

BR 2010/31, p. 175. Gebiedsontwikkeling en aanbesteding: de bel luidt voor de volgende ronde (mr. P.H.L.M. Kuypers en mr. F.H. Simon* [\[1\]](#))

1 Inleiding

In de zaak Helmut Müller GmbH vs. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben * [\[2\]](#) staat het toepassingsbereik van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling centraal. Advocaat-generaal Mengozzi betoogt in zijn conclusie van 17 november 2009 de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG op een duidelijke wijze af te bakenen. Hij stelt voor om via een nieuw criterium aanbestedingsplichtige activiteiten te onderscheiden van de normale activiteiten op het gebied van stedenbouw. De conclusie van A-G Mengozzi is een tussenstand, geen eindoordeel. Niettemin is de zaak Müller interessant voor het Nederlandse debat over aanbestedingsrecht en gebiedsontwikkeling. Dat debat leek aanvankelijk te zijn geluwd na de intrekking van de Vathorst-ingebrekestelling en de publicatie van de nieuwe Reiswijzer 2009. Eind vorig jaar werd de discussie heropend nadat de Europese Commissie een ingebrekestelling betreffende het project Doornbosch te Eindhoven had uitgebracht. In essentie staat de Europese Commissie een ruime definitie voor van het begrip 'concessieovereenkomst voor openbare werken'. * [\[3\]](#) Wij bespreken de conclusie van A-G Mengozzi hieronder. Tevens onderzoeken wij of A-G Mengozzi een te volgen koers uitzet die voor de Nederlandse praktijk soelaas biedt.

2 Context

Het Europese aanbestedingsrecht, zoals vervat in Richtlijn 2004/18/EG, verplicht overheden tot het instellen van marktwerking, als zij een overheidsopdracht aan een derde willen gunnen. Marktwerking komt tot stand door een opdracht bekend te maken en door meerdere marktpartijen een gelijke en non-discriminatoire toegang tot die opdracht te geven.

De Europese aanbestedingsregels hebben een ruim toepassingsbereik. Zo is Richtlijn 2004/18/EG van toepassing op overheidsopdrachten, op concessieovereenkomsten en op werken, die voor meer dan 50% met publiek geld zijn gefinancierd. Er is sprake van een overheidsopdracht, indien een aanbestedende dienst met een opdrachtnemer een schriftelijke overeenkomst tegen bezwarende titel sluit met betrekking tot de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten. Het Hof van Justitie legt dit steevast ruim uit.

De aanbestedingsregels van Richtlijn 2004/18/EG zijn van algemene strekking en zijn niet specifiek geschreven met het oog op toepassing op bepaalde soorten overeenkomsten. * [\[4\]](#) Het gebied van stedenbouw en gebiedsontwikkeling neemt dus geen bijzondere positie in. Voor stedenbouw en gebiedsontwikkeling is wel van belang dat Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat overheidsopdrachten voor diensten met betrekking tot de verwerving of de huur van grond of bestaande opstallen zijn uitgesloten van de werkingssfeer. * [\[5\]](#) Dit leidt ertoe, dat overheden op de toepassing van het (Europese) aanbestedingsrecht bedacht moeten zijn ook binnen het kader van hun ruimtelijke ordeningsbeleid met uitzondering van de opdrachten voor diensten in de uitzonderingsbepaling van [art. 16](#) Richtlijn 2004/18/EG. A-G Mengozzi pleit ervoor de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG duidelijk af te bakenen ten opzichte van de - zoals hij het noemt - normale activiteiten op het gebied van stedenbouw.

3 Feiten

De zaak draait om de verkoop van een oud kazerneterrein in de gemeente Wildeshausen. Twee overheidslichamen zijn bij de verkoop betrokken: gemeente Wildeshausen en de Duitse federale instelling voor het beheer van het openbaar onroerend erfgoed (hierna ook: 'de Bundesanstalt'). De feiten zijn als volgt. De Bundesanstalt kondigt in oktober 2006 via advertenties in de pers en op internet de verkoop aan van het kazerneterrein. De advertenties vermelden uitdrukkelijk de voorwaarde, dat de exploitatie van het

kazerneterrein met gemeente Wildeshausen moet worden overeengekomen. Helmut Müller brengt in november 2006 een bod uit van €4 miljoen. Aan zijn bod is de voorwaarde verbonden, dat het gebied planologisch volgens zijn voorstel moet kunnen worden ontwikkeld. De gemeente Wildeshausen of Bundesanstalt aanvaardt dit bod niet. De conclusie van A-G Mengozzi maakt niet duidelijk, welke instantie zijn bod afwijst. De Bundesanstalt vraagt in januari 2007 aan belanghebbenden om een bod. Dit bod geldt alleen voor de koop van grond en is dus zonder een op voorhand vastgesteld of aangepast bouwplan. Müller biedt ditmaal €1 miljoen; de onderneming Gut Spasher Sand Immobilien GmbH (GSSI) biedt €2,5 miljoen. De Bundesanstalt vraagt in mei 2007 om een taxatie door derden over de waarde van de grond. De getaxeerde waarde bedraagt €2,33 miljoen. * [6] Uit de feiten blijkt niet op welke wijze de taxatie heeft plaatsgevonden en hoe de deskundigen rekening hebben gehouden met de toekomstige gebruiksmogelijkheden. De waarde lijkt in belangrijke mate mede te worden bepaald door de toekomstige wijze van exploitatie, omdat het in mei 2007 nog een (verlaten?) kazerneterrein is. De gemeente vraagt vervolgens beide bidders een exploitatievoorstel in te dienen. De gemeente, de bidders en de Bundesanstalt bespreken deze voorstellen. Op 24 mei 2007 spreekt de gemeenteraad van Wildeshausen haar voorkeur uit voor het project van GSSI. Zij verklaart zich tevens bereid tot het opstarten van een bestemmingsplanwijzigingsprocedure onder uitdrukkelijk voorbehoud van haar stedenbouwkundige bevoegdheden. Op 6 juni 2007 verkoopt de Bundesanstalt de grond aan GSSI. De verkoopovereenkomst bevat, althans zo valt uit de conclusie op te maken, geen verwijzing naar het toekomstig gebruik van de verkochte grond.

4 Vordering en prejudiciële vragen

Helmut Müller stelt een vordering bij de Duitse rechter in wegens schending van het Europese aanbestedingsrecht. Volgens hem had de verkoop van de grond in Wildeshausen volgens het Europese aanbestedingsrecht moeten plaatsvinden. * [7]

Opvallend is dat de Duitse rechter in zijn arrest duidelijk stelling neemt voor de aanbestedingsplichtigheid van de opdracht op grond van de arresten La Scala, Commissie/Frankrijk en Auroux. * [8] De verwijzende Duitse rechter stelt het Hof van Justitie negen prejudiciële vragen met als rode draad: welk element is relevant binnen de beoordeling aan het begrip 'overheidsopdracht voor werken' en het begrip 'concessieovereenkomst'. De prejudiciële vragen zien toe op de volgende elementen: i) koop van de te realiseren onroerende zaak; ii) aanwezigheid van een afdwingbare verplichting; iii) toetsing en goedkeuring van plannen; iv) concessieovereenkomst; v) eigendom van grond; vi) oneigenlijk omzeiling van de aanbestedingsregels.

5 Het criterium 'rechtstreeks verband' van Mengozzi

A-G Mengozzi begint zijn analyse met een beschrijving die hij ziet als een functionele interpretatie van Richtlijn 2004/18/EG. Een functionele uitleg zou in dit geval plaats moeten vinden aan de hand van de doelstellingen van Richtlijn 2004/18/EG (opheffing van belemmeringen van het vrij verkeer en bevordering van daadwerkelijke mededinging) vanuit het perspectief van de potentiële marktdeelnemer. Hij ziet als een gevaar dat een loutere functionele uitleg ertoe leidt, dat Richtlijn 2004/18/EG elke stedenbouwkundige activiteit zou omvatten.

Hij onderbouwt dit als volgt. Opdrachten voor werken hebben het aspect 'bouw' gemeenschappelijk. Koop en verkoop van onroerende zaken vallen volgens A-G Mengozzi op grond van art. 16 Richtlijn 2004/18/EG buiten de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG. * [9] Het doel van algemeen belang, dat een overheidslichaam nastreeft met een werk of met werkzaamheden, biedt geen aanknopingspunt om de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG af te bakenen. Dit is ook niet het juiste perspectief: dat moet zijn het perspectief van de potentiële marktpartijen. Deze zijn geïnteresseerd in de waardestijging van de grond. Echter, elk publiekrechtelijke besluit van een overheidslichaam met betrekking op grond kan de waarde doen stijgen. De aankondiging van gemeente Wildeshausen om het bestemmingsplan te wijzigen, illustreert dat. A-G Mengozzi wijst er echter op dat de werkingssfeer van de Richtlijn 2004/18/EG onbepaald zou worden uitgebreid, indien dit als beslissend criterium voor de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG zou worden genomen.

A-G Mengozzi formuleert tegen deze achtergrond een nieuw criterium. Dit criterium houdt in: wil een activiteit van een overheid onder de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG kunnen vallen, dan dient er een solide rechtstreeks verband te bestaan tussen het openbaar bestuur enerzijds en de uit te voeren werkzaamheden of werken anderzijds. A-G Mengozzi voegt hieraan toe, dat dit rechtstreeks verband normaliter voortvloeit uit het feit dat de werkzaamheden of de werken worden uitgevoerd nadat het openbaar bestuur een initiatief in dat kader heeft genomen.

A-G Mengozzi groepeerde vervolgens op grond van het criterium van rechtstreeks verband verschillende situaties in drie categorieën: i) de situatie waarin het openbaar bestuur rechtstreeks de eigendom van de te realiseren zaak verkrijgt; ii) de situatie waarin het openbaar bestuur publieke middelen ter beschikking stelt zonder de

eigendom van de te realiseren zaak te verkrijgen; iii) de situatie waarin de werken en/of de werkzaamheden hoe dan ook het resultaat zijn van een initiatief van het openbaar bestuur zelf.

A-G Mengozzi werkt de laatste categorie verder uit. Hij verbindt daaraan de voorwaarde dat:

De [...] door het bestuur verrichte activiteit moet verder gaan dan de gewone uitoefening van de bevoegdheden die hem doorgaans op stedenbouwkundig gebied zijn verleend.

* [\[10\]](#)

Het is aan de nationale rechter geval per geval te beoordelen, welk type activiteit het openbaar bestuur ontplooit. Mengozzi acht de situatie in de zaak Auroux * [\[11\]](#) als typerend voor de situaties die onder deze categorie vallen.

A-G Mengozzi behandelt de prejudiciële vragen in het licht van dit criterium. Hij acht het niet aannemelijk, dat er in het onderhavige geval een rechtstreeks verband aanwezig is. Hij stelt daarbij dat de gemeente Wildeshausen geen concreet initiatief ter uitvoering van de werken heeft genomen, maar alleen de diverse haar voorgelegde projecten voor werken heeft beoordeeld. Gemeente Wildeshausen draagt ook niet financieel bij. * [\[12\]](#) Hij herhaalt het criterium van rechtstreeks verband met de uitleg van de eis 'door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen'. Bouwvergunningen, stadsplanning enzovoort vallen daar volgens A-G Mengozzi niet onder. * [\[13\]](#) Hij acht het verder noodzakelijk, dat de opdrachtnemer contractueel verplicht is om de voorziene prestatie te leveren. * [\[14\]](#) A-G Mengozzi wijst verder het idee van de hand, dat door de verkoop van de grond sprake kan zijn van een concessieovereenkomst. Hij ziet daarbij de levering van de grond als strijdig met de noodzakelijk beperkte duur van een concessieovereenkomst. * [\[15\]](#)

6 Reactie

A-G Mengozzi's criterium van een rechtstreeks verband lijkt bij eerste lezing hout te snijden. Intuïtief zal voor de uitleg van het begrip 'overheidsopdracht' of 'concessieovereenkomst' voor werken worden gezocht naar een verband tussen de opdrachtgever enerzijds en de uit te voeren werken en/of werkzaamheden anderzijds. Wij onderschrijven daarom de noodzaak om tot een duidelijke afbakening te komen, mede met het oog op de Rechtsbeschermingsrichtlijn en de WIRA. Desondanks overtuigt bij nadere bestudering het criterium van A-G Mengozzi niet.

Onze eerste observatie betreft de eerste (het overheidslichaam verkrijgt de eigendom) en de tweede (het overheidslichaam stelt publieke middelen ter beschikking) categorie van A-G Mengozzi. Het lijkt ons dat deze twee categorieën niet sterk van elkaar verschillen, omdat een overheidslichaam niet de eigendom van een zaak kan verkrijgen zonder daar publieke middelen tegenover te stellen. Het kan natuurlijk wel zo zijn, dat een overheidslichaam publieke middelen ter beschikking stelt zonder de eigendom te verkrijgen. Dit leidt tot een aanbestedingsplicht indien de aanbestedende dienst eisen aan het werk stelt, zoals het Hof van Justitie in de zaak Auroux heeft uitgemaakt. * [\[16\]](#) Dat vloeit onzes inziens rechtstreeks voort uit de definitie van een overheidsopdracht voor werken. * [\[17\]](#)

De derde categorie van situaties die leiden tot een aanbestedingsplicht, A-G Mengozzi noemt deze een 'restcategorie', is het meest interessant. Wil hiervan sprake zijn, dan dient (1) het initiatief aan de zijde van de overheid te liggen én (2) moet de activiteit buiten het kader van de normale bevoegdheden op het gebied van stedenbouw liggen. Het lijkt ons lastig om de aanwezigheid van deze twee elementen in de praktijk te beoordelen en vervolgens vast te stellen.

Welke partij binnen een gebiedsontwikkelingsproject het initiatief neemt voor een overheidsopdracht, lijkt ons in de praktijk lastig vast te stellen. Er is veelal sprake van een stapsgewijs proces, waarbij wisselwerking plaatsvindt tussen bestuurder, aanbestedende dienst, marktpartij en een burger. Denk bijvoorbeeld aan een (markt)consultatie die een gemeente uitvoert voordat zij een bestemmingsplanwijziging doorvoert of een gebiedsontwikkeling start. Vaak zullen eigenaren en belanghebbenden gedachten hebben over mogelijke ontwikkelingen in het licht van eventuele kansen om profijtelijk onroerende zaken te ontwikkelen.

De bestuurder laat zich in de praktijk beïnvloeden door hetgeen een marktpartij wil, een marktpartij ontwikkelt zijn plannen op basis van de ruimte die de bestuurder hem wil laten. Deze wisselwerking wordt geïllustreerd in de onderhavige zaak. Gemeente Wildeshausen wil dat een goede gebiedsontwikkeling met het kazerneterrein tot stand wordt gebracht en is bereid zich door projectvoorstellen van marktpartijen te laten leiden, alvorens het bestemmingsplan te wijzigen. Anders dan A-G Mengozzi suggereert, behoeft het in de praktijk niet zo te zijn dat het wijzigen van een bestemmingsplan een eenzijdige daad van een overheidslichaam is. Dit geldt in het bijzonder voor de Nederlandse praktijk. Een goed voorbeeld is gemeenten met een actieve grondpolitiek. Wat ons in deze zaak tevens opvalt, is het feit dat het initiatief ook aan de Bundesanstalt of de gemeente Wildeshausen kan worden toebedeeld. Immers, het is het Bundesanstalt of de gemeente die besluit het kazerneterrein open te stellen voor gebiedsontwikkeling. Het Bundesanstalt organiseert een verkoopprocedure en houdt in dat kader ook een procedure, waarbij marktpartijen projectvoorstellen moeten indienen en de gemeente daaruit één marktpartij kiest. Deze marktpartijen hebben hun projectvoorstellen opgesteld, omdat de gemeente interessante marktproposities bood. De voorstellen voor de ontwikkeling lijken in deze zaak in

belangrijke mate bovendien te worden bepaald door de wijze waarop het oude kazerneterrein kan worden ontwikkeld getuige de zeer uiteenlopende biedingen.

Naast de vraag, waar het initiatief ligt, lijkt het ons in de praktijk ook niet altijd evident, wat moet worden verstaan onder een 'normale activiteit van stedenbouwkunde'. De Europese origine van Richtlijn 2004/18/EG vereist meestal een autonome uitleg van de begrippen, zoals een 'overheidsopdracht voor werken' of een 'concessieovereenkomst voor openbare werken'. Het Italiaanse ruimtelijke orderingsrecht zal er echter anders uitzien dat de Duitse, Nederlandse of Franse. De werkingssfeer van Richtlijn kan daar niet van afhangen. Wij wijzen er ook op dat in de lidstaten de overheid zowel stuurt via privaatrechtelijke overeenkomsten als zijn bestuursrechtelijke bevoegdheden. Iedere lidstaat kent in het nationale recht een afbakening tussen deze privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke mogelijkheden. De werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG kan daarvan niet afhankelijk worden, omdat de afbakening verschilt.

Wij volgen A-G Mengozzi, indien hij betoogt dat het enkel wijzigen van een bestemmingsplan geen aanbestedingsplichtige handeling is. Dit kan inderdaad aangemerkt worden als een bevoegdheid, die traditioneel bij het openbaar bestuur ligt. Maar dit leidt niet tot een onderscheidend criterium. Dit komt onzes inziens doordat overheden kunnen beschikken over een ruim instrumentarium die zij kunnen inzetten ten behoeve van gebiedsontwikkeling. Dit instrumentarium bestaat niet alleen uit publiekrechtelijke bevoegdheden op ruimtelijke orderingsgebied maar is, althans in Nederland, veel ruimer. Denk aan: het geven van subsidies, het ter beschikking stellen van publieke middelen, het laten uitvoeren van onderzoeken, het sluiten van overeenkomsten. Zij kunnen hiermee enerzijds gebiedsontwikkeling reguleren, maar zij kunnen anderzijds ook actief gebiedsontwikkeling ter hand nemen.

Wij kunnen in de huidige Nederlandse gebiedsontwikkelingspraktijk niet aangeven, wat nu des overheids is en wat niet. Dit geldt des te meer, omdat bijvoorbeeld niet alleen een gemeente die regulerend optreedt het algemeen belang dient. Ook een gemeente die een actief grondbeleid voert en bereid is zelf de gebiedsontwikkeling ter hand te nemen en daarop risico durft te lopen, kan worden geacht dit te doen vanuit het algemeen belang.

7 Rechtstreeks verband op basis van het begrip 'overheidsopdracht voor werken'

In het licht van het bovenstaande vinden wij het criterium van het rechtstreeks verband, zoals A-G Mengozzi dat heeft voorgesteld te weinig onderscheidend. De eerste reden voor de afwijzing van dit criterium is dat A-G Mengozzi een beperkend criterium in de definitie van een overheidsopdracht voor werken leest dat de Europese wetgever niet lijkt te hebben gewild. Ten tweede lijkt A-G Mengozzi voorbij te gaan aan het onderscheid dat de wetgever heeft gemaakt tussen de overheidsopdracht voor werken en de concessie voor openbare werken. A-G Mengozzi vermeldt in zijn analyse weliswaar beide, maar laat de begrippen 'overheidsopdracht voor werken' en 'concessieovereenkomst' los. Hij gaat niet in op de onderscheidende elementen van deze begrippen. Wij achten juist in die begrippen een rechtstreeks verband verwoord.

Het begrip 'overheidsopdracht voor werken' bevat vijf elementen die de toepassing van Richtlijn 2004/18/EG bepalen. Allereerst dient er sprake te zijn van een aanbestedende dienst enerzijds en een uitvoerder anderzijds. Daarnaast moet er sprake zijn van: i) een werk en/of werkzaamheden die moet(en) voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen; ii) een schriftelijke overeenkomst; iii) een bezwarende titel.

