

F A C T S H E E T

PPS

Aandachtspunten aanbesteden en staatssteun bij gebiedsontwikkeling

Versie: oktober 2007

Inleiding

Gemeenten, provincies en waterschappen maken bij gebiedsontwikkeling regelmatig gebruik van publiek private samenwerking (PPS). Bijvoorbeeld bij de aanleg van wegen, bruggen, tunnels, spoorwegtrajecten en jachthavens. Maar ook de ontwikkeling van een industriegebied, de bouw van een ziekenhuis of een multifunctioneel centrum of de aanleg en exploitatie van een bedrijvencomplex – al dan niet in combinatie met elkaar- kunnen als PPS-project worden uitgevoerd. Deze samenwerkingsvorm kan voor overheid, bedrijfsleven én voor het gezamenlijk project diverse voordelen opleveren. Echter, (decentrale) overheden dienen bij PPS wel rekening te houden met de Europese regels voor staatssteun en aanbesteden. Op dit gebied leven nog veel vragen. Recente ontwikkelingen, zoals de uitspraak van het Hof van Justitie in de Franse zaak 'Roanne' (het Auroux arrest), heeft juist bij het gebruik van PPS bij gebiedsontwikkeling nieuwe onduidelijkheid opgeroepen over hoe om te gaan met deze Europeesrechtelijke aspecten.

Waarom dit factsheet?

Doel van dit factsheet is om decentrale overheden inzicht te geven in een aantal belangrijke knelpunten en risico's van PPS-verbanden bij gebiedsontwikkeling. Voor dit factsheet zijn 9 knelpunten -5 over aanbesteden en 4 over staatssteun- geselecteerd op basis van de meestgestelde vragen over dit onderwerp bij de helpdesk van Europa decentraal en die in de recente literatuur zijn verschenen. Dit overzicht pretendeert daarbij niet een uitputtende opsomming van de knelpunten te geven.

Daarnaast is een conceptversie van dit factsheet in juli gepresenteerd aan onder meer medewerkers van gemeenten, provincies en waterschappen. De feedback hierop is zoveel mogelijk verwerkt in deze versie. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling om een standpunt in te nemen over de knelpunten of om aan te geven wat voor decentrale overheden de juiste handelwijze bij gebiedsontwikkeling zou zijn. Middels dit factsheet wenst Europa decentraal gemeenten, provincies en waterschappen een overzicht van de problematiek te schetsen, zodat zij zich bewust zijn van knelpunten die zich voor (kunnen) doen bij gebiedsontwikkeling. Een aantal genoemde vraagstukken zijn nog niet opgelost, mede omdat lidstaat Nederland zich nog beraadt over de exacte gevolgen van het arrest Auroux voor de Nederlandse rechtspraak.

Naar verwachting verschijnt in het najaar van 2007 een nader advies van de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) over de interpretatie van het arrest Auroux en de betekenis van dit arrest voor de praktijk van gebiedsontwikkeling. Europa decentraal zal daar via de gebruikelijke weg over informeren.

Hoe is dit factsheet opgebouwd?

Dit factsheet bestaat uit drie delen. Deel 1 geeft een korte uitleg over het begrip PPS en PPS bij gebiedsontwikkeling. De knelpunten staan centraal in het tweede deel van het factsheet. De drie meest voorkomende knelpunten bij decentrale overheden staan eerst genoemd. Per knelpunt wordt een overzicht gegeven van de situatie waarin het knelpunt zich kan voordoen, de voor de decentrale overheid relevante aandachtspunten en de verwachte ontwikkelingen in bijvoorbeeld de wetgeving of jurisprudentie. De overige zes knelpunten worden vervolgens

F A C T S H E E T

korter aangestipt, met daarbij enige referentie naar beschikbare informatiebronnen. Ter afsluiting van dit tweede deel wordt een korte blik op mogelijke toekomstige ontwikkelingen geworpen.

Het factsheet besluit in deel 3 met een overzicht van verschillende artikelen, handleidingen, webpagina's en andere bronnen die u kunt raadplegen als u zich verder in de materie wilt verdiepen.

Omwille van de leesbaarheid zijn in dit stuk alleen eindnoten opgenomen met daarin de bron waaraan gerefereerd wordt en/of meer informatie over een aangehaald begrip. Ze dienen als achtergrondinformatie, maar zijn niet noodzakelijk voor een volledig beeld van het onderwerp.

F A C T S H E E T

Deel 1 Het begrip PPS

Wat wordt verstaan onder PPS?

PPS is een ruim begrip. Er bestaat geen algemene definitie hiervan, maar bijna alle samenwerkingsverbanden van een overheid met een private partij vallen hieronder. In de handreikingen van het voormalige kenniscentrum PPS (de huidige afdeling 'PPS en Assetmanagement' van het ministerie van Financiën) wordt de volgende, ruime omschrijving gebruikt:

*'PPS is een samenwerkingsverband waarbij overheid en bedrijfsleven, met behoud van eigen identiteit en verantwoordelijkheid, gezamenlijk een project realiseren op basis van een heldere taak- en risicoverdeling. Het resultaat van de samenwerking is meerwaarde: een kwalitatief beter eindproduct voor hetzelfde geld, of dezelfde kwaliteit voor minder geld. (...) De overheid realiseert maatschappelijke doelstellingen en creëert perspectief op een hogere kwaliteit en een reductie van de projectkosten.'*¹

Ook de [Europese Commissie](#)² hanteert een vergelijkbare omschrijving van PPS, waarbij het nog nadrukkelijker moet gaan om het uitvoeren van een activiteit met een publiek karakter.

PPS en gebiedsontwikkeling

Voor dit factsheet wordt het begrip PPS echter beperkt tot de voor gebiedsontwikkeling relevante soort van de gebiedsgebonden PPS. Hierbij gaat het om een verzameling van projecten van substantiële omvang, waarin bepaalde functies ontwikkeld worden (denk aan wonen, welzijn, cultuur, infrastructuur, bedrijventerreinen en soms ook op diverse locaties) – al dan niet in combinatie met elkaar- en het gaat dan zowel om nieuwe locaties als om herontwikkeling. Zowel de vraag of de opdracht(gever) in deze projecten wel een overheidsopdracht(gever) in de zin van de aanbestedingsrichtlijn is, als het versnipperde grondbezit in dergelijke projecten, leveren hier in de decentrale uitvoeringspraktijk problemen op.

Het is aan de decentrale overheid om te kiezen op wat voor manier zij een gebiedsgebonden PPS aan wil gaan. De mogelijke samenwerkingsvormen daarbij zijn zeer talrijk. Er zijn echter drie hoofdvormen van samenwerkingsmodellen bij grondexploitatie en gebiedsontwikkeling:³

1. Publieke grondexploitatie

Hieronder valt het traditionele model, waarin de overheid alle grond zelf verwerft of in bezit heeft en deze bouw- en woonrijp weer uitgeeft. Ook het bouwclaimmodel valt hieronder, waarin private partijen hun gronden overdragen aan de overheid en in ruil hiervoor andere bouw- en woonrijpe gronden terugkrijgen.

2. Publiek-private grondexploitatie

In deze vorm wordt er een joint venture opgericht, zoals een grondexploitatiemaatschappij (GEM), met als doelstelling het delen van kennis en kunde met de markt en het delen van risico. Bij de oprichting van een dergelijke aparte uitvoeringsorganisatie is er sprake van een zogenaamde geïnstitutionaliseerde PPS. Grondbezit van een marktpartij zal vaak een aanleiding zijn voor een decentrale overheid om een dergelijke vergaande samenwerking aan te gaan.

F A C T S H E E T

3. Private grondexploitatie

Onder deze noemer vallen zowel het concessiemodel als de exploitatieovereenkomst⁴. In beide gevallen ligt het risico van de realisatie van de grondexploitatie bij de private partij. Bij het concessiemodel draagt de marktpartij zorg voor de gehele ontwikkeling. De marktpartij moet voldoen aan de randvoorwaarden die de decentrale overheid van tevoren heeft gesteld. Het eigendom van de grond ligt bij de decentrale overheid.

Wanneer een decentrale overheid zelf ook kosten moet maken voor de private ontwikkeling, dan kan zij deze verrekenen met de marktpartij op basis van een exploitatieovereenkomst. Hier moet dan wel een exploitatieverordening aan ten grondslag liggen.⁵

Deel 2 De knelpunten

Overzicht belangrijkste knelpunten voor decentrale bij PPS en gebiedsontwikkeling

De drie eerstgenoemde knelpunten komen het vaakst voor in de praktijk. Van deze drie wordt per knelpunt een overzicht gegeven van de situatie waarin dit zich kan voordoen, de voor de decentrale overheid relevante aandachtspunten en de verwachte ontwikkelingen in bijvoorbeeld de wetgeving of jurisprudentie. De daarop volgende knelpunten worden kort aangestipt, met daarbij enige referentie naar beschikbare bronnen.

A Aanbesteden

- 1 Zelfrealisatie, onteigening en doorleggen van de aanbestedingsplicht
- 2 Selectie van PPS-partijen en de mogelijkheid om later zelf mee te dingen
- 3 Aanbesteden van commerciële onderdelen
- 4 PPS verband als een 'aanbestedende dienst' en de mogelijkheid tot inbesteden
- 5 Bepaling van de waarde

B Staatssteun

- 6 Steun voor onrendabele top
- 7 Risico dragende overheid in PPS verband: staatssteungevoelige garantieregeling?
- 8 Meervoudige selectie van marktpartijen voor een PPS verband: 'first mover advantage'
- 9 Consequenties van steun voor de geldigheid van het bestemmingsplan

A Aanbesteden

1 Zelfrealisatie, onteigening en doorleggen van de aanbestedingsplicht

Situatie

Een decentrale overheid wil (onder andere) bepaalde werken met een publieke functie realiseren, zoals infrastructuur. De gronden waarop de decentrale overheid dit wil doen, zijn echter in het bezit van marktpartijen. Deze partijen kunnen zich, onder voorwaarden, beroepen op een zogenaamd recht op zelfrealisatie (het recht om werken op eigen grond conform hun bestemming te mogen realiseren). Het gevolg hiervan is dat zij de ontwikkeling op hun eigen gronden zelf mogen uitvoeren. Hierbij kan de decentrale overheid tegen drie punten aanlopen. Ten eerste moet zij kijken of het beroep op een zelfrealisatierecht van de marktpartij gerechtvaardigd is. Ten tweede is het de vraag of een (eventuele) aanbestedingsplicht mag worden 'doorgelegd' naar een marktpartij. Ten derde speelt de vraag naar de mogelijkheid tot onteigening indien een grondeigenaar weigert mee te werken.

Aandachtspunten

Zelfrealisatie

Het recht op zelfrealisatie houdt in dat een marktpartij werken op haar eigen grond zelf mag realiseren. Of een beroep op zelfrealisatie ook haalbaar is, hangt af van vier (hierna te noemen) vereisten.⁶ Als voldaan is aan de vier criteria, dan mag de grondeigenaar in

F A C T S H E E T

beginsel zelf de werken realiseren. Bij een terecht beroep op zelfrealisatie blijft een eventuele aanbestedingsplicht voor de overheid echter bestaan, waardoor het de vraag is of de overheid het zelfrealisatiebeginsel mag negeren door toch te onteigenen en vervolgens het werk aan te besteden. De vereisten voor een beroep op zelfrealisatie zijn: Allereerst moet de grondeigenaar over voldoende kennis, ervaring en geld beschikken. Omdat de grondeigenaar een beroep doet op het recht op zelfrealisatie, is het in principe aan hem om dit te bewijzen. Vervolgens moet hij ook bereid zijn het plan uit te voeren zoals dat de overheid voor ogen staat. Ten derde moet de grondeigenaar bereid zijn een exploitatieovereenkomst te sluiten met de overheid. En tot slot dient deze grondeigenaar bereid te zijn de grond ten behoeve van openbare voorzieningen te willen overdragen. De aanbestedingsconsequenties in geval van een gerechtvaardigd beroep op zelfrealisatie staan vermeld in de laatste alinea van de volgende paragraaf ('doorleggen van aanbestedingsplicht') aan het begin van de volgende pagina.

Doorleggen van aanbestedingsplicht

Het 'doorleggen' van de aanbestedingsplicht naar een marktpartij houdt in dat afgesproken wordt dat de marktpartij de aanbesteding van de openbare werken op haar grond op zich neemt. Deze marktpartij voert het werk dus niet zelf uit. Dit is door het Europese Hof van Justitie geïntroduceerd in het Scala arrest.⁷ In dat geval werd de aanleg van infrastructuur op de grond van de marktpartij als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht gezien. De gemeente werd daarom verplicht de Europese aanbestedingsrichtlijn in acht te nemen. Dit betekende niet dat het gemeentebestuur de aanbestedingsprocedure zelf hoeft te starten:

'Het nuttig effect van de aanbestedingsrichtlijn wordt even goed verzekerd indien het gemeentebestuur op grond van de nationale wetgeving de exploitant- vergunninghouder door middel van de met hem gesloten overeenkomsten kan verplichten de overeengekomen werken uit te voeren volgens de in de aanbestedingsrichtlijn omschreven procedures, zulks ter vervulling van de plichten die dienaangaande krachtens de richtlijn op het gemeentebestuur rusten'.

Deze 'doorlegplicht' van de gemeente lijkt echter beperkt te zijn. In het arrest Auroux⁸ wijst het Hof de doorlegging van de aanbestedingsplicht zelfs helemaal af met het argument dat hiermee de aanbestedingsrichtlijn omzeild kan worden.⁹ Het Hof overweegt in dit kader dat de overeenkomst tussen de gemeente en SEDL niet bepaalt dat SEDL gehouden is de totale oorspronkelijke opdracht aan onderaannemers uit te besteden. Onder verwijzing naar de conclusie van de Advocaat –generaal stelt het Hof vervolgens dat 'de kans groot is, wanneer een tweede aanbestedende dienst (SEDL) met onderaannemers werkt, de bij hen geplaatste opdrachten slechts een gedeelte van de totale opdracht betreffen.'

Uit de eerdere conclusie van de Advocaat-generaal¹⁰ in de zaak Auroux blijkt dat doorleggen naar haar mening enkel is toegestaan wanneer de gemeente door de grondpositie van de marktpartij, dus wanneer de marktpartij eigenaar is van de grond waarop de gemeente/overheid wil ontwikkelen, gedwongen is om voor die partij te kiezen. Bovendien zal de totale opdracht (in plaats van de opdracht op te delen in aansluitende aanbestedingsprocedures voor onderdelen van de totale opdracht) doorgelegd moeten worden, omdat anders het gevaar van omzeiling van de richtlijn dreigt. Het is niet geheel duidelijk of het Hof in Auroux de bedoeling heeft gehad om de mogelijkheid tot 'doorleggen' geheel af te schaffen¹¹.

F A C T S H E E T

Toegepast op de Nederlandse situatie betekent dit dat alleen in geval van een gerechtvaardigd beroep op zelfrealisatie, de overheid de totale aanbestedingsplicht kan 'doorleggen' naar die grondeigenaar.¹² Wanneer er geen sprake is van zelfrealisatie is het 'doorleggen' van een aanbestedingsplicht een (aanbestedingsplichtige) dienstenopdracht op zich.¹³ Hierbij moet nogmaals benadrukt worden dat de marktpartij waaraan de verplichting om een aanbestedingsprocedure te voeren wordt 'doorgelegd' niet zelf het werk realiseert.

Onteigening bij weigering om door te leggen

De derde en laatste vraag bij dit knelpunt vloeit hieruit voort. Immers, wat te doen als een zelfrealisator weigert aan zijn doorgelegde aanbestedingsplicht te voldoen, omdat hij zijn gronden zelf wil ontwikkelen? De afgelopen jaren is er al veel discussie geweest over de mogelijkheid om deze patstelling te doorbreken door te onteigenen. Op dit moment lijkt het erop dat onteigening bij ontwikkeling van openbare werken mogelijk is wanneer er anders strijd met de Europese aanbestedingsregels ontstaat.¹⁴ Daarnaast kan het -volgens de Memorie van Toelichting bij de Grondexploitatiewet- verstandig zijn om in PPS contracten en in de eisen omtrent de uitvoering van openbare werken¹⁵ op te nemen dat waar nodig de Europese aanbestedingsregels worden nageleefd.¹⁶ Deze afspraken doen echter niets af aan de verantwoordelijkheid van de overheid om te bepalen of er aanbesteed moet worden.

Ontwikkelingen

De Grondexploitatiewet treedt waarschijnlijk per 1 juli 2008 in werking. Het wetsvoorstel is in mei 2007 aangenomen door de Eerste Kamer en zal tegelijkertijd met de nieuwe Wet ruimtelijke ordening en het nieuwe Besluit ruimtelijke ordening in werking treden. Meer informatie over de Grondexploitatiewet is te vinden op [de website](#) van de VNG en [de website](#) van VROM.

2 Selectie van PPS-partijen en de mogelijkheid om later zelf mee te dingen

Situatie

Een decentrale overheid wil een gebied ontwikkelen samen met een aantal private partijen. Hierbij zijn er grofweg drie scenario's denkbaar.¹⁷ In het eerste geval wordt er gezocht naar een partner die niet zelf het werk gaat uitvoeren, maar wel in het project participeert, bijvoorbeeld financieel. Eventueel kan deze partij wel de exploitatie van het gerealiseerde project op zich nemen. In het tweede geval wordt er gezocht naar een partner die juist wel het werk helpt uit te voeren en die ook deelneemt in de voorbereiding van het project. Ten slotte wordt er in het derde geval gezocht naar een partner die de realisatie geheel op zich neemt en eventueel ook het gerealiseerde werk zal exploiteren.

Aandachtspunten

1. Samenwerking zonder realisatie

Bij het aangaan van een samenwerking door een decentrale overheid met een marktpartij die niet zelf het werk zal gaan realiseren (bijvoorbeeld een projektontwikkelaar die niet zelf zal gaan bouwen), wordt de marktpartij medeopdrachtgever. Deze situatie is vergelijkbaar met het hierboven besproken 'doorleggen' van de aanbestedingsplicht zonder dat er sprake is van een zelfrealisatierecht. De selectie van de marktpartij waarmee zal worden samengewerkt is mogelijk een aanbestedingsplichtige dienstenopdracht. Voorbeelden van

F A C T S H E E T

dergelijke diensten zijn het begeleiden van het aanbestedingstraject, het ontwikkelen van een concept voor een project of het financieel en risicodragend bijdragen in het project. Of het hierbij een zogenaamde IIA of IIB-(overheids)dienstenopdracht betreft (d.w.z. het zwaardere of lichtere regime van de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is) zal afhangen van de specifieke afspraken die gemaakt worden.

Wanneer de samenwerking zich bijvoorbeeld begeeft op het gebied van ‘diensten in verband met beleggingen’ (zie categorie 6 bijlage IIA), ‘adviesdiensten inzake bedrijfsvoering’ (zie categorie 11 bijlage IIA bijvoorbeeld advies inzake aanschaffingsbeleid) en ‘diensten van architecten en ingenieurs’ (zie categorie 12 bijlage IIA, bijvoorbeeld projectbeheerdiensten, maken van projecten) kan er sprake zijn van een IIA dienst.¹⁸ Voor IIB diensten geldt een verlicht aanbestedingsregime, maar IIA diensten die boven de drempelwaarde uitkomen, zullen Europees aanbesteed moeten worden. Voor decentrale overheden is deze drempel op dit moment € 211.000,- exclusief BTW.¹⁹

De opdracht voor louter de exploitatie van het gerealiseerde werk kan, wanneer deze de vorm van een concessieovereenkomst voor diensten heeft, buiten de aanbestedingsrichtlijn vallen.²⁰ Overigens moet er dan wel aan de beginselen van transparantie en gelijke behandeling voldaan worden.²¹ Het gevolg is dat ook een dienstenconcessie vrijwel niet zomaar één op één gegund mag worden.

2. Samenwerking met realisatie

Wanneer echter de marktpartij waarmee wordt samengewerkt ook (geheel of gedeeltelijk) de realisatie op zich neemt, zal die marktpartij waarschijnlijk eerst na een Europese aanbesteding geselecteerd moeten worden. Dit is het geval wanneer het aangaan van de samenwerking automatisch het verstrekken van de opdracht voor het werk met zich meebrengt.²² De samenwerkingsovereenkomst is daarmee onderdeel van het werk en moet aanbesteed worden wanneer de totale waarde van het werk boven de drempelwaarde uitkomt. Dit is het geval als het totale werk (exclusief BTW) boven de € 5.278.000,- uitkomt.²³

2.1 Samenwerking met realisatie voorafgegaan door eerdere samenwerking

Het wordt echter nog gecompliceerder wanneer samenwerking tijdens de voorbereiding en de daadwerkelijke realisatie van het werk niet automatisch aan elkaar gekoppeld zijn. Hiervan is sprake wanneer er op de volgende manier in twee fases wordt gewerkt. In de eerste fase wordt er samengewerkt volgens het hierboven besproken eerste scenario (met een marktpartij die niet zelf realiseert). In de daaropvolgende tweede fase wordt er samengewerkt volgens het hierboven besproken tweede scenario, namelijk met een marktpartij die ook (gedeeltelijk) realiseert. Er is dan een beperkte ruimte voor de marktpartij die tijdens de eerste fase, bijvoorbeeld als projectontwikkelaar, heeft meegeholpen (in principe zonder oogmerk om zelf te realiseren) om in de tweede fase mee te dingen naar de opdracht voor de realisatie van het werk.

Voor de samenwerking in de eerste fase gelden de aanbestedingsregels voor dienstverleningsopdrachten.²⁴ Voor de tweede fase gelden de aanbestedingsregels voor de uitvoering van bouwwerken. Om in deze tweede fase mee te mogen dingen, moet er voldaan zijn aan het ‘Chinese Wall’ principe: een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van technische specificaties mag alleen meedingen naar de opdracht indien hij door zijn

F A C T S H E E T

adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, dan wel deze aanbieders moeten over dezelfde informatie kunnen beschikken. Dit principe ziet op (het voorkomen van) belangenverstrengeling, dan wel beoogt één van de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht recht te doen, namelijk dat een ieder onder gelijke voorwaarden kan meedingen naar een opdracht. Het Hof van Justitie van de EG heeft zelfs bepaald dat een aanbestedende dienst alleen een partij mag uitsluiten als die partij daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gekregen om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.²⁵

3. Samenwerking met realisatie en exploitatie

In het laatste geval kan er sprake zijn van een concessieovereenkomst voor werken. Dit houdt in dat er een overeenkomst wordt gesloten zowel voor de realisatie van het werk als voor de exploitatie ervan door dezelfde marktpartij. De decentrale overheid moet deze concessieovereenkomst aanbesteden wanneer de waarde van de opdracht boven de drempel van € 5.278.000,- uitkomt. Echter, de aanbestedingsprocedure voor concessieovereenkomsten voor werken betreft wel een meer flexibele procedure dan de aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten voor werken. Zie voor meer informatie [deze webpagina](#) van Europa decentraal.

Ontwikkelingen

Of er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht voor diensten of werken en zo ja, wat voor soort, is erg afhankelijk van de specifieke situatie. Het antwoord op deze vragen is relevant voor het toepasselijke aanbestedingsregime. Om die reden is het niet mogelijk om vooraf absolute zekerheid te geven of om die te ontlenen aan de jurisprudentie. Op dit moment lijkt het voor het onderscheid tussen 'werk' of 'dienst' bepalend te zijn of de betrokken marktpartij zelf bijdraagt aan de realisatie van het werk. Het wachten is op meer duidelijkheid vanuit de wetgever of de rechter.

Op Europees niveau zijn er momenteel twee relevante ontwikkelingen naar aanleiding van het [Groenboek PPS](#). De Commissie is bezig met zowel een voorstel voor een richtlijn voor concessies als een voorstel voor een interpretatieve mededeling voor geïstitutionaliseerde PPS'en. Beide zullen meer duidelijkheid geven over de aanbesteding van enerzijds concessies (ook bij PPS) en anderzijds PPS projecten waarbij een aparte rechtspersoon wordt opgericht. De verwachting is dat de interpretatieve mededeling in het najaar van 2007 verschijnt.

3 Aanbesteden van commerciële onderdelen

Situatie

Een decentrale overheid gaat een samenwerkingsverband aan met een marktpartij om samen in een PPS-verband een project te ontwikkelen. Het project bestaat uit zowel commerciële als publieke onderdelen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als er bij een project zowel winkels/een winkelcentrum als (omliggende) infrastructuur gerealiseerd wordt. De joint venture is een aanbestedende dienst en daarom worden de publieke onderdelen Europees aanbesteed voor zover zij boven de drempelwaarde uitkomen. Moeten de commerciële onderdelen ook worden aanbesteed?

F A C T S H E E T

Aandachtspunten

De aanbestedingsrichtlijn geeft twee criteria voor het bestaan van een 'overheidsopdracht voor werken' die hier van belang zijn: 1) er moet sprake zijn van een zogenaamde bezwarende titel en 2) er moet ten minste sprake zijn van 'het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'. Wanneer aan beide criteria wordt voldaan, zal de decentrale overheid ook de commerciële activiteiten moeten aanbesteden. In de praktijk is hier niet zo snel sprake van.

Bezwarende titel

Of er ook bij commerciële activiteiten sprake is van een zogenaamde bezwarende titel, hangt af van het bestaan van een tegenprestatie van de decentrale overheid. Zodra deze een op geld waardeerbare tegenprestatie verschuldigd is voor de prestaties van de marktpartij, is er een bezwarende titel.²⁶ Bij commerciële werken zal de overheid over het algemeen geen tegenprestatie leveren, aangezien zij het gerealiseerde werk ook niet in haar bezit krijgt. Bij de realisatie van openbare werken, zoals infrastructuur, is dat wel het geval. Het begrip 'bezwarende titel' is echter mogelijk zo ruim dat ook het recht om van derden inkomsten te verkrijgen al een voldoende tegenprestatie is.²⁷ Luteijn merkt in zijn artikel in Vastgoedrecht op dat de Advocaat generaal (zie noot 10) hier niets over zegt en dat het vermoeden rijst of het Hof dit wel echt zo bedoeld heeft.²⁸ Het ministerie van VROM stelde zich tot het arrest Auroux op het standpunt dat het voor een bezwarende titel ook vereist is dat de decentrale overheid de beschikking krijgt over het gerealiseerde werk. In de meeste gevallen zal de overheid niet beschikken over de gerealiseerde commerciële onderdelen. Of de interpretatie van een bezwarende titel uit Auroux daadwerkelijk zo ruim is, zal moeten blijken uit toekomstige regelgeving of jurisprudentie.

Laten uitvoeren van een werk

Wanneer de overheid in het voorbeeld aan het begin van deze paragraaf de opdracht aan het samenwerkingsverband gunt, is er sprake van een aanbestedingsplichtig werk als de overheid óf zelf een ontwerp voor de werken maakt en de uitvoering coördineert, óf dit (expliciet) overlaat aan een ander. Bij de voorliggende situatie zoals geschetst in het kader, zal de overheid niet zelf de werken ontwerpen en uitvoeren. Ten aanzien van het criterium 'laten uitvoeren' zal het werk echter wel 'aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' moeten voldoen, wil het aanbestedingsplichtig zijn.²⁹ Hierbij spelen twee overwegingen mee: wat is de functie van het werk en wat is de aard van de eisen?

