



Het arrest Müller: de tussenstand bij aanbesteden bij gebiedsontwikkeling

Prof. dr. ir. A.G. Bregman
1 juni 2010

Plan van behandeling

- Soorten gebiedsontwikkeling
- Grondexploitatiemodellen
- De totstandkoming van samenwerking: De Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009
- De totstandkoming van samenwerking: Het Müller-arrest

Soorten gebiedsontwikkelingen

- Verschillende typen vastgoed: woningen, bedrijventerrein, commerciële voorzieningen, groene en blauwe functies
- Verschillende typen gebieden: uitleglocaties, stedelijke vernieuwing
- Verschillende schaalgrootte: gemeentelijk, gemeentegrensoverschrijdend, gemeentegrensoverstijgend
- Kortom: grote diversiteit!

Grondexploitatiemodellen (I)

- Traditioneel model 1: gemeentelijke gronduitgifte
- Traditioneel model 2: zelfrealisering
- PPS-model 1: bouwclaimmodel
- PPS-model 2: joint-venturemodel
- PPS-model 3: concessiemodel

Grondexploitatiemodellen (I)

- Traditioneel model 1: gemeentelijke gronduitgifte
 - Gemeente koopt gronden van oorspronkelijke eigenaar
 - Gemeente maakt bouwrijp en legt openbaar gebied aan
 - Gemeente geeft bouwrijpe kavels uit
 - Gemeente draagt voor 100% grondexploitatierisico

Grondexploitatiemodellen (II)

- Traditioneel model 2: zelfrealisering
 - Marktpartij koopt gronden van oorspronkelijke eigenaar
 - Gemeente maakt in beginsel bouwrijp en legt openbaar gebied aan
 - Marktpartij draagt gronden voor openbare bestemmingen over aan de gemeente
 - Gemeente draagt voor 100% grondexploitatie-risico exclusief verwerving en uitgifte gronden zelfrealisator

Grondexploitatiemodellen (III)

- PPS-model 1: bouwclaimmodel
 - Marktpartij koopt gronden van oorspronkelijke eigenaar
 - Overdracht van niet-bouwrijpe gronden aan de gemeente
 - Gemeente maakt in beginsel bouwrijp en legt openbaar gebied aan
 - Gemeente geeft bouwrijpe kavels uit aan marktpartij
 - Gemeente draagt voor 100% grondexploitatie­risico exclusief verwerving en uitgife aan marktpartij
 - Grondafnameplicht bestuurlijk lastig

Grondexploitatie modellen (IV)

- PPS-model 2: joint-venturemodel
 - Diverse startsituaties grondeigendom
 - Oprichting GEM: Geprivatiseerd grondbedrijf op locatieniveau
 - Overdracht van niet-bouwrijpe gronden aan de GEM
 - GEM maakt bouwrijp en legt openbaar gebied aan
 - GEM geeft bouwrijpe kavels uit aan marktpartij
 - GEM draagt voor 100% grondexploitatie risico
 - Echte PPS, risico twee-petten-probleem naar twee kanten toe

Grondexploitatiemodellen (V)

- PPS-model 3: concessiemodel
 - Vaak start vanuit gemeentelijk grondeigendom, waarna tender
 - Overdracht van niet-bouwrijpe gronden aan de marktpartij
 - Private partij maakt bouwrijp en legt openbaar gebied aan
 - Private partij ontwikkelt bouwrijpe kavels voor eigen rekening en risico
 - Private partij draagt voor 100% het grondexploitatie­risico
 - Model vooral geschikt voor kleinere locaties, met beperkte realiseringstermijn

Wat aan Müller voorafging

- Wonderlijke redenering bij joint-venturemodel
- Eigendom als exclusief recht 'De unieke bouwlocatie'
- Het arrest Middelburg van het Hof Den Haag
- Het Scala-arrest van het Europese Hof
- Het arrest Cie/Frankrijk van het Europese Hof
- Het Auroux-arrest van het Europese Hof
- 10-januaribrief
- ICER-rapport Auroux
- Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2010

De totstandkoming en opzet van de Reiswijzer

- Aandachtspunten voor aanbestedings- en selectieprocedures bij gebiedsontwikkeling
- Juridische update, met name verwerking Auroux/Roanne-arrest
- Reiswijzer kent breed draagvlak: VROM, BZK, NEPROM, VNG, IPO
- Uitgebracht na intensief met Europese Commissie

Begrip gebiedsontwikkeling

- Omvat diverse fasen en activiteiten
- Fasen: initiatief, 'rekenen en tekenen', realiseren, beheren/exploiteren
- Aanbestedingsproblematiek vooral bij 'rekenen en tekenen'
- Planontwikkeling, grondexploitatie, opstalexploitatie

Samenhang van onderdelen gebiedsontwikkeling

- Vermoeden van samenhang
- Samenhang is er op planologisch/conceptueel niveau
- Niet op het niveau van de definitie van werk in het Bao
- Verschillende argumenten om te scheiden
- Wel helder aangeven binnen afsprakenkader

Activiteiten in het kader van de grondexploitatie

- Grondtransacties: in beginsel niet aanbestedingsplichtig
- Bouw- en woonrijp maken/ inrichting openbaar gebied in beginsel wel
- Wel boven drempelbedrag
- Ook bij vaststaand grensoverschrijdend belang
- Doorleggen alleen veilig bij zelfrealisatierecht grondeigenaar ten aanzien van publiek werk
- Anders 'groot risico'

