Kantoren Stichthage
Koningin Julianaplein 10
2595 AA Den Haag

Postbus 11756
2502 AT Den Haag
telefoon (070) 515 30 00
www.pelsrijcken.nl

Pels Rijcken
& Droogleever
Fortuijn *advocaten*
*en notarissen*

Provincie Noord-Holland
Mevrouw mr. S.C.E. Stekelenburg
Juridisch adviseur
Postbus 3007
2001 DA HAARLEM

**BIJLAGE E: UITKOMST TOETSING EUROPESE REGELGEVING INZAKE ONGEOORLOOFDE STAATSSTEUN 28 MAART 2008,**
BEHORENDE BIJ GRONDVERKOOPOVEREENKOMS
DISTRIPORT NOORD-HOLLAND d.d. 19-06-2008

| | | |
|---|---|---|
| onze ref. | RT/MP/10025053 | R.J.M. van den Tweel |
| uw ref. | - | advocaat |
| inzake | Provincie Noord-Holland / advies bedrijventerrein Jaagweg - staatssteunaspecten | t (070) 515 38 01<br>f (070) 515 31 45<br>rjm.vandentweel@pelsrijcken.nl |

28 maart 2008

Geachte mevrouw Stekelenburg,

Bij uw opdrachtbevestiging d.d. 3 maart 2008 verzocht u ons om een globale staatssteunrechtelijke en aanbestedingsrechtelijke toets van de afspraken die de Provincie, het Ontwikkelingsbedrijf Noord-Holland-Noord (hierna: NHN) en twee marktpartijen hebben gemaakt over de ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein Jaagweg te Koggenland. De heer G. van der Meulen, projectleider, heeft telefonisch aangegeven dat uw adviesaanvraag louter betrekking heeft op de rol en de juridische positie van de Provincie. Wij laten de betekenis van de staatssteunregels en het aanbestedingsrecht voor de overige samenwerkingspartners in dit advies dan ook onbesproken.

Voorgelegd zijn een afsprakenkader (versie 20 juni 2007, zonder bijlagen), een concept-borgovereenkomst met betrekking tot de (verdere) ontwikkeling en realisering van het (toekomstige) bedrijventerrein, gedateerd 27 februari 2008 en een concept-grondverkoopovereenkomst met betrekking tot gronden in het (toekomstige) bedrijventerrein, gedateerd 27 februari 2008.

Alle werkzaamheden worden verricht op grond van een overeenkomst van opdracht met de naamloze vennootschap Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V., gevestigd te Den Haag en ingeschreven in het Handelsregister onder nr. 27283716. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van toepassing, die zijn gedeponeerd ter griffie rechtbank Den Haag onder nr. 110/2005. Daarin is een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden of zijn te raadplegen op www.pelsrijcken.nl. Kwaliteitsrekening notariaat 21.30.13.495.

Na bestudering van deze stukken kunnen wij u het volgende berichten. De opmerkingen over de aanbestedingsrechtelijke toets zijn van de hand van mijn kantoorgenoten mevrouw mr. J.H.C.A. Muller en mr. G.L. van 't Hoff van de sectie Bouw- en Aanbestedingsrecht.

**Het Afsprakenkader**

Ten algemene constateren wij dat de rol van de Provincie in de samenwerking beperkt is tot de aankoop van gronden, het fiscaal bouwrijp maken daarvan en het leveren van deze gronden aan het Samenwerkingsverband en het stellen van een borg ten gunste van het Samenwerkingsverband. De Provincie gaat geen deel uitmaken van dit Samenwerkingsverband. Wel zal de Provincie onderzoeken of ten behoeve van de verdere ontwikkeling van het bedrijventerrein subsidies c.q. bijdragen kunnen worden verstrekt welke ten gunste van de grondexploitatie zullen komen. Tot de inspanningen van de Provincie behoort voorts (indien partijen en het Samenwerkingsverband daarom verzoeken) de inzet van het grondverwervings- en/of kostenverhaalsinