2010

C. Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford: OUP 2010.

Van der Beek 2010

J.C.M. van der Beek, 'Het Nederlandse hoofdstuk in de Europese goksaga', *NtER* 2010, p. 305.

Van den Berg 1990

M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990.

Besselink 2003

L.F.M. Besselink, 'De publieke taak en de sociale grondrechten; de betrekkelijke waarde van sociale grondrechten', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 95-111.

Bidó 2010

F.F. Bidó, 'Gemeentelijk aanbesteden bij gebiedsontwikkeling: overwegingen uit de praktijk', *BR* 2010/865.

Bloembergen & Slagter 1976

A.R. Bloembergen en W.J. Slagter, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw. Projectontwikkelingscontracten*, Deventer: Kluwer 1976.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, 'De aanbestedende overheid. Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding', *BR* 1999, p. 644.

Boot & Ubink 2005

A.A. Boot en A.M. Ubink, 'Niet-openbare werken aanbestedingsplichtig? De ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake Vathorst nader belicht', *BR* 2005, p. 601.

Boot & Wuijster 2008a

A.A. Boot en R.A. Wuijster, 'Scala, Vathorst en Roanne. Consistente uitleg Richtlijn: eisen en bezwarende titel doorslaggevend', *TBR* 2008/26.

Boot & Wuijster 2008b

A.A. Boot en R.A. Wuijster, 'Het ICER Rapport Auroux en enkele kanttekeningen', *TBR* 2008/210.

Bosch & Van der Ham 1998

A. Bosch en W. van der Ham, *Twee eeuwen Rijkswaterstaat: 1798-1998*, Zaltbommel: Europese Bibliotheek 1998.

Bovens, 't Hart & Van Twist 2007

M.A.P. Bovens, P. 't Hart en M.J.W. van Twist, *Openbaar bestuur. Beleid, organisatie en politiek*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Van den Brand, Bregman & De Groot 2006

A.M. van den Brand, A.G. Bregman en J.F. de Groot, *De Grondexploitatiewet: enkele verkenningen*, Den Haag: IBR 2006.

Bregman 2007a

A.G. Bregman, 'Naschrift: Consequenties voor Grondexploitatiewet en praktijk', *BR* 2007, p. 397.

Bregman 2007b

A.G. Bregman, 'Het doorleggen van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling', *BR* 2007, p. 582.

Bregman 2008a

A.G. Bregman, 'Scala, Vathorst, Roanne en Commissie/Frankrijk. Waakzaamheid, maar vooral geen paniek', *TBR* 2008/27.

Bregman 2008b

A.G. Bregman, 'Het privaatrecht op de terugtocht bij gebiedsontwikkeling? Over ICER, Noordwijk, Kampen en art. 122 Woningwet', *TBR* 2008/211.

Bregman 2010

A.G. Bregman, 'Gebiedsontwikkeling en het aanbestedingsrecht na het arrest Müller', *TBR* 2010/108.

Van den Brink 2012

J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012.

Brown 2010a

A. Brown, 'Clarification of the Application of the EU Procurement Rules to Land Sales and Development Agreements: Helmut Muller (C-451/08)', *PPLR* 2010, 4, p. NA125.

Brown 2010b

A. Brown, 'EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives', *PPLR* 2010, 5, p. 169-181.

Brown 2010c

A. Brown, 'Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance: Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair v Minister van Justitie (C-203/08)', *PPLR* 2010, 6, p. NA221.

Brown 2011

A. Brown, 'The application of the EU procurement rules to land regeneration projects: further clarification from the Court of Justice in Commission v Spain (C-306/08) concerning Valencian land-use regulations', *PPLR* 2011, 5, p. NA185.

Brown 2012

A. Brown, 'The Court of Justice rules that a series of contracts for architectural services constituted a single procurement for the purpose of the financial thresholds of Directive 2004/18: Commission v Germany (C-574/10)', *PPLR* 2012, 4, p. NA160.

Buijze & Widdershoven 2010

A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Buijze 2011

A. Buijze, annotatie bij: HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*), AB 2011/17.

Bult-Spiering 2003

M. Bult-Spiering, *Publiek-private samenwerking: de interactie centraal* (diss. Universiteit Utrecht), Utrecht: Lemma 2003.

Burkens e.a. 1997

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Buuren e.a. 2009

P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer en J. Robbe, *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Cornielje 2003

O.J.C. Cornielje, 'Het borgen van publieke belangen: dilemma's bij het optimaliseren van de marktwerking', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 125-134.

Craig & De Búrca 2011

P. Craig en G. de Búrca, *EU Law text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Dankers-Hagenaars 2000

D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk* (diss. Universiteit van Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Davey 2010

J. Davey, 'Case Note on Commission v Germany (C-536/07)', *PPLR* 2010, 2, p. NA54.

D'Hooghe & Vandendriessche 2003

D. D'Hooghe en F. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge: Die Keure 2003.

D'Hooghe 2009

D. D'Hooghe (red.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge: Die Keure 2009.

Dieperink 2009

M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: IBR 2009

Dischendorfer 2001

M. Dischendorfer, 'The concept of a public contract within the meaning of the E.C. procurement directives: a note on case C-399/98', *PPLR* 2001, 6, p. NA127.

Donner 1998

J.P.H. Donner, *Staat in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Doukas 2011

D. Doukas, 'In a Bet there is a Fool and a State Monopoly: Are the Odds Stacked against Cross-border Gambling?', *ELR* 2011, p. 243.

Drahmann 2010

A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink, A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143.

Drahmann 2011a

A. Drahmann, 'Streven naar een transparante (her)verdeling van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 267.

Drahmann 2011b

A. Drahmann, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', *Gst.* 2011/115.

Drahmann 2011c

A. Drahmann, 'Kan het subsidierecht transparanter?', *Gst.* 2011/124.

Drahmann 2012

A. Drahmann, annotatie bij Rb. Assen 30 mei 2012, *LJN* BW7185, BR 2012/127 (*Apotheek Assen*).

Drijber & Stergiou 2009

B.J. Drijber en H. Stergiou, 'Public Procurement Law and Internal Market Law', *CMLR* 2009, p. 805

Droogleever Fortuijn 1965

E. Droogleever Fortuijn, *Dient de wetgever regelen te geven met betrekking tot overeenkomsten met de overheid?*, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1965, I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1965, p. 141.

Elvin & Banner 2008

D. Elvin en C. Banner, 'The Application of the Public Contracts Directive to Development Agreements and Planning Obligations Following Auroux v Roanne', *JPL* 2008, p. 1072.

Essers 2007

M.J.J.M. Essers, 'Projectontwikkeling en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Auroux-arrest', *BR* 2007, p. 385.

Essers 2008

M.J.J.M. Essers, 'Het ICER Rapport Auroux. Een vertaling van het EG-recht naar de Nederlandse praktijk', *BR* 2008, p. 833.

Essers 2009

M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business 2009.

Essig & Batran 2005

M. Essig en A. Batran, 'Public-private partnership – Development of long-term relationships in public procurement in Germany', in: *Journal of Purchasing and Supply Management* 2005, p. 221-231.

Fischer-Braams 2007

A.C.M. Fischer-Braams, 'Van Roanne naar Rotterdam: tijgeren door een juridisch mijnenveld of een fluwelen revolutie?', *TA* 2007, p. 124.

Fokkema 2009

M. Fokkema, 'De gemeentelijke praktijk afgezet tegen de *Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009*', *BR* 2009/867.

Fokkema 2010a

M. Fokkema, 'Gevolgen van Müller-arrest voor reiswijzer en praktijk van Nederlandse gebiedsontwikkeling', *Grondzaken in de praktijk*, juni 2010, p. 9.

Fokkema 2010b

M. Fokkema, 'De gevolgen van het Müller-arrest op het reisadvies uit de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009. Enkele praktische gevolgen voor de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling', *BR* 2010/582.

Fokkema 2011

M. Fokkema, 'Een nieuw (tijdelijk) reisadvies voor aanbesteding en gebiedsontwikkeling', *BR* 2011, p. 381.

Fokkema & Hijmans 2008

M. Fokkema en E.R. Hijmans, 'De gemeentelijke praktijk afgezet tegen de brief "selectie van marktpartijen en samenwerking bij gebiedsontwikkeling" van VROM, VNG en NEPROM', *BR* 2008/83, p. 387.

Van Garsse 2007

S. van Garsse, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking* (diss. Universiteit van Antwerpen), Brugge: Die Keure 2007.

Gerbrandy 2009

A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Gerretsen, Hamming & Van de Meent 2001

J.M. Gerretsen, J.W. Hamming en G.W. van de Meent, 'Onder bezwarende titel', *BR* 2001, 545.

Van Gerven 1971

W. van Gerven, 'Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht', *SEW* 1971, p. 404.

Van Gerven 1976

W. van Gerven, 'De ontwikkeling van de sociaal-economische rechtsorde in EG-verband', in: N.H. Douben e.a., *Waarheen gaat onze sociaal-economische orde?*, Baarn: Ambo 1976, p. 78-93.

De Groot 2007

E.W.J. de Groot, 'Gebiedsontwikkeling, onteigening en zelfrealisatie', *BR* 2007/933.

De Groot & Gruppen 2011

E.W.J. de Groot en M.J. Gruppen, annotatie bij: Cbb 3 juni 2009, *LJN* BI6466, *BR* 2011/7 (*Swiss Leisure Group*).

De Haan, Drupsteen & Fernhout 1996

P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 1996.

't Hart 2009

G. 't Hart, annotatie bij: Vzr. Rb. Maastricht 4 juni 2009, *LJN* BI6328, *BR* 2009/153 (*Voerendaal*).

't Hart 2012a

G. 't Hart, 'Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen?', *TA* 2012, p. 125.

't Hart 2012b

G. 't Hart, 'Voorstel voor een concessierichtlijn: niet zonder water bij de wijn', *TA* 2012, p. 256.

't Hart & Albers 2010

G. 't Hart en H.S.J. Albers, 'Van *Auroux/Roanne* naar *Müller/Wildeshausen*: waar ligt de grens van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling?', *NTER* 2010, nr. 8., p. 273.

Hebly 2003

J.M. Hebly, 'Concessie en aanbesteding in gemeentelijk perspectief', *Gemeentestem* 2003, 69.

Hebly 2007

J.M. Hebly (red.), *European Public Procurement, Legislative History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.

Hebly 2010

J.M. Hebly, 'Bewust kiezen voor een nationaal aanbestedingsbeleid', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 3.

Hebly & Berben 2010

J.M. Hebly en T. Berben, *De afgewezen Aanbestedingswet. De parlementaire geschiedenis van wetsvoorstel 30501*, Zutphen: Paris 2010.

Hebly & Heijnsbroek 2010

J.M. Hebly en P. Heijnsbroek, 'Aanbesteding van "privaat" vastgoed?', in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen en J.B.M. Vranken, *Alleen Samen*, Den Haag: IBR 2010, p. 197.

Hebly & Wilman 2006

J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van enkele recente ontwikkelingen', *NTER* 2006, p. 241.

Hebly & Wilman 2009

J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Aanbestedingsrecht in beweging: een overzicht van recente ontwikkelingen', *NTER* 2009, p. 18.

Hebly, Manunza & Scheltema 2010

J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 38, Den Haag: IBR 2010.

Heemskerk & Peeters 2007

P.F.C. Heemskerk en T.L.H. Peeters, 'Aanbesteden met de Franse slag; gebiedsontwikkeling in Roanne. Oude wijn in nieuwe vaten; of zijn de rapen gaar?', *Vastgoed Fiscaal & Civiel*, april 2007, p. 9.

Heemskerk, Leyendeckers & Braat 2009

P.F.C. Heemskerk, F.M.G.M. Leyendeckers en B. Braat, 'De gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid van de overheid, een valse vriend? Een aanzet voor de grens van de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid en daarmee de grens van het aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling.', *BR* 2009/711.

Hellingman & Mortelmans 1989

K. Hellingman en K.J.M. Mortelmans, *Economisch publiekrecht. Rechtswaarborgen en rechtsinstrumenten*, Deventer: Kluwer 1989.

Hemerijck 2003

A. Hemerijck, 'Vier kernvragen van beleid', *Beleid en Maatschappij* 2003, p. 3.

Hendriks 1957

A. Hendriks, *De prijsvorming in het bouwbedrijf. De structuur van het bouwbedrijf en de wijze van prijsvorming* (diss. Amsterdam UvA), Rotterdam: Wyt uitgevers 1957.

Henty 2007

P. Henty, 'Jean Auroux v Commune de Roanne', *PPLR* 2007, 3, p. NA65.

Heringa & Kuypers 2009

L. Heringa en P.H.L.M. Kuypers, annotatie bij: Rb. Maastricht 8 oktober 2008, BR 2009/364 (*PI/Maastricht*).

Hessel 1987

B. Hessel, *Rechtsstaat en economische politiek* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1987.

Hessel 2006

B. Hessel, 'De interstatelijkheid voorbij en de betekenis daarvan voor de decentrale overheden', in: E.R. Manunza en L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 147.

Hessel 2011a

B. Hessel, 'Beleidskansen en interne marktregels', in: B. Hessel, A. M. Kühler en E. Pertont, *Pluk de vruchten van de interne markt: Europees beleid als kans voor decentraal beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 11.

Hessel 2011b

B. Hessel, 'Verschillen en samenhang tussen de verschillende interne marktregels: naar een bewuste keuze uit de mogelijke beleidsinstrumenten', in: B. Hessel, A. M. Kühler en E. Pertont, *Pluk de vruchten van de interne markt: Europees beleid als kans voor decentraal beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 249.

Hirsch Ballin 1988

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Staatsrecht en bestuursrecht: Artikel 1 van de Grondwet als fundamentele constitutionele norm', in: C.W. Maris (red.), *Gelijkheid en recht*, Deventer: Van Loghum Slaterus 1988, p. 127.

Hobma e.a. 2008

F. Hobma e.a., *Leren van de Engelse gebiedsontwikkelingspraktijk*, april 2008, <http://www.bk.tudelft.nl/fileadmin/Faculteit/BK/Over_de_faculteit/Afdelingen/Real_Estate_and_Housing/Organisatie/Leerstoelen/Urban_Area_Development/Onderzoek/Publicaties/Archief/doc/Eindrapport_Engelse_gebiedsontwikkeling.pdf>.

Hoek 2009

J.M. Hoek, 'Gebiedsontwikkeling: Europese Commissie nog steeds op vintentouw', *VGR* 2009, p. 95.

Hoekstra & Van der Veen 2008

J.J. Hoekstra en G.A. van der Veen, 'Kwaliteits- en bindingseisen bij nieuwbouw, wat mag wel en wat niet?', *TBR* 2008/85.

Van 't Hoff 2008

G.L. van 't Hoff, 'Samenwerking in gebiedsontwikkeling. Omgaan met aanbestedingsrechtelijke risico's', *BR* 2008/609.

Hurx 2010

M. Hurx, *De particuliere bouwmarkt in de Nederlanden en de opkomst van de architect (1350-530)* (diss. TU Delft), 2010, beschikbaar via <<http://repository.tudelft.nl>>.

Jacobs & Den Ouden 2011

M.J. Jacobs en W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen... Ontwikkelingen in de jurisprudentie over de verdeling van de subsidiepot', *JBplus* 2011, p. 35.

Jansen & Manunza 2006

C.E.C. Jansen en E.R. Manunza, '(On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?', *NJB* 2006, p. 1038.

Janssen 1993

J.G.J. Janssen, 'De reikwijdte van de EG-richtlijn 71/305. Laat Brussel nog enige vrijheid beleidsovereenkomsten te sluiten?', *BR* 1993, 493.

Kalbe 2005

P. Kalbe, 'Public-Private Partnerships under the constraints of EC Procurement rules', *PPLR* 2005, 6, p. NA176.

Kamminga & Smits 2012

Y.P. Kamminga en S. Smits, 'Samenwerking in de aanbesteding. Teleurstellende aanbestedingskaders en hoe van samenwerking toch "de norm" te maken', *TBR* 2012/103.

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003

Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

Ten Kate & Van den Ende 2006

B.S. ten Kate en T.A.M. van den Ende, 'Subsidie of opdracht?', *Gst.* 2006, 7261, p. 583.

Knibbe 2002

A. Knibbe, *Publiek Private Samenwerking*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2002.

Korioth 2009

S. Korioth, 'Finanzen', in: W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann en A. Voßkuhle (red.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, München: Beck 2009, Band III, paragraaf 44.

De Kort 2009

I.A.T. de Kort, *Designing a strategic plan development approach for integrated area development projects* (diss. Universiteit Twente), <<http://purl.org/utwente/68748>>.

Korthals Altes 2010

W.K. Korthals Altes, 'Europeanization as Discontinuous Adjustment: A Düsseldorf Court's Impact on Land Development Practice', *European Planning Studies* Vol. 18, No. 5., May 2010, p. 815-832

Kühler & Manunza 2011

A.M. Kühler en E.R. Manunza, 'Kansen bij de aanbestedingsregels', in: B. Hessel, A. M. Kühler en E. Perton, *Pluk de vruchten van de interne markt: Europees beleid als kans voor decentraal beleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 103.

Kuypers & Simon 2010

P.H.L.M. Kuypers en F.H. Simon, 'Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: het Hof ploegt het veld maar zaait ook twijfel', *BR* 2010/571.

Laninga-Busch & Van Rijswick 2005

A.M. Lanninga-Busch en H.F.M.W. van Rijswick, 'Grondwaterbeheer in bebouwd gebied, Een juridisch toekomst perspectief', *BR* 2005, p. 568.

Van der Leij & Habraken 2010

E.G. van der Leij en P. Habraken, 'Selectie marktpartij voor gebiedsontwikkeling. Reiswijzer Gebiedsontwikkeling nader belicht', *Grondzaken in de praktijk*, april 2010, p. 22.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Luteijn 2007

R.D. Luteijn, 'Projectontwikkeling na Roanne', *VGR* 2007, p. 2.

Luteijn 2008

R.D. Luteijn, 'Via Roanne naar Noordwijk', *Tender Nieuwsbrief* 2008, nr. 8, p.6.

Luteijn 2009

R.D. Luteijn, 'De zaak: Voerendaal', *Tender Nieuwsbrief* 2009, nr. 7.

Luteijn 2011

R.D. Luteijn, 'Wijzer met de reiswijzer', *TBR* 2011/179.

Makkinga & Van Werven 1994

L.C. Makkinga en D.E. van Werven, *Evaluatie onderzoek 'aanbestedingsbeleid overheden'*, eerste gedeelte, Instituut voor Bouwrecht, 's-Gravenhage 1994.

Manunza 2001

E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2001.

Manunza 2006

E.R. Manunza, 'Alle aanbestedingen zijn interstatelijk', in: E.R. Manunza en L. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 71.

Manunza 2010

E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 49.

Manunza 2012a

E.R. Manunza, 'Een drietal beschouwingen over het nieuwe Europese regelgevende pakket overheidsopdrachten', Europe Institute of Utrecht University Working Paper 01/12, <<http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/workingpapers/Pages/default.aspx>>.

Manunza 2012b

E.R. Manunza, 'Publieke Private Samenwerking en aanbestedingsrecht', Europe Institute of Utrecht University Working Paper 02/12, <<http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/workingpapers/Pages/default.aspx>>.

Van Marissing 1995

J.P.L. van Marissing, *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschap en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, Deventer: Kluwer 1995.

Mast e.a. 2009

A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2009.

Van de Meent 1995

G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995.

Meesters 2011

J.W.A. Meesters, 'De Europese aanbestedingsplicht in relatie tot de Grondexploitatiewet', in: A. de Snoo, J.C. Ellerman en J.W.A. Meesters,

Drieluik grondexploitatie: overeenkomsten, exploitatieplannen en aanbestedingsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

Michiels 2004

F.C.M.A. Michiels (red.), *Staats- en bestuursrecht, tekst en materiaal*, Deventer: Kluwer 2004.

Mollen 2007

E.K.S. Mollen, 'Aanbestedingsplicht voor niet-openbare werken?', *NTER* 2007, p. 99.

Moolhuizen & Brackmann 2002

M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, 'Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht', *BR* 2002, 775.

De Moor-van Vugt 1987

A.J.C. de Moor-van Vugt, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Ter Mors & Haverkort 2010

A. ter Mors en L.E.M. Haverkort, 'Gemengde opdrachten: hoofdvoorwerp bepalend (overheidsopdracht of niet)? Casino Royale: Van Gestion Hotelera Internacional tot Club Hotel Loutraki', *BR* 2010/870.

Mulder & Winter 1982

A. Mulder en R.R. Winter, 'Gelijkheid en gelijkheidsbeginsel', in: *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 157-184.

Mulder 2003

F.A. Mulder, 'Zelfrealisatie, aanbesteding en onteigening', *Gemeentestem* 2003, 1.

Mutsaers & Zweers-te Raaij 2009

M.J. Mutsaers en T.G. Zweers-te Raaij, 'Gemeentelijke grondverkoop ten behoeve van gebiedsontwikkeling niet aanbestedingsplichtig', *VGR* 2009, p. 138.

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990.

Nijhoff 2000

M.B. Nijhoff, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000.

Nijholt 1996

H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1996.

Van Nouhuys & Straatman 2008

J.F. van Nouhuys en M. Straatman, 'Nieuwe bezienswaardigheden en vooruitzichten op de "Arou(x)te"', *TA* 2008, p. 520.

Van Ommeren 2003

F.J. van Ommeren, 'Het publieke-taakcriterium in de bestuursrechtelijke jurisprudentie', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 135-156.

Van Ommeren 2004

F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

Van Ommeren 2011

F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingingsruimte?', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011a

F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011b

F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten. Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011/1470.

Van Ommeren, Den Ouden & Wolswinkel 2011c

F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 17.

Ottow 2009

A.T. Ottow, *De markt meester? De zoektocht naar nieuwe vormen van toezicht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Den Ouden 2011

W. den Ouden, annotatie bij: ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1191, AB 2011/232 (*Coach4Kids*).

Paradissis 2003

J.J. Paradissis, 'Planning agreements and EC public procurement law', *Journal of Planning & Environment Law* 2003, p. 666.

Parlevliet 2012

W.H.E. Parlevliet, 'Kroniek van het Aanbestedingsrecht', *BR* 2012/63.

Peine 2003

F.J. Peine, *Öffentliches Baurecht: Grundzüge des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts unter Berücksichtigung des Raumordnungs- und des Fachplanungsrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

Pijnacker Hordijk & Meulenbelt 2005

E.H. Pijnacker Hordijk en M.O. Meulenbelt, 'A Bridge Too Far: Why the European Commission's Attempts to Construct an Obligation to Tender outside the Scope of the Public Procurement Directives should be Dismissed', *PPLR* 2005, 3, p. 123.

Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend en J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Prechal 2004

S. Prechal, 'Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes', *Common Market Law Review* 2004, 41, p. 533.

Prechal 2008

S. Prechal, 'De emancipatie van het "algemene transparantiebeginsel"', *SEW* 2008/145.

Prechal & De Leeuw 2007

S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks of a New Legal Principle?', *Review of European Administrative Law* 2007, p. 51.

Prechal & De Leeuw 2008

S. Prechal en M.E. de Leeuw, 'Transparency: A General Principle of EU Law?', in: U. Bernitz, J. Nergelius en C. Cardner (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 201.

De Putter & Van Rijswijk 2005

P.J. de Putter en H.F.M.W. van Rijswijk, 'Naar een waterparagraaf in koopcontracten', *Gst.* 7237, 2005, p. 533.

Reidt 2007

O. Reidt, 'Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand und städtebauliche Verträge als ausschreibungspflichtige Baukonzession?', *Baurecht* 10/2007, p. 1664.

Risvig Hansen 2012a

C. Risvig Hansen, 'Defining a Service Concession Contract. Will the Proposed New Definition of Service Concession Contracts Increase Legal Certainty in the Field of Concessions?', in: G. Skovgaard Ølykke, C. Risvig Hansen en C. D. Tvarnø (red.), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*, Kopenhagen: Djøf 2012, p. 237.

Risvig Hansen 2012b

C. Risvig Hansen, *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, Kopenhagen: Djøf 2012.

Ritsema van Eck 2009a

W.M. Ritsema van Eck, 'Gebiedsontwikkeling en Europese aanbesteding: een vogelvlucht', *VGR* 2009, p. 28.

Ritsema van Eck 2009b

W.M. Ritsema van Eck, 'De werkenconcessie: een verkenning', in: *BR* 2009, nr. 3, p. 237

Ritsema van Eck & Hebly 2007

W.M. Ritsema van Eck en J.M. Hebly, 'De Europese les van Roanne', *FD* 3 mei 2007, p. 9.

Roks & Leemreize 2003

R.J. Roks en H.C. Leemreize, 'Europese Commissie/Gemeente Assen: verplichte aanbesteding onder de drempelwaarde?', in: *Contracteren*, 2003/4, p. 113.

Van Romburgh 2005

H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland: een proeve van een wet voor het verstrekken van overheidsopdrachten* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2005.

Van Romburgh 2008

H.D. van Romburgh, 'Heeft het Hof van Justitie licht in de duisternis gebracht?', *TA* 2008/1, p. 10.

Van Rooy, Van Luin & Dil 2006

P. van Rooy, A. van Luin en E. Dil, *Nederland boven water: praktijkboek gebiedsontwikkeling*, Gouda: Habiforum 2006.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, 'Contracteren met de overheid: wanneer mag de overheid gebruik maken van het privaatrecht en welke normen zijn op privaatrechtelijk handelen van de overheid van toepassing?', *Contracteren* 2005, p. 85.

Sánchez Graells 2011

A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford: Hart Publishing 2011.

Sap, Vermeulen & Zoethout 2003

J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout, 'De publieke taak: een inleiding', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-10.

Sap & Zoethout 2003

J.W. Sap en C.M. Zoethout, 'De publieke taak van de staat', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 77-92.

Van Schaay 2004

J.P. van Schaay, 'Publiek-private samenwerking en Europees aanbestedingsrecht', *VGR* 2004, 4, p. 123.

Scheltema 2010

M. Scheltema, 'De nieuwe Aanbestedingswet: een duurzaam bouwwerk?', in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 123.

Schlössels & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Scholtes 2012

H.H.M. Scholtes, *Transparantie, icoon van een dolende overheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Lemma 2012, p. 7.

Schröder 2007

M. Schröder, 'Administrative Law in Germany', in: R. Seerden (red.), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A Comparative Analysis*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 93-154.

Schueler & Mellenbergh 2006

B.J. Schueler en R. Mellenbergh, *Advies inzake de mogelijkheid tot afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel in verband met artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)*, 2 februari 2006, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 27 581, nr. 26.

Skilbeck 1996

J. Skilbeck, 'The Private Finance Initiative and public procurement', *PPLR* 1996, 4, p. 148.

Spier 1981

J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1981.

Van der Steen 2008

I. van der Steen, 'Zuiver interne situaties: geen omwenteling, wel inperking', *NtER* 2008, p. 301.

Stellingwerff Beintema 2010

A. Stellingwerff Beintema, 'De Dienstenrichtlijn en aanbestedingsregels', *Gemeentestem* 2010/49.

Stergiou 2011

H.M. Stergiou, 'Het Hof van Justitie: Engelbewaarder van het transparantiebeginsel', *NtER* 2011, 3, p. 77.

Steyger 2003

E. Steyger, 'De vormgeving van de publieke taak in het Europese recht', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 41-54.

Straatman & Hebly 2005

M. Straatman en J.M. Hebly, 'Enkele aanbestedingsrechtelijke observaties bij het ontwerp van de Grondexploitatiewet', *VGR* 2005, p. 174.

Telgen 2011a

J. Telgen, interventie in: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Bouwrecht gehouden op 1 december 2010 te Amersfoort*, *TBR* 2011/42.

Telgen 2011b

J. Telgen, 'Goede inkoopwet brengt innovatie', *FD* 31 januari 2011, p. 5.

The Procurement Lawyers' Association 2009

The Procurement Lawyers' Association, *EU Public Procurement and Land Development Agreements after the ECJ's judgment in Jean Auroux v Commune de Roanne (C-220/05)*, augustus 2009.

Van Tilborg 2012

D. van Tilborg, 'Schaarste en mededinging bij gronduitgifte en ander privaatrechtelijk handelen door gemeenten', *BR* 2012/31.

Tobler 2005

Tobler, *Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Treppe 2004

P. Treppe, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2004.

Treppe 2007

P. Treppe, *Public procurement in the EU: a practitioner's guide*, Oxford: OUP 2007.

Tridimas 2009

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2009.

Ubink 2007

A.M. Ubink, 'Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling', *Gemeentestem* 2007, p. 285.

Vermeulen 2003

B.P. Vermeulen, 'De publieke taak: een veel-zijdig begrip', in: J.W. Sap, B.P. Vermeulen en C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13-30.

Vis, Kok & Friese 1986

J.J. Vis, F.X.M. Kok en P.C. Friese, *Regeerakkoord 1986: tekst en uitleg*, 's-Gravenhage: VUGA 1986.

Wade & Forsyth 2009

H.W.R. Wade en C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford: OUP 2009.

Wauters & Ghysels 2008

K. Wauters en J. Ghysels, 'De transparantieplicht bij de gunning van overheidsovereenkomsten in de rechtspraak van het Hof van Justitie, met rechtsvergelijkende annotaties', *Rechtskundig Weekblad* 2008-09, nr. 10, p. 386.

Wedekind 1993

W.G.Ph.E. Wedekind, 'De reikwijdte van de EG-richtlijn 71/305. Zwart, wit of grijs bij overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken', *BR* 1993, 503.

Wedekind 2003

W.G.Ph.E. Wedekind, 'Het begrip "werk"; een "rondweg" door verschillende ontwikkelingen', in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis en H. Langendoen (red.), *Aangenomen werk: opstellen aangeboden aan A.J. van Wijngaarden in herinnering aan prof. mr. M.A. van Wijngaarden*, Deventer: Tjeenk Willink 2003.

Wiarda 1939

G.J. Wiarda, *Overeenkomsten met overheidslichamen* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1939, p. 182-184.

Widdershoven e.a. 2007

R.G.J.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: WODC 2007.

Van Wijk 2008

H.D. van Wijk, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.

Williams 2006

R. Williams, 'The European Commission Communication on Public Private Partnerships and Community law on Public Contracts and Concessions', *PPLR* 2006, 2, p. NA33.

Wolfson 1993

D.J. Wolfson, *Kerntaken: van verzorgingsstaat naar transactiestaat* (oratie Rotterdam), Groningen: Wolters-Noordhoff 1993.

Wolswinkel 2009a

C.J. Wolswinkel, 'Diensten tussen frequenties en kansspelen. Contouren van een Europees kader voor het verlenen van een beperkt aantal vergunningen', *SEW* 2009/120.

Wolswinkel 2009b

C.J. Wolswinkel, 'The Allocation of a Limited Number of Authorisations: Some General Requirements from European Law', *REALaw* 2009, 2, p. 61.

Wolswinkel 2011a

C.J. Wolswinkel, annotatie bij: ABRvS 23 maart 2011, *LJNB*P8768 (*Betfair*), AB 2011/230.

Wolswinkel 2011b

C.J. Wolswinkel, annotatie bij: CBb 29 april 2011, AB 2011/180 (*Zondagavondwinkel Tiel*).

Wolswinkel 2012

C.J. Wolswinkel, annotatie bij: CBb 24 augustus 2012, AB 2012/373 (*Zondagavondwinkel Castricum*).

Zeelenberg 2009

E.E. Zeelenberg, 'Met redenen omkleed advies Europese Commissie inzake bouwproject "Buurtcentrum Doornakkers" te Eindhoven', *BR* 2009/874.

Zonderland 1976

P. Zonderland, *Cremers' Bouwrecht*, suppl. 25, Arnhem: Gouda Quint 1976.

Jurisprudentielijst

EUROPEES HOF VAN JUSTITIE

HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74 (*Dassonville*)

HvJ EG 18 maart 1980, zaak 52/79 (*Debauve*)

HvJ EG 6 november 1984, zaak 182/83 (*Fearon*)

HvJ EG 18 juni 1985, zaak 197/84 (*Steinhauser*)

HvJ EG 14 januari 1988, zaak 63/86 (*Commissie/Italië*)

HvJ EG 20 april 1988, zaak 204/87 (*Beakert*)

HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87 (*Beentjes*)

HvJ EG 30 mei 1989, zaak 305/87 (*Commissie/Griekenland*)

HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88 (*Data Processing*)

HvJ EG 25 juni 1992, zaak C-147/91 (*Laderer*)

HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91 (*Keck*)

HvJ EG 14 april 1994, zaak C-389/92 (*Ballast Nedam*)

HvJ EG 19 april 1994, zaak C-331/92 (*Gestión Hotelera Internacional SA*)

HvJ EG 28 maart 1995, zaak C-324/93 (*Diamorphine*)

HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*)

HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (*Waalse Bussen*)

HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94 (*O'Flynn*)

HvJ EG 29 oktober 1998, zaak C-114/97 (*Commissie/Spanje*)

HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96 (*Arnhem/BFI*)

HvJ EG 9 september 1999, zaak C-108/98 (*RI.SAN*)

HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97 (*Konle*)

HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*)

HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98 (*Unitron*)

HvJ EG 27 januari 2000, zaak C-190/98 (*Graf*)

HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98 (*University of Cambridge*)

HvJ EG 5 oktober 2000, zaak C-16/98 (*Vendée*)

HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (*Telaustria*)

HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-237/99 (*HLM*)

HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99 (*Analir*)

HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98 (*Scala*)

HvJ EG 27 november 2001, gevoegde zaken C-285/99 en C-286/99 (*ANAS*)

HvJ EG 3 december 2001, zaak C-59/00 (*Vestergaard*)

HvJ EG 5 maart 2002, gevoegde zaken C-515/99, C-519/99 t/m C-524/99 en C-526/99 t/m C-540/99 (*Reisch*)

HvJ EG 30 mei 2002, zaak C-358/00 (*Duitse Bibliotheek*)

HvJ EG 17 september 2002, zaak C-513/99 (*Concordia Bus Finland*)

- HvJ EG 14 november 2002, zaak C-411/00 (*Felix Swoboda*)
HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99 (*Universale Bau*)
HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-214/00 (*Commissie/Spanje*)
HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-18/01 (*Korhonen*)
HvJ EG 23 september 2003, zaak C-452/01 (*Ospelt*)
HvJ EG 6 november 2003, zaak C-243/01 (*Gambelli*)
HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99 P (*Succhi di Frutta*)
HvJ EG 18 november 2004, zaak C-126/03 (*Commissie/Duitsland*)
HvJ EG 13 januari 2005, C-84/03 (*Commissie/Spanje*)
HvJ EG 3 maart 2005, gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*)
HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03 (*Coname*)
HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03 (*Parking Brixen*)
HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03 (*Commissie/Frankrijk*)
HvJ EG 27 oktober 2005, gevoegde zaken C-187/04 en C-188/04 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 27 oktober 2005, zaak C-234/03 (*Contse*)
HvJ EG 9 maart 2006, zaak C-323/03 (*Spaanse veerdiensten*)
HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03 (*Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*)
HvJ EG 6 april 2006, zaak C-410/04 (*ANAV*)
HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (*Auroux/ Roanne*)
HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04 (*Placanica*)
HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (*Asemfo*)
HvJ EG 14 juni 2007, zaak C-6/05 (*Medipac-Kazantzidis*)
HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-382/05 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-503/04 (*Commissie/Duitsland*)
HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 13 november 2007, zaak C-507/03 (*An Post*)
HvJ EG 29 november 2007, zaak C-119/06 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 18 december 2007, zaak C-220/06 (*Correos*)
HvJ EG 18 december 2007, zaak C-281/06 (*Jundt*)
HvJ EG 31 januari 2008, zaak C-380/05 (*Centro Europa 7*)
HvJ EG 21 februari 2008, zaak C-412/04 (*Commissie/Italië*)
HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP/Torino*)
HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Pressetext*)
HvJ EG 17 juli 2008, zaak C-347/06 (*ASM Brescia*)
HvJ EG 1 oktober 2008, zaak C-567/07 (*Sint Servatius*)
HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel*)
HvJ EG 13 november 2008, zaak C-437/07 (*L'Aquila*)
HvJ EG 16 december 2008, zaak C-213/07 (*Michaniki*)
HvJ EG 11 juni 2009, zaak C-300/07 (*Oymanns*)
HvJ EG 10 september 2009, zaak C-206/08 (*Eurawasser*)
HvJ EG 15 oktober 2009 (*Acoset*)
HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (*KölnMesse*)
HvJ EG 12 november 2009, zaak C-199/07 (*Commissie/Griekenland*)
- HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (*Müller*)
HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (*Wall*)