Diensten

- Planuitwerking
- Projectmanagement
- Europese aanbesteding boven drempelbedrag verplicht
- Doorleggen kan niet

Woningbouw en commercieel vastgoed (I)

- Steeds discussie over eisen én bezwarende titel
- Beide moeten aanwezig zijn voor overheidsopdracht
- Reiswijzer doet over bezwarende titel geen directe uitspraken, maar kiest praktische benadering ten aanzien van de eisen

Woningbouw en commercieel vastgoed (II)

- In beginsel niet aanbestedingsplichtig
- Voorwaarde: realisatie geheel voor rekening en risico van de marktpartij/grondeigenaar
- Gemeente beperkt zich tot eisen die ook publiekrechtelijk kunnen/zullen worden vastgelegd
- Geen bouwplicht
- Marktconforme grondtransacties

Uitspraak Europese Hof in de zaak Müller (I)

- Grondverkoop na niet-Europese aanbesteding/biedprocedure
- Voormalig defensie terrein (kazerne)
- Eigendom Staat
- Civiele herbestemming
- Stedenbouwkundige studie gemeente Wildeshausen
- Drie partijen betrokken: staat, gemeente en koper/ontwikkelaar (GGSI)
- Helmut Müller: verkoop had moeten worden aanbesteed
- Oberlandesgericht Düsseldorf: concessieovereenkomst voor openbare werken door combinatie van Bebauungsplan en Durchführungsvertrag

Uitspraak Europese Hof in de zaak Müller (II)

- Uitleg van begrippen ‘bezwarende titel’ en ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’;
- Bezwarende titel veronderstelt prestatie versus tegenprestatie;
- Prestatie opdrachtnemer: uitvoering werk waarover aanbestedende dienst beoogt te beschikken;
- Deze prestatie vereist ‘rechtstreeks economisch belang’;
- Aanwezig:
 - Bij eigendom van het werk door de overheid
 - Bij beschikken met oog op openbare bestemming
 - Bij economisch voordeel uit werk voor de overheid
 - Bij financieel risico i.v.m. mislukking werk voor de overheid
- Geen ‘rechtstreeks economisch belang’ bij alleen vaststellen publiekrechtelijk kader

Uitspraak Europese Hof in de zaak Müller (III)

- Tussenstand ten aanzien van de bezwarende titel: gronduitgifteovereenkomst in combinatie met publiekrechtelijk kader levert geen 'rechtstreeks economisch belang', mitsdien geen bezwarende titel en mitsdien geen overheidsopdracht op;
- Gelet op de systematiek van de richtlijn kun je in dat geval stoppen met verdere toetsing;
- Verder: bezwarende titel gaat er van uit dat opdrachtnemer zich verbindt tot het leveren van de prestatie;
- Uitvoering ervan moet in rechte kunnen worden gevorderd;
- Dit is het geval bij de bouwplicht;
- Niet bij de plicht tot teruglevering van de grond;
- Dus: geen bouwplicht, geen bezwarende titel;

Uitspraak Europese Hof in de zaak Müller (III)

- Eindstand ten aanzien van de bezwarende titel: Alleen combinatie van rechtstreeks economisch belang **en** een bouwplicht levert een bezwarende titel en mitsdien een overheidsopdracht op;
- Tweede aspect: ‘Door de aanbestedende dienst te stellen eisen’;
- Zijn aan de orde ‘wanneer de overheid maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp uit te oefenen’;
- Niet aan de orde bij ‘uitoefening reguliere bevoegdheden inzake stedenbouw’
- In casu Bebauungsplan, kan zeer gedetailleerd zijn!;
- Eindstand eisen: Publiekrechtelijke sturing leidt niet tot eisen in de zin van de richtlijn;

Uitspraak Europese Hof in de zaak Müller (IV)

- Overall-eindstand: geen overheidsopdracht ingeval;
- Geen rechtstreeks economisch belang en/of;
- Geen bouwplicht en/of;
- Geen verdergaande eisen dan publiekrechtelijk mogelijk;
- Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009: vermijd ze alle drie;
- Hof in zaak Müller: ontbreken van één van de drie is voldoende om buiten het aanbestedingsrecht te vallen;
- Concessie voor openbare werken niet aan de orde bij gebiedsontwikkeling: er valt niets te verlenen en een concessie voor onbepaalde tijd staat op gespannen voet met Unierecht.
- Tijd voor Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2010!

Vastgoed met een publiek karakter

- Voorbeelden: parkeergarages, zwembaden, cultuurhuizen, stadskantoren, bibliotheken, brede scholen
- (Gedeeltelijk) voor rekening en risico van de overheid -> overheidsopdracht voor werken
- Geheel voor rekening en risico van marktpartijen -> concessieovereenkomst voor openbare werken
- Ook hier: Afhankelijk van kosten (Europese) aanbestedingsplicht en doorlegdiscussie

Bouwkundige eenheid van gemengd vastgoed

- Bijvoorbeeld brede school met woningen of parkeergarage met kantoren
- Aanbestedingsplichtig publiek + privaat = aanbestedingsplichtig $1+0=1$
- Niet-aanbestedingsplichtig publiek + privaat = niet-aanbestedingsplichtig $0+0=0$
- Oplossingen voor $1+0=1$: (a) van een 1 een nul (privaat) maken, (b) splitsen of (c) casco aanbesteden

Nog vragen?

- agbregman@ibr.nl
- 070-3141506