Laten uitvoeren van een werk: commerciële versus publieke functie

De functie van een werk kan zoals gezegd commercieel of publiek zijn. Of dit verschil op zich ook uitmaakt voor de aanbesteding van dat werk is maar zeer de vraag. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG kan worden opgemaakt dat het gebruiksdoel van het te realiseren werk niet bepalend is voor de bepaling dat het een 'overheidsopdracht voor werken' in de zin van de aanbestedingsrichtlijn betreft. Evenmin is het voor aanbesteding vereist dat de opdracht voorziet in een doel van algemeen belang.³⁰

Laten uitvoeren van een werk: private versus publieke eisen

Of de aard van de eisen een rol speelt bij de vraag naar aanbestedingsverplichting is eveneens onzeker. Aan de ene kant zijn er de eisen die voortvloeien uit publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals vastgelegd in een bestemmingsplan. Aan de andere kant zijn er de

F A C T S H E E T

eisen die voortvloeien uit een zuiver privaatrechtelijke overeenkomst tussen decentrale overheid en marktpartij. De gedachte is vaak dat eisen die publiekrechtelijk van aard zijn, geen eisen zijn die kunnen leiden tot de kwalificatie van een aanbestedingsplichtig werk. Echter, een dergelijke gedachte lijkt nog moeilijk houdbaar gezien de functionele benadering van het begrip 'opdracht voor werk' van de Europese Commissie en het Hof van Justitie EG. Door deze functionele benadering zullen decentrale overheden moeten bepalen in hoeverre zij zich met hun (publiekrechtelijke) eisen gedragen als opdrachtgever.³¹ Dit kan dan vervolgens nader uitgewerkt worden in enerzijds eisen die een directe plicht met betrekking tot de realisatie scheppen - zoals een bouwplicht - en in anderzijds algemene randvoorwaarden die veel ruimte overlaten aan de realisator.³² Alleen de eerste soort eisen kan mogelijk leiden tot de kwalificatie 'overheidsopdracht voor werk' in de zin van de aanbestedingsrichtlijn.

Opvallend is de wijze waarop het Hof van Justitie EG in het Auroux arrest heeft geoordeeld dat er in dat geval voldaan moest worden aan de eisen van de gemeente. De gemeente wilde met de aanleg van een multifunctioneel recreatiepark een wijk herpositioneren en een nieuwe dynamiek geven. De afzonderlijke commerciële en publieke onderdelen van het park moesten daarom als één werk gezien worden.³³ Het is onduidelijk welke 'eisen' het Hof exact bedoelt en of herpositionering van de wijk door aanleg van het park als geheel al voldoende eisen oplevert om te kunnen spreken van een (aangebestedingsplichtig) werk.

Ontwikkelingen

De nieuwe grondexploitatiewet gaat uitgebreide mogelijkheden bieden om eisen te stellen bij particuliere locatieontwikkeling. Naast de mogelijkheid om via privaatrechtelijke weg eisen te stellen, biedt de wetgever ook de mogelijkheid om ingrijpend te sturen met behulp van eisen in het exploitatieplan.³⁴ Gemeenten zullen zich bewust moeten zijn dat de kans bestaat dat door het stellen van eisen aan een project met zowel publieke als commerciële onderdelen, ook de commerciële onderdelen beschouwd moeten worden als een aanbestedingsplichtig werk. Uiteraard moet er dan wel sprake zijn van een bezwarende titel.

Wanneer een bezwarende titel ontbreekt maar een overeenkomst voor de uitvoering van een werk wel moet voldoen aan de eisen van een aanbestedende dienst, dan dient deze laatste zich te beseffen dat deze overeenkomst zich kan kwalificeren als een concessieovereenkomst voor werken. Hiervoor schept de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 een separaat aanbestedingsregime in de artikelen 56 e.v. Over het onderscheid tussen 'overheidsopdrachten voor werken' en 'concessieovereenkomsten voor werken' zullen naar verwachting de (onder paragraaf 2, ontwikkelingen) genoemde voorstellen van de Europese Commissie meer duidelijkheid scheppen.

4 PPS verband als een 'aanbestedende dienst' en inbesteden

Aandachtspunten

Een vraag die vaak terugkomt is of een PPS verband tussen een decentrale overheid en één of meerdere marktpartijen te beschouwen is als een aanbestedende dienst. Het belang hiervan is echter gering, aangezien het ontbreken van de kwalificatie 'aanbestedende dienst' voor een samenwerkingsverband – bijvoorbeeld in de vorm van een joint venture- niets afdoet aan de aanbestedingsplicht van de deelnemende overheidsinstelling. Met andere woorden, zelfs als de joint venture zelf niet zelfstandig aanbestedingsplichtig is, is de deelnemende overheid dat wel. Uiteraard hoeft er alleen aanbesteed te worden als ook aan

F A C T S H E E T

de overige voorwaarden is voldaan (aanbestedingsplichtig werk, levering of dienst³⁵ boven het drempelbedrag).

Uit het Auroux arrest is gebleken dat bij de beoordeling of er een aanbestedingsplicht mag worden 'doorgelegd', het niet uitmaakt of de joint venture wel of niet een aanbestedende dienst is.³⁶ Ook is de kwalificatie van 'aanbestedende dienst' geen garantie voor een terecht beroep op inbesteding (een opdracht binnen de eigen organisatie ofwel 'in-house opdrachtverlening') als uitzonderingsgrond voor de aanbestedingsplicht. Bepalend daarvoor is dat er geen sprake meer kan zijn van inbesteding zo gauw als er privaat kapitaal in de joint venture zit.³⁷

De kwalificatie 'aanbestedende dienst' voor de joint venture kan wel een rol spelen voor de uitzondering van de aankoopcentrale.³⁸ Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) zegt hierover in artikel 18 lid 2:

'De aanbestedende dienst, die via een aankoopcentrale gunt, wordt geacht dit besluit te hebben nageleefd, indien de aankoopcentrale, bedoeld in het eerste lid, dit besluit heeft nageleefd.'

Hoewel de definitie van een aankoopcentrale (artikel 1 sub s Bao) doet vermoeden dat deze voor meerdere aanbestedende diensten moet werken, lijkt het Hof in het Auroux arrest de mogelijkheid te bieden om 'doorlegging' aan een aankoopcentrale (de joint venture) toe te staan.³⁹ Bij de keuze voor de aankoopcentrale zal de decentrale overheid wel rekening moeten houden met de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling.⁴⁰ Overigens wordt in de toelichting bij het Bao deze 'ontsnappingsmogelijkheid' via de aankoopcentrale wel gesignaleerd en gesteld dat omzeiling van de aanbestedingsverplichtingen niet mag en dat de opdracht aan de aankoopcentrale onder bepaalde omstandigheden aanbesteed zal moeten worden. Op dit moment is hier dus geen zekerheid over te geven, maar enige ruimte lijkt er wel te bestaan.

Bronnen:

Pijnacker Hordijk, p. 49.
Moolhuizen en Brackmann, p. 780.
HvJ EG in Roanne, r.o. 61-67.