De voorwaarde, dat een werk en/of werkzaamheden moet voldoen aan door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen, staat sinds het arrest Auroux vast. Het heeft geleid tot een discussie over het verschil tussen publieke en private eisen. Uit de discussie blijkt dat ook deze grens zich in de praktijk bij de huidige stand van de Nederlandse wetgeving lastig laat vaststellen. Wij zijn dan ook geneigd minder waarde aan de aard van deze eisen te hechten, voor zover publieke en private eisen een rol spelen bij het vinden van een antwoord op de vraag of sprake is van een 'overheidsopdracht'. Het zou dan simpelweg moeten gaan om eisen die een aanbestedende dienst ten behoeve van het werk en/of werkzaamheden wil hanteren dan wel het werk en/of de werkzaamheden wil afbakenen. Oftewel: de aanbestedende dienst bepaalt eisen waaraan het werk en/of de werkzaamheden in het kader van de opdrachtverlening moeten voldoen. Naar onze mening dienen de 'eisen' in [art. 1 lid 2](#) sub b Richtlijn 2004/18/EG autonoom te worden uitgelegd. Een aansluiting bij de nationale invulling - privaot of publiek - heeft geen zin, omdat de nationale wetgevingen op het gebied van ruimtelijke ordening te veel uiteenlopen om de invulling van het begrip 'eisen' over te laten aan het nationale recht.

Het vaststellen van de eisen, waaraan het werk moet voldoen, moet er ook toe leiden dat de aanbestedende dienst kan afdwingen dat het werk en/of de werkzaamheden voldoet aan de door hem gestelde eisen. Dit is tot uitdrukkelijk gebracht in het element 'schriftelijke overeenkomst'. In het arrest Scala bepaalde het Hof van Justitie hierover:

Het is stellig juist, dat het gemeentebestuur zijn contractspartij niet kan kiezen, omdat deze persoon volgens de wet noodzakelijkerwijs de eigenaar van de te verkavelen terrein is. Deze omstandigheid sluit echter nog niet uit, dat de betrekking tussen het gemeentebestuur en de exploitant een contractueel karakter heeft, aangezien in

de tussen hen gesloten verkavelingsovereenkomst wordt bepaald, welke infrastructurele voorzieningen de exploitant telkens moet aanleggen, en wat de desbetreffende voorwaarden zijn, waaronder mede de goedkeuring van de ontwerpen van deze voorzieningen door de gemeente. Bovendien zal de gemeente op grond van de door de exploitant in deze overeenkomst aangegane verbintenissen over een rechtstitel beschikken die hem de zekerheid geeft dat de aldus bepaalde voorzieningen beschikbaar zijn met het oog op hun openbare bestemming.

* [18]

Zoals uit deze passage naar voren komt, is het voor de beoordeling van het element 'schriftelijke overeenkomst' doorslaggevend of de aanbestedende dienst over de mogelijkheid beschikt om af te dwingen dat het werk en/of de werkzaamheden worden uitgevoerd volgens de eisen die hij heeft gesteld. Het maakt minder uit, of de gesloten overeenkomst al dan niet steunt op een publiekrechtelijke of bestuursrechtelijke regeling, zoals dat in het arrest Scala aan de orde was, of een privaatrechtelijke.

Samengelezen met het element 'bezwarende titel' introduceert het element 'schriftelijke overeenkomst' tevens de toets of er sprake is van een wederkerige relatie of niet. De aanbestedende dienst verkrijgt weliswaar een titel, op grond waarvan hij een door hem bepaalde prestatie kan afdwingen, maar hij krijgt ook de verplichting tot een tegenprestatie. Die tegenprestatie is in beginsel financieel maar omvat meer dan alleen het betalen van een vergoeding. Het kan ook gaan om: het kwijtschelden van een schuld (arrest Scala), het overdragen van grond om niets of een lagere waarde dan de marktwaarde (arrest Mortierepolder), het recht om inkomsten van derde te verwerven (arrest Auroux).

Deze drie elementen dienen altijd afzonderlijk te worden getoetst. Gezamenlijk brengen zij echter een verband tot uitdrukking, dat lijkt op het rechtstreeks verband zoals A-G Mengozzi in zijn conclusie heeft willen aangeven. Gezamenlijk lijken deze elementen namelijk gericht op het logische verband, dat een opdrachtnemer pas een werk en/of werkzaamheden volgens de door een overheidslichaam gestelde eisen verricht, als hem daarvoor een vergoeding of een andere financiële voordelen in het vooruitzicht is gesteld.

Door deze drie elementen met elkaar in verband te brengen, ontstaat er een onderscheid tussen handelingen van overheidslichamen die zij normaliter op grond van publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen, en handelingen die voor marktpartijen interessant zijn. Oftewel: het wijzigen van een bestemmingsplan zal vaak geen aanbestedingsplichtige handeling zijn. Indien een overheidslichaam echter een bestemmingsplanwijziging inzet om de uitvoering van een werk en/of werkzaamheden tot stand te brengen, is dat anders. Het initiatief ligt dan bij dit overheidslichaam, maar meest bepalend is dat dit overheidslichaam hierop aanstuurt.

Tegen deze achtergrond wijzen wij ook op het onderscheid tussen 'overheidsopdrachten' en 'concessieovereenkomsten'. Een van de prejudiciële vragen betreft de vraag, of de verkoop van grond ertoe leidt dat er sprake is van een concessieovereenkomst. A-G Mengozzi acht dit niet het geval, omdat koop een concessieovereenkomst zou uitsluiten. Wij betwijfelen of dat wel zo stellig van de hand kan worden gewezen. A-G Mengozzi verwijst naar algemene definities van het begrip 'concessieovereenkomsten' naar de algemene, gangbare praktijk. Hij verwijst echter niet naar het begrip 'concessieovereenkomst voor openbare werken', zoals gedefinieerd in art. 1 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG. Daaruit blijkt dat een concessieovereenkomst dezelfde elementen bevat als een overheidsopdracht voor werken, behalve voor zover het element 'de bezwarende titel' als tegenprestatie betreft. Dat element is vervangen door het verschaffen van het exploitatierecht, dat kan bestaan uit het recht het werk te exploiteren, al dan niet in combinatie met een vergoeding. De meest extreme vorm hiervan is de eigendom in handen leggen van een marktpartij en haar in staat te stellen om de exploitatie uit te voeren. De houder van de concessie krijgt meer dan bij overdracht van beperkte rechten een onbeperkt recht om zijn onroerende zaak te exploiteren. De elementen 'stellen van eisen' en 'schriftelijke overeenkomst' (oftewel: het verkrijgen van een titel om de prestatie af te dwingen) blijven onverkort van toepassing, ook voor de concessie van openbare werken. In dit licht is het niet uitgesloten, dat een concessieovereenkomst tot stand komt indien verkoop plaatsvindt in combinatie met het wijzigen van het bestemmingsplan. Volgens de drie hierboven genoemde elementen, zou het in deze situatie bepalend moeten zijn, of het overheidslichaam daadwerkelijk de realisatie van het werk en/of de werkzaamheden kan afdwingen waarover afspraken zijn gemaakt bij het verlenen van de concessie.

In de onderhavige zaak lijkt dit niet het geval: de koopovereenkomst maakt geen verwijzing naar het toekomstig gebruik van de grond. * [19] Dit zou derhalve niet moeten leiden tot een aanbestedingsplicht. Het is evenwel de vraag, waarom gemeente Wildeshausen niet een dergelijke verplichting heeft opgenomen. Wellicht omdat de gemeente geen partij was bij de koopovereenkomst. De gemeente heeft nu geen zekerheid, dat op het kazerneterrein ook daadwerkelijk dat project zal worden verwezenlijkt, dat zij uit de door de bidders ingediende projectvoorstellen heeft uitgekozen. Bovendien kan het Bundesanstalt aanmerkelijke inkomsten mislopen, omdat de toekomstige bestemming een belangrijke factor is bij het bepalen van de waarde. Wij verwijzen naar het eerste bod van Helmut Muller dat circa € 1,5 miljoen boven de koopsom lag waarvoor de gronden verkocht zijn.

Een vaste regel voor gebiedsontwikkelingsproject zoals A-G Mengozzi voorstelt, is derhalve niet te geven en ook niet wenselijk. Elke gebiedsontwikkeling heeft zijn eigen opzet die elk afzonderlijk zal moeten worden beoordeeld. De eigendom gaat in casu over van publieke naar de private partij. In die situatie valt een onderscheid te maken in:

- a verkoop van grond zonder bestemmingsplanwijziging of bouwplicht;
- b verkoop van grond met bestemmingsplanwijziging zonder bouwplicht;
- c verkoop van grond met bestemmingsplanwijziging met bouwplicht.

Alleen in de eerste situatie lijkt een aanbestedingsplicht a fortiori uit te sluiten. In de derde situatie zal meestal een aanbestedingsplicht moeten worden aangenomen. De tweede situatie zal vermoedelijk tot zeer verschillende oplossingen leiden. In alle gevallen benadrukken wij dat de sleutel tot oplossing van de puzzel ligt in de definitie van de overheidsopdracht voor werken en de concessieovereenkomst voor openbare werken. Wij pleiten ervoor zo min mogelijk aanvullende eisen te lezen in de definities in [art. 1 lid 2](#) en 3 Richtlijn 2004/18/EG en vast te houden aan een autonome in alle lidstaten toepasbare invulling. Het toevoegen van het vereiste van een rechtstreekse band is dan ook naar onze mening geen goede en noodzakelijke toevoeging, mede gezien de diversiteit van overheidsopdrachten en concessies.

*[11] Mr. P.H.L.M. Kuypers en mr. F.H. Simon zijn beiden advocaat bij AKD Prinsen Van Wijmen te Brussel.

*[12] Conclusie van A-G Mengozzi van 17 november 2009, nr. C-451/08.

*[13] [Art. 1](#) sub I Bao.

*[14] Sommige soorten overeenkomsten hebben niettemin een status apart; wij verwijzen bijvoorbeeld naar de 2B-diensten en [art. 10 tot en met 17](#) Bao.

*[15] [Art. 16](#) Richtlijn 2004/18/EG; [art. 15](#) sub a Bao.

*[16] Deze taxatie heeft vermoedelijk plaatsgevonden op grond van de Mededeling van de Europese Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEG 1997, C 209/3. In het kader van de staatssteunregels van [art. 107](#) en [108](#) VwEU geldt een vermoeden van staatssteun, indien verkoop niet heeft plaatsgevonden zonder een voorafgaande taxatie of een openbare biedprocedure die volgens bepaalde regels (vermeld in de Mededeling) is verlopen.

*[17] De waarde van de gronden van het kazerneterrein ligt onder de drempel voor een concessieovereenkomst voor werken. De verwijzende rechter heeft echter uitdrukkelijk overwogen dat de waarde van de concessie voor werken boven de drempelwaarde zou liggen (zie A-G Mengozzi, par. 17, noot 9). Dat lijkt juist gelet op het bepaalde in [art. 58](#) jo. [9](#) Richtlijn 2004/18/EG, omdat het gaat om de waarde van de concessieovereenkomst en niet de waarde van het onroerend goed.

*[18] HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98 (La Scala), Jur. 2001, p. I-5409; HvJ EG 20 oktober 2005, nr. C-264/03 (Commissie/Frankrijk), Jur. 2005, p. I-8831; HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (Auroux e.a./Gemeente Roanne), Jur. 2007, p. I-385.

*[19] A-G Mengozzi verwijst onzes inziens ten onrechte naar [art. 16](#) Richtlijn 2004/18/EG. De uitzondering van dit artikel overheidsopdrachten voor diensten die betrekking hebben op verwerving en huur. Een koopovereenkomst valt daar niet onder en dus kan [art. 16](#) Richtlijn 2004/18/EG niet de conclusie rechtvaardigen dat koop van grond van de werkingssfeer van de Richtlijn is uitgesloten. Naar onze mening is bij enkele verkoop geen sprake van een werk of werkzaamheden, zodat om die reden een verkoop van gronden niet aanbestedingsplichtig is.

*[110] A-G Mengozzi, par. 60.

*[111] HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (Auroux/Gemeente Roanne), Jur. 2007, p. I-385.

*[112] A-G Mengozzi, par. 62.

*[113] A-G Mengozzi, par. 71.

*[114] A-G Mengozzi, par. 80.

*[115] A-G Mengozzi, par. 94 t/m 96.

*[116] HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (Auroux/Gemeente Roanne), Jur. 2007, p. I-385, r.o. 45.

*[117] [Art. 1 lid 2](#) sub b Richtlijn 2004/18/EG.

*[118] HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98 (La Scala), Jur. 2001, p. I-5409, r.o. 71.

*[119] A-G Mengozzi, par. 11.