



Sportcomplex met commerciële ruimten, (Europees) aanbesteden of niet?

Het blijft steeds weer een terugkerende vraag: wanneer moet een werk nu door gemeenten Europees worden aanbesteed en wanneer niet? Er doen zich vele spookverhalen voor dat gemeenten ten aanzien van de meest omvangrijke projecten niet Europees hoeven aan te besteden. Ook is het een fabel dat de gemeente niet Europees hoeft aan te besteden, indien zij samen met een private partij een project zou realiseren. In 2007 heeft het Europese Hof van Justitie een uitspraak gedaan in de zaak genaamd 'Roanne'. Deze zaak heeft veel stof doen opwaaien. Het ging er in die zaak om of een gemeente een te realiseren recreatiepark al dan niet Europees had moeten aanbesteden. Het arrest wordt in dit artikel besproken.

Auteur: Anja van den Borne

De zaak Roanne heeft consequenties voor gemeenten en andere partijen die zich bezighouden met bijvoorbeeld de ontwikkeling van een gebied voor sport en recreatie en waarbij ook commerciële activiteiten worden ontplooid, bijvoorbeeld de exploitatie van een fitnesscentrum, sauna, winkelcentrum en dergelijke. Voorafgaand aan de bespreking van deze zaak eerst een aantal zaken omtrent Europees aanbesteden op een rij.

(Europees) aanbesteden?

Aanbestedingsrecht is het geheel aan rechtsregels voor het gedrag van overheden, publiekrechtelijke instellingen en nutsbedrijven ten aanzien van het verstrekken van opdrachten voor de uitvoering van werken, het leveren van producten en het verrichten van diensten. In het aanbestedingsrecht is onderscheid te maken tussen het Europese aanbestedingsrecht en het nationale aanbestedingsrecht.

Wanneer moet er Europees worden aanbesteed?

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn van toepassing indien:

- A. Er sprake is van een aanbestedende dienst. Een aanbestedende dienst is bijvoorbeeld een gemeente, provincie en de staat;
- B. Er een overheidsopdracht is voor werken, leveringen of diensten. De aanleg van sportvelden en de bouw van sportcomplexen vallen onder de kwalificatie "werken". Overheidsopdrachten zijn opdrachten onder bezwarende titel tussen een of meerdere aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met betrekking tot de uitvoering van werken, diensten en leveringen. (art. 1 sub h-k BAO). Er is sprake van een bezwarende titel telkens wanneer de aanbestedende dienst een tegenprestatie verschuldigd is voor de door de aannemer te verrichten prestaties. Voorbeelden hiervan zijn een financiële tegenprestatie en andere tegenprestaties in ruil voor een opdracht. Het betreft hier 'voor wat hoort wat situaties'.

- C. Het aan te besteden bedrag gelijk is aan of boven de drempelwaarde. In 2008 is het drempelbedrag voor Werken vastgesteld op € 5.150.000 exclusief BTW.

In enkele gevallen wordt nog een uitzondering op de aanbestedingsplicht gemaakt. Deze uitzonderingen zullen in dit artikel buiten beschouwing worden gelaten.

De zaak Roanne

In 2002 besloot de Franse stad Roanne om een recreatiepark aan te leggen. De eerste bouwfase omvat de bouw van een multiplexbioscoop en een bedrijfsruimte en de aanleg van een parkeerterrein, de toegangswegen en de openbare ruimten. De daaropvolgende fase omvat de bouw van andere bedrijfsruimten en een hotel.

Roanne heeft met de Franse onderneming Société d' équipement du département de la Loire (SEDL) een overeenkomst gesloten voor de aanleg van het recreatiepark. In de overeenkomst is aan

SEDL opdracht gegeven het onroerend goed aan te kopen, het kapitaal bijeen te brengen, studies uit te voeren, een prijsvraag onder architecten te organiseren en de bouwwerken uit te (laten) voeren. Het parkeerterrein, de toegangswegen en de openbare ruimten zouden na realisatie om niet aan Roanne worden overgedragen. De overige (commerciële) bouwwerken zouden op de markt aan derden worden verkocht. Roanne betaalt €2.925.000,- voor het openbare parkeerterrein en heeft deel genomen in het kapitaal van de financiering van het commerciële gedeelte voor bijna €3.000.000,-. Roanne draagt het financiële risico van het project. Daarnaast is afgesproken dat bij beëindiging van het project, de gronden en bouwwerken die nog niet zijn verkocht, eigendom worden van de stad Roanne.

Wel of geen overheidsopdracht?

Enkele gemeenteraadsleden van Roanne waren na het sluiten van de overeenkomst met SEDL van mening dat Roanne de opdracht niet zonder voorafgaande Europese aanbestedingsprocedure aan SEDL had mogen verstrekken. Deze leden van de gemeenteraad hebben daarom in een Franse procedure verzocht om de nietig verklaring van het besluit van de gemeenteraad dat tot de overeenkomst met SEDL heeft geleid. De Franse rechter heeft het Europese hof van Justitie vervolgens daarover de volgende vragen gesteld:

1. Is de overeenkomst tussen Roanne en SEDL een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken?
2. Hoe dient de waarde van de opdracht te worden bepaald?
3. Mocht de gemeente zonder aanbesteding de opdracht aan SEDL gunnen, aangezien de overeenkomst conform Frans recht enkel kon worden gesloten met rechtspersonen die zelf een aanbestedende dienst zijn en als gevolg daarvan zelf tot aanbesteding verplicht zijn?

Het Europese hof van Justitie heeft de vragen als volgt beantwoord:

1. De totale opdracht moet worden aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken. Onder totale opdracht dient dus niet alleen de voorzieningen met een openbaar karakter, maar ook alle commerciële vastgoed te worden verstaan. Roanne had de totale opdracht in

beginsel moeten aanbesteden, aangezien er sprake is van een bezwarende titel. Roanne draagt immers het financiële risico.

2. De waarde van de opdracht moet worden bepaald vanuit het standpunt van de potentiële inschrijver. Die waarde wordt gevormd door inkomsten die de ontwikkelaar ontvangt van de aanbestedende dienst en door inkomsten die afkomstig zijn van derden.

3. Roanne was verplicht tot het sluiten van de overeenkomst met een andere aanbestedende dienst. Dit betekent echter niet dat deze overeenkomst mag worden gesloten zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure.

Roanne-situatie ook in Nederland?

De conclusie van het Europese Hof van Justitie dat de totale opdracht had moeten worden aanbesteed, heeft met name gezorgd voor vele vraagtekens en ook voor enige verontrusting bij gemeenten. Het is echter nog maar de vraag of een dergelijke situatie zoals bij Roanne ook in Nederland zal voordoen. Van belang is dat de stad Roanne een sterk financiële betrokkenheid had bij het project. Zij betaalde niet alleen voor realisatie van de openbare werken, maar financierde in belangrijke mate ook de commerciële werken die aan derden zouden worden geleverd. Daarnaast nam zij ook de realisatie en het afzetrisico voor haar rekening, in die zin dat de niet verkochte delen van het project door de stad zouden worden teruggekocht. Daarbij komt dat het project, inclusief het commerciële gedeelte, werd gerealiseerd conform de door de stad Roanne opgestelde gedetailleerde eisen onder haar controle.

Naar aanleiding van het arrest is er een discussie ontstaan over hoe het arrest dient te worden gelezen. De meeste rechtsgeleerden zijn van mening dat niet is af te leiden dat er in het geval van samenwerking tussen een gemeente en een ontwikkelaar naast de aanbestedingsplicht voor de aanleg van openbare voorzieningen, per definitie ook een aanbestedingsplicht geldt voor het realiseren van commerciële voorzieningen. Of er ook een aanbestedingsplicht is voor de gemeente voor de realisatie van commerciële voorzieningen is mede afhankelijk van de beantwoording van de vragen of de gemeente niet alleen initiatiefnemer/opdrachtgever van de

openbare voorzieningen is, maar ook initiatiefnemer/opdrachtgever is van de commerciële werken. Daarbij is het cruciaal of er sprake is van een bezwarende titel. Met andere woorden: is er sprake van een 'voor wat hoort wat situatie'? Kan deze vraag bevestigend worden beantwoord, dan is het zeer aannemelijk dat de gemeente de opdracht moet aanbesteden.

Tot slot: Franse les in Nederland?

Wat is nu voor gemeenten, projectontwikkelaars, opdrachtgevers en aannemers van belang, indien bijvoorbeeld de gemeente samen met een derde partij plannen heeft een sportcomplex,

met sportvelden en commerciële voorzieningen te ontwikkelen en het aan te besteden bedrag voor het totale project net boven de drempelwaarde ligt?

Ingeval er sprake is van een 'voor wat hoort wat situatie' van de gemeente bij het realiseren van een project dient u extra alert te zijn. Er bestaat dan een grote kans dat óók de commerciële delen van het project moeten worden aanbesteed. Het werk dient dan Europees te worden aanbesteed.



Europese Hof van Justitie

Anja van den Borne, de auteur van dit artikel, is advocaat bij Holland Van Gijzen in Eindhoven en is gespecialiseerd in Bouw- en Aanbestedingsrecht. Wanneer u een vraag heeft over een juridisch onderwerp dat in een vogend nummer van Fieldmanager kan worden besproken, kunt u direct contact opnemen met haar via telefoonnummer 040-2626486 of anja.van.den.borne@hollandlaw.nl