5 Bepaling van de waarde

Aandachtspunten

Om te bepalen of het drempelbedrag wordt overschreden, moet gekeken worden naar de waarde van de opdracht betreffende (het laten uitvoeren van) het werk. Uit het arrest Auroux bleek dat hieronder niet alleen het bedrag viel dat de gemeente betaalde aan het PPS-verband, maar ook de inkomsten die van derden werden verkregen.⁴¹ De reden die het Hof van Justitie EG hiervoor noemt is dat gekeken moet worden vanuit het standpunt van de potentiële inschrijver (lees: het PPS verband en zijn concurrenten). Wanneer deze derden inkomsten worden meegerekend kan de waarde van het werk aanzienlijk hoger uitvallen.

Bronnen

Roanne, r.o. 54.

F A C T S H E E T

B Staatssteun

De knelpunten op het gebied van staatssteun worden in dit factsheet slechts kort besproken. Telkens wordt aangegeven wat de relevante aandachtspunten zijn en waar er meer informatie over het betreffende onderwerp te vinden is. Op [deze webpagina](#) van Europa decentraal is algemene informatie te vinden over grondtransacties en staatssteun. Daar wordt ook verwezen naar de mededeling van de Europese Commissie over de verkoop van gronden en gebouwen door de (decentrale) overheid.

6 Steun voor onrendabele top

Aandachtspunten

In principe mag er bij een PPS project geen steun worden verleend, anders dan voor openbare werken (zoals algemene openbare toegankelijke infrastructuur) en sociale woningbouw die als een dienst van algemeen economisch belang kan worden gekwalificeerd.

De rol van de woningcorporaties bij aanbestedingen is echter buiten het kader van dit factsheet gehouden om zo de omvang enigszins beperkt te houden. Ditzelfde geldt voor wat betreft diensten van algemeen economisch belang (DAEB's). Voor nadere informatie over [woningcorporaties](#) en DAEB's, zie de [website](#) van Europa decentraal.

Uit beschikkingen van de Commissie is echter op te maken dat steun aan een PPS verband (bijvoorbeeld een joint venture) is toegestaan als daarmee een 'onrendabele top' wordt gefinancierd. Een bekend voorbeeld hiervan is de beschikking van de Europese Commissie over de marktpassage in Haaksbergen. De gemeente Haaksbergen wilde de dorpskern en het sterk verouderde winkelcentrum revitaliseren door de markt te herinrichten. Deze herinrichting naar de wensen van de gemeente bleek echter voor marktpartijen verliesgevend te zijn. De gemeente was daarom bereid om de onrendabele top van dit project te financieren, wat inhield dat zij een bijdrage verleende om de exploitatie dekkend te maken in plaats van verliesgevend. Volgens de Commissie was dit toegestaan voor zover de bijdrage het werkelijke verlies van de ontwikkelaars dekte. Bovendien mocht hierbij geen winstmarge ontstaan voor de marktpartijen die zij anders niet zouden hebben gekregen.

Dit wordt gezien als een uitzondering onder artikel 87 lid 3 sub c van het EG-Verdrag.

De financiering van de onrendabele top mag niet meer bedragen dan het noodzakelijke, inclusief een redelijke winstmarge voor de begunstigden. Om dit te kunnen garanderen zal de decentrale overheid in kwestie een gedetailleerde uitsplitsing moeten maken van de kosten van de subsidiabele activiteiten en de commerciële activiteiten. De financiering zal dus zo transparant moeten zijn dat blijkt dat er geen overcompensatie of kruissubsidiëring plaatsvindt. Hiervan is sprake wanneer er door de verstrekking van de subsidie winst wordt gemaakt die de marktpartijen normaal gesproken niet zouden maken. Daarom zal er ook in de overeenkomst moeten worden opgenomen dat alle teveel betaalde steun door de begunstigde terugbetaald moet worden. Daar komt bij dat de steun aangemeld moet worden bij de Commissie. Zie voor meer informatie het [dossier staatssteun](#) van Europa decentraal.

Bronnen

A.G. Bregman, 'Staatssteun bij locatieontwikkeling', in: Bouwrecht, nr.6 2005, p. 470.
I. Klinge-van Rooij en P.M. Stol, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling. De beschikking inzake 'Marktpassage Haaksbergen'', in: Vastgoedrecht, 2006-5, p. 114.
Handreiking '[Staatssteun en stedelijke vernieuwing](#)' van Kenniscentrum Europa decentraal.

7 Risico dragende overheid in PPS verband: staatssteungevoelige garantieregeling?

Aandachtspunten

De kans bestaat dat wanneer een decentrale overheid een disproportioneel groot aandeel van het risico op zich neemt in een PPS verband, zij staatssteun verleent. In het arrest Aurox is door de partijen niet aangevoerd dat er sprake zou zijn van staatssteun. Echter, de gemeente Roanne stond garant voor het PPS verband en zou daarmee in feite het projectrisico kunnen lopen.

Dergelijk gedrag voldoet niet aan het 'market economy investor principle' oftewel de decentrale overheid participeert niet onder voorwaarden die aanvaardbaar zouden zijn voor een particuliere investeerder. Dit is het geval wanneer de decentrale overheid een garantie biedt waarbij er geen of te weinig premie wordt betaald door de begunstigen. In dat geval moet de steun gemeld worden aan de Commissie. De rechtbank Rotterdam heeft in januari 2007 geoordeeld dat wanneer de steun niet aangemeld is, de steunregeling nietig is. Of door het niet aanmelden van de steun ook het hele samenwerkingscontract nietig wordt, is onduidelijk.

Bronnen

A. Fischer-Braams, 'Van Roanne naar Rotterdam: tijgeren door een juridisch mijnenveld of een fluwelen revolutie?', in: Tijdschrift Aanbestedingsrecht, april 2007, p. 124.

Handreiking ['Staatssteun en stedelijke vernieuwing'](#) van Kenniscentrum Europa decentraal, p. 30.

[Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties](#), PbEG 2000 C71/14.

Rechtbank Rotterdam, 24 januari 2007, [LJN: AZ6904](#).

8 Meervoudige selectie van marktpartijen voor een PPS verband: 'first mover advantage'.

Aandachtspunten

Bij de situatie zoals die onder knelpunt 2 (Selectie van PPS-partijen en de mogelijkheid om later zelf mee te dingen) is besproken kan er sprake zijn van staatssteun. Dit is zelfs mogelijk wanneer zowel het eerste contract (ter voorbereiding van het project) als het tweede contract (ter realisatie van het project) worden aanbesteed. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer een marktpartij door de gunning van het eerste contract een 'first mover advantage' verkrijgt ten opzichte van zijn concurrenten om het tweede contract. De prijs die de decentrale overheid betaalt voor dit tweede contract is ondanks de aanbesteding te hoog, als hierin geen rekening wordt gehouden met het voordeel dat de marktpartij heeft uit het eerste contract. Over dit risico is zeer weinig bekend, maar het bestaan ervan kan worden aangenomen naar analogie van [deze beschikkingen](#) van de Commissie.⁴²

9 Consequenties van steun voor de geldigheid van het bestemmingsplan

Aandachtspunten

Een gemeente of provincie loopt het risico dat door het niet aanmelden van verleende steun een bouwvergunning of bestemmingsplan ongeldig is geworden. Dit is het geval wanneer het project in kwestie zonder de niet-aangemelde steun niet uitgevoerd kan worden. Echter, bij wie de bewijslast ligt, is niet geheel duidelijk. Het lijkt zo te zijn dat bij een vrijstelling op

F A C T S H E E T

grond van artikel 19 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) de klager moet bewijzen dat het project anders geen doorgang kan vinden, terwijl dit bij een bestemmingsplan aan de overheid is.

Bronnen

A.G. Bregman, 'Staatssteun bij locatieontwikkeling', in: Bouwrecht 2005, p. 470.

ABRvS 21 april 2004, no. [200307666/1](#), Bouwrecht 2004, p. 686.

ABRvS 6 mei 2004, no. [20033711/1](#), Bouwrecht 2004, p. 955.

ABRvS 26 juli 2006, no. [200507407/1](#), AB 2006, 367.

ABRvS 9 augustus 2006, no. [200506368/1](#), Gemeentestem 2007, 7265, p. 3.

Toekomst

In het najaar van 2007 komt de Commissie, zoals gezegd, met een mededeling over geïnstitutionaliseerde PPS. Op nationaal vlak is de ICER bezig om de consequenties van de uitspraak Auroux voor de Nederlandse situatie te inventariseren. Hierbij wordt gekeken naar de reikwijdte van het arrest: geldt het voor alle PPS vormen of alleen voor een beperkt aantal? Ten slotte zal er vanuit VROM op termijn wellicht duidelijkheid komen over de mogelijkheid om te onteigenen wanneer een zelfrealisator weigert aan te besteden, bijvoorbeeld door een wijziging van de onteigeningswet.

F A C T S H E E T

Deel 3 Meer informatie

De laatste ontwikkelingen, achtergrondinformatie en documentatie vindt u op www.europadecentraal.nl. Hebt u vragen naar aanleiding van dit factsheet of hebt u andere Europeesrechtelijke vragen? Maak gebruik van de gratis [helpdesk](#) van Europa decentraal.

Artikelen over Roanne/Auroux:

- A. Bregman 'Het doorleggen van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling' in *Bouwrecht*, nr. 7, juli 2007
- M.J.J.M. Essers, 'Projectontwikkelingen en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Auroux-arrest', in: *Bouwrecht*, nr. 5, mei 2007.
- A. Bregman, 'Doorleggen aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling vaak 'dienst'', in: *Cobouw* 16 februari 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?', in: *Vastgoed Fiscaal & Civiel*, april 2007
- R.D. Luteijn, 'Projectontwikkeling na Roanne', in: *Vastgoedrecht 2007-1*, p. 12.
- E.K.S. Mollen, 'Aanbestedingsplicht voor niet-openbare werken?' in: *NTER*, nr. 6, juni 2007, p. 99.
- W. Ritsema van Eck en J.M. Hebly, 'De Europese les van Roanne', in: *Financieel Dagblad*, 3 mei 2007.
- A.M. Ubink, 'Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling', *Gst.* 2007, 7274.

Informatie over PPS en aanbesteden:

- A.A. Boot en A.M. Ubink, 'Niet-openbare werken aanbestedingsplichtig? De ingebrekestelling van de Europese Commissie inzake Vathorst nader belicht', in: *Bouwrecht*, nr. 7, juli 2005, p. 601.
- A.G. Bregman, 'Doorleggen aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling vaak 'dienst'', in: *Cobouw*, 20 juni 2007.
- M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, 'Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht', in: *Bouwrecht*, nr. 9, september 2005.
- Pijnacker Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2004, derde druk.

Informatie over PPS en staatssteun:

- A.G. Bregman, 'Staatssteun bij locatieontwikkeling', in: *Bouwrecht* 2005, p. 470.
- A. Fischer-Braams, 'Van Roanne naar Rotterdam: tijgeren door een juridisch mijnenveld of een fluwelen revolutie?', in: *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, april 2007, p. 124.
- Handleiding '[Staatssteun bij PPS bij gebiedsontwikkeling](#)' van het (voormalige) Kenniscentrum PPS.
- Handreiking '[Staatssteun en stedelijke vernieuwing](#)' van Kenniscentrum Europa decentraal, p. 30.
- I. Klinge-van Rooij en P.M. Stol, 'Staatssteun en gebiedsontwikkeling. De beschikking inzake 'Marktpassage Haaksbergen'', in: *Vastgoedrecht*, 2006-5, p. 114.

Algemeen over PPS:

- VROM en NEPROM, Reiswijzer [Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling](#), februari 2007.
- [Handleiding 'Europees aanbesteden bij PPS bij gebiedsontwikkeling'](#) van het (voormalige) Kenniscentrum PPS.

F A C T S H E E T

DBFM contracten, [PPS site](#) van het ministerie van Financiën.
[Handleiding selectie van private partijen bij PPS bij gebiedsontwikkeling](#) (Kenniscentrum PPS). Voor selectie van marktpartijen die niet aanbesteed hoeft te worden.

Informatie over de nieuwe grondexploitiewet:

Kamerstukken I, 2006-2007, 30 218

Van den Brand c.s., 'De Grondexploitiewet: enkele verkenningen', IBR, Den Haag 2006.

P. Brouwer, 'Arnhem oefent met Grondexploitiewet', in: Binnenlands Bestuur, 16 maart 2007, p. 32.

Overig:

Zie over woningcorporaties en aanbestedingen [deze praktijkvraag](#) op de website van Europa decentraal.

-
- ¹ Handleiding ‘Europees aanbesteden bij PPS bij gebiedsontwikkeling’ van het Kenniscentrum PPS, <http://www.minfin.nl/binaries/minfin/assets/pdf/dossiers/publiek-private-samenwerking/publicaties/juridisch-aanbesteding/handleiding-europese-aanbesteding-bij-pps-bij-go-s.pdf>, p. 4.
- ² Zie de [FAQ](#) van de Commissie over PPS.
- ³ Zie bijlage 6 van de Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling. Hierin worden de verschillende samenwerkingsmodellen uitgebreid beschreven.
- ⁴ Voor nadere uitleg over deze en andere samenwerkingsmodellen en de juridische vormgeving daarvan bij PPS bij gebiedsontwikkeling raadpleeg de gelijknamige handleiding van het ministerie van Financiën, <http://www.minfin.nl/binaries/minfin/assets/pdf/dossiers/publiek-private-samenwerking/publicaties/gebiedsontwikkeling-algemeen/handleiding-samenwerkingsmodellen-en-de-juridische.pdf>
- ⁵ Voor meer informatie over grondexploitatieregelgeving: zie noot 14 e.v.
- ⁶ M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, ‘Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht’, in: *Bouwrecht*, nr. 9, september 2005.
- ⁷ HvJ EG 12 juli 2001, [C-399/98](#), Ordine degli architetti delle Province di Milano e Lodi – Scala, r.o. 100.
- ⁸ HvJ EG 18 januari 2007, [C-220/05](#), Jean Auroux tegen gemeente Roanne.
- ⁹ R.o. 65-68.
- ¹⁰ De Advocaat Generaal (AG) geeft een advies aan het Hof dat vaak wordt overgenomen. Omdat het advies veelal uitgebreider is dan de uiteindelijke uitspraak van het Hof, kan het dienen als verduidelijking wat het Hof bedoeld. Zie voor de conclusie van AG J. Kokott in de zaak Auroux C-220/05 d.d. 15 juni 2006.
- ¹¹ Diverse auteurs geven aan dat het Hof niet de bedoeling (kan hebben) gehad om de mogelijkheid tot doorleggen geheel af te schaffen, zie o.a. R.D. Luteijn, ‘Projectontwikkeling na Roanne’, in: *Vastgoedrecht 2007-1*, p. 11 en A.G. Bregman ‘Het doorleggen van de aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling’ in *Bouwrecht* nr.7, juli 2007.
- ¹² Zie hierover ook A.M. Ubink, ‘Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling’, *Gst.* 2007, 7274. Tevens M.J.J.M. Essers, ‘Projectontwikkelingen en de openbare aanbestedingsplicht in Nederland na het Auroux-arrest’, in: *Bouwrecht*, nr. 5, mei 2007 en EG 20 oktober 2005, C-264/03 (Commissie tegen Frankrijk), r.o. 57. Anders: R.D. Luteijn, ‘Projectontwikkeling na Roanne’, in: *Vastgoedrecht 2007-1*, p. 12.
- ¹³ Zie hierover het volgende knelpunt: Selectie van PPS-partijen en de mogelijkheid om later zelf mee te dingen. Tevens: HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03 (Commissie tegen Frankrijk), r.o. 44-46. Tevens: A.G. Bregman, ‘Doorleggen aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling vaak ‘dienst’’, in: *Cobouw*, 20 juni 2007.
- ¹⁴ Zo stelt de minister in de Memorie van Antwoord bij de grondexploitatiewet, *Kamerstukken I*, 2006-2007, 30 218 D, p. 28. Dit sluit ook aan bij het advies van Van den Brand c.s. in ‘De Grondexploitatiewet: enkele verkenningen’, IBR, Den Haag 2006.
- ¹⁵ art. 6.13 lid 2 sub c van de grondexploitatiewet.
- ¹⁶ Aldus de memorie van toelichting bij de grondexploitatiewet en Van den Brand c.s. in ‘De Grondexploitatiewet: enkele verkenningen’, IBR, Den Haag 2006.
- ¹⁷ M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, ‘Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht’, in: *Bouwrecht*, nr. 9, september 2005.
- ¹⁸ Zie hierover ook M.A. Moolhuizen en S.C. Brackmann, ‘Publiek-private samenwerking en aanbestedingsrecht’, in: *Bouwrecht*, nr. 9, september 2005. Tevens: HvJ EG 20 oktober 2005, C-264/03 (Commissie tegen Frankrijk), r.o. 51 en 52.
- ¹⁹ Zie voor een overzicht van de huidige drempelwaarden het dossier Aanbestedingen op de website van Europa decentraal, <http://www.europadecentraal.nl/menu/503/Drempelwaarden.html>.
- ²⁰ Art. 17 richtlijn [2004/18/EG](#).

- ²¹ Zie hierover het dossier Aanbestedingen op de website van Europa decentraal, http://www.europadecentraal.nl/menu/359/EG_Verdragsbeginselen.html en de daar besproken jurisprudentie over [transparantie](#) en [non-discriminatie](#).
- ²² Zie hierover o.a. Essers, p. 393. Tevens: Pijnacker Hordijk c.s., Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2004, derde druk, p. 126 en H.C. Lejeune, ‘Aanbestedingsplicht ‘doorleggen’ is soms ‘werk’’, in: Cobouw, 22 juni 2007.
- ²³ Zie voor een overzicht van de huidige drempelwaarden het dossier Aanbestedingen op de website van Europa decentraal, <http://www.europadecentraal.nl/menu/503/Drempelwaarden.html>.
- ²⁴ Zie hierover ook A.M. Ubink, ‘Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling’, Gst. 2007, 7274, p. 292.
- ²⁵ HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (Fabricom), r.o. 36.
- ²⁶ Hof Den Haag 31 januari 2001 rolnr. 00/297/ KG 2000, 43, Projektbouw Zeeland B.V. tegen gemeente Middelburg – project Mortiere: voor de uitleg van het begrip ‘bezwarende titel’ is het minder van belang of de prijs/aanneemsom door de desbetreffende overheidsinstantie rechtstreeks wordt betaald dan wel door derden door middel van een constructie die uiteindelijk tot precies dezelfde situatie leidt.
- ²⁷ HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, Jean Auroux tegen gemeente Roanne, r.o. 45.
- ²⁸ R.D. Luteijn, ‘Projectontwikkeling na Roanne’, in: Vastgoedrecht 2007-1, p. 4-5.
- ²⁹ Art. 1 lid 2 sub b richtlijn 2004/18/EG.
- ³⁰ Zie hierover 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?’, in: Vastgoed Fiscaal & Civiel, april 2007, p. 11. Tevens: A-G Kokott in haar conclusie bij Roanne, paragraaf 42 en R.D. Luteijn.
- ³¹ P.F.C. Heemskerk en T.L.H. Peeters.
- ³² A.M. Ubink, ‘Naar gewijzigde verhoudingen bij gebiedsontwikkeling’, Gst. 2007, 7274. Tevens: E.K.S. Mollen, ‘Aanbestedingsplicht voor niet-openbare werken?’, in: NTER, nr. 6, juni 2007, p. 99. Moolhuizen en Brackmann noemen als voorbeelden van eisen uit de eerste categorie het ‘(prestatie) bestek’ en ‘eisen in de vorm van een outputspecificatie’.
- ³³ HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, Jean Auroux tegen gemeente Roanne, r.o. 42.
- ³⁴ Art. 6.13 van de nieuwe [grondexploitiewet](#), *Kamerstukken I*, 2005-2006, 30 218 A. Zie hierover ook: Ubink, p. 289 en Van den Brand c.s., p. 134.
- ³⁵ Voor definities van werk, levering en dienst zie http://www.europadecentraal.nl/menu/499/Werk_levering_of_dienst.html
- ³⁶ Roanne, r.o. 66.
- ³⁷ Roanne, r.o. 63 en 64. Hierin wordt verwezen naar de inbestedingsjurisprudentie (o.a. Teckal en Stadt Halle).
- ³⁸ Zie definitie in art 1 sub s Bao
- ³⁹ Roanne, r.o. 61.
- ⁴⁰ Considerans 15 bij richtlijn 2004/18/EG.
- ⁴¹ Roanne, r.o. 54.
- ⁴² [Staatssteun beschikking N 267/2005](#) – Rural Broadband Access Project (Verenigd Koninkrijk) ook beschikking N 118/2006 over de ontwikkeling van een breedbandnetwerk in landelijk gebied.