HvJ EU 22 april 2010, zaak C-423/07 (*Commissie/Spanje*)
 HvJ EU 6 mei 2010, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki*)
 Gerecht EU 20 mei 2010, zaak T-258/06 (*Duitsland/Commissie*)
 HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Betfair*)
 HvJ EU 9 september 2010, zaak C-64/08 (*Engelmann*)
 HvJ EU 22 december 2010, zaak C-215/09 (*Mehiläinen Oy*)
 HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-274/09 (*Stadler*)
 HvJ EU 29 maart 2011, zaak C-565/08 (*Commissie/Italië*)
 Gerecht EU 14 april 2011, zaak T-70/09 (*Nederland/Commissie*)
 HvJ EU 26 mei 2011, zaak C-306/08 (*Commissie/Spanje*)
 HvJ EU 10 november 2011, zaak C-348/10 (*Norma-A*)
 HvJ EU 1 december 2011, zaak C-253/09 (*Commissie/Hongarije*)
 Gerecht EU 16 december 2011, zaak T-488/10 (*Frankrijk/Commissie*)
 HvJ EU 16 februari 2012, gevoegde zaken C-72/10 en C-77/10 (*Costa en Cifone*)
 HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-574/10 (*Commissie/Duitsland*)
 HvJ EU 10 mei 2012, gevoegde zaken C-357/10 t/m C-349/10 (*Duomo Gpa*)
 HvJ EU 19 juli 2012, zaak C-470/11 (*GarkaIns*)
 Conclusie van de A-G van 4 oktober 2012, gevoegde zaken C-197/11 en C-203/11 (*Libert*)
 HvJ EU 19 december 2012, zaak C-159/11 (*Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*)

NEDERLANDSE RECHTER

HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*)

HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232, m.nt. M. Scheltema (*Zeeland/Hoondert*)
 Vزر. Rb. Den Haag 28 december 1994, JAAN 2007/0105 (*Camping Ockenburg*)
 Hof Den Bosch 24 februari 1997, KG 1997, 133 (*Stoffelen/Prinsenbeek*)

Hof Den Haag 31 januari 2001, *LJN* AB0451 (*Mortierepolder*)
 Vزر. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, BR 2003/442 (*Cete/Aalsmeer*)
 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 m.nt. M.A.M.C. van den Berg (*RZG/ComforMed*)
 Vزر. Rb. Groningen 24 februari 2005, *LJN* AS7564 (*Gronduitgifte Slochteren*)
 HR 18 maart 2005, AB 2005, 408, m.nt. G.A. van der Veen en F.J. van Ommeren (*Lichtenvoorde/Dusseldorp*)
 Hof Den Bosch 7 februari 2006, *LJN* AW2547 (*Starterswoningen Son en Breugel*)
 ABRvS 18 juli 2007, *LJN* BA9831 (*Schindler*)
 Vزر. Rb. Zwolle 15 februari 2008, *LJN* BC7320 (*Gronduitgifte Dalfsen*)
 Vزر. Rb. Den Haag 24 september 2008, *LJN* BF4232 (*Noordwijk*)
 CBb 3 juni 2009, *LJN* BI6466 (*Swiss Leisure Group*)
 Vزر. Rb. Maastricht 4 juni 2009, *LJN* BI6328, BR 2009/153, m.nt. G. 't Hart (*Voerendaal*)
 Vزر. Rb. Arnhem 23 september 2009, *LJN* BN9729 (*DSW Wasstraat/Nijkerk*)

Vzr. Rb. Arnhem 25 januari 2010, *LJN* BL2848 (*PI/Ede I*)
Vzr. CBb 31 maart 2010, *LJN* BL9683 (*Dirk van den Broek/Deventer*)
CBb 28 april 2010, *LJN* BM4375 (*Pierik en Meson*)
ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1191, AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden
(*Coach4Kids*)
Hof Den Haag 26 oktober 2010, *LJN* BO2080 (*Noordwijk*)
Vzr. Rb. Arnhem 10 november 2010, *LJN* BO4451 (*PI/Ede II*)
Vzr. Rb. Arnhem 19 november 2010, *LJN* BO5264 (*WHR/Overbetuwe*)
Rb. Alkmaar 26 november 2010, *LJN* BO5112 (*EWf/Hoorn*)
Hof Den Haag 1 maart 2011, zaaknummer HD 200.018.435, n.n.g. (*PI/Maastricht*)
Vzr. Rb. Utrecht 4 maart 2011, *LJN* BP6990 (*Gezondheidscentrum Elst*)
Rb. Alkmaar 20 april 2011, *LJN* BQ2032 (*EWf/Hoorn*)
CBb 21 april 2011, *LJN* BQ3751 (*EM-TÉ/Uden*)
Hof Arnhem 26 april 2011, *LJN* BQ3090 (*PI/Ede*)
Rb. Zutphen 4 mei 2011, *LJN* BV0451 (*Kadaster/HLA*)
Hof Den Haag 31 mei 2011, *LJN* BQ7122 (*Van der Made/Maassluis*)
Vzr. Rb. Groningen 10 juni 2011, *LJN* BQ8211 (*Montagne/Winsum*)
Rb. Arnhem 13 juli 2011, *LJN* BR4826 (*Lingewaard*)
Hof Amsterdam 4 oktober 2011, *LJN* BT8434 (*Gezondheidscentrum Elst*)
Rb. Zutphen 28 december 2011, *LJN* BU9991 (*Kadaster/HLA*)
CBb 12 maart 2012, *LJN* BW0420 (*Zondagavondwinkel Heiloo*)
CBb 15 mei 2012, *LJN* BW6630 (*Zondagavondwinkel Wassenaar*)
Hof Leeuwarden 15 mei 2012, *LJN* BW6167 (*Montagne/Winsum*)
Vzr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, *LJN* BW6294 (*Quarosand/Aalten*)
Rb. Assen 30 mei 2012, *LJN* BW7185 (*Apotheek Assen*)
CBb 24 augustus 2012, *LJN* BX6540 (*Zondagavondwinkel Castricum*)
CBb 6 september 2012, *LJN* BY0528 (*Zondagavondwinkel Heemstede*)
Vzr. Rb. Den Bosch 10 september 2012, *LJN* BX7223 (*PB/Cuijk*)
Vzr. Rb. Amsterdam 21 september 2012, *LJN* BX9050 (*CBS Outdoor/Amsterdam*)
Rb. Leeuwarden 12 december 2012, *LJN* BY5837 (*EVT/Terschelling*)
Vzr. Rb. Roermond 10 januari 2013, *LJN* BY8739 (*Wee-Play/Roerdalen*)
HR 18 januari 2013, *LJN* BY0543 (*PI/Maastricht*)

INBREUKPROCEDURES

Vathorst, Amersfoort (zaak 2003/5274)

Ingebrekestelling, 16 maart 2005

Osballdwick, York (zaak 2007/4156)

Ingebrekestelling, 26 juni 2008

Persbericht van de Europese Commissie, IP/09/1000, 25 juni 2009

Met redenen omkleed advies, 25 juni 2009

Persbericht van de Europese Commissie, IP/10/507, 5 mei 2010

Het Nieuwe Landgoed, Ede (zaak 2007/4721)

Ingebrekestelling, 2 februari 2009

Aanvullende ingebrekestelling, 23 november 2009

Persbericht van de Europese Commissie, IP/10/1233, 30 september 2010

Met redenen omkleed advies, 29 september 2010

Persbericht van de Europese Commissie, IP/11/600, 19 mei 2011

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Verklaring over vastgoedproject in gemeente Ede, 31 mei 2011, <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2011/05/31/verklaring-over-vastgoedproject-in-gemeente-edel/verklaring-over-vastgoedproject-in-gemeente-edel.pdf>>

Doornakkers, Eindhoven (zaak 2007/4524)

Persbericht van de Europese Commissie, IP/09/1478, 8 oktober 2009

Raadsinformatiebrief van de gemeente Eindhoven van 13 oktober 2009, kenmerk 09.R3326.001

Persbericht van de Europese Commissie, IP/10/679, 3 juni 2010

Verzoekschrift HvJ EU, zaak C-576/10, 9 december 2010

Trefwoordenregister

A

aanbestedende dienst | 52, 57, 148, 153, 238
aanbestedingsprocedure | 52, 60, 66, 78-82
Aanbestedingswet 2012 | 66, 315-321
aannemer | 154, 240

B

bekendmaking (voorafgaande openbare ~) | 17-18
 Europese opdrachtverstrekking | 78-79, 80
 nationale opdrachtverstrekking | 313, 375-386
 Europese zuivere gronduitgifte | 340-350
 nationale zuivere gronduitgifte | 375-386
beschikking (over werken) | 178, 182-185, 193, 194, 243, 253, 270-276
bezwarende titel | 128, 136, 157-173, 174, 193-195, 245-266
bouwplicht | 43, 153, 173-177, 193, 240-241, 273

C

concessieovereenkomst voor werken | 53, 224-229
 vereisten | 237-266
 gelijke kansen boven de drempel | 53-54, 80-82
 gelijke kansen onder de drempel | 105
Concessierichtlijn | 62, 235-237, 284-286

D

doorleggen | 83-87
drempelwaarde | 67-78

E

eigen initiatief / *unsolicited proposal* | 395-396
eisen van de aanbestedende dienst (aan een werk) | 130-136, 202-207, 244
ervaringen / *past performance* | 396
exploitatieerisico | 229-235, 258-265

F

functionele benadering | 136, 141, 150-153, 239-240, 273, 282, 293

G

gelijke kansen
 uitgangspunt van ~ | 11-19
 vrij verkeer (vestiging en diensten) | 95-99, 329-339
gelijkheidsbeginsel | 12-17, 95-99, 360-362, 375-379
gemengde overeenkomst | 277-298

geraamde waarde | 69-78
grensoverschrijdend belang (duidelijk ~) | 99-105, 340-341
grondposities | 83-87

K

kosten (van het bieden van gelijke kansen) | 118, 394-395

N

Nieuwe Aanbestedingsrichtlijn | 61-62, 144-148

O

overheidsopdracht voor werken | 124-148
vereisten | 148-153
gelijke kansen boven de drempel | 78-82
gelijke kansen onder de drempel | 106-116

P

percelen | 82-83
PPS | 9-11, 154, 232, 233-235
publieke taak | 1-11

R

rechtstreeks economisch belang | 177-197, 241-243

S

schriftelijke overeenkomst | 155-157, 240
staatssteun | 20, 32-33, 400-401

T

toewijzingssystematiek | 17-19
Europese opdrachtverstrekking | 52, 60, 66, 78-82
nationale opdrachtverstrekking | 315-321, 365-367
Europese zuivere gronduitgifte | 350-351
nationale zuivere gronduitgifte | 360-369

U

uitzonderingen | 82-87, 116-119, 351-353, 388-394

V

vrij verkeer (vestiging / diensten) | 31-33, 45-48, 57-60, 95-99, 117-119, 329-353

W

werk (omvang van een ~) | 71-73, 132, 207-218
werken (uitvoeren van ~) | 198-218, 244-245

Z

zelfrealisatie | 86

Curriculum vitae

Paul Heijnsbroek (1982) begon in 2000 met de studie rechten aan de Universiteit Utrecht. Na het behalen van zijn propedeuse en bachelor, rondde hij in 2007 de tweejarige master ‘Rechtswetenschappelijk onderzoek’ af (cum laude). Aansluitend startte Paul als parttime advocaat bij Houthoff Buruma in Rotterdam, waar hij zich specialiseerde in het aanbestedingsrecht. Tegelijkertijd begon hij als buitenpromovendus aan de Universiteit Utrecht. Hij publiceerde artikelen en sprak op internationale congressen over diverse aanbestedingsrechtelijke onderwerpen. Nu zijn proefschrift af is, werkt Paul fulltime als advocaat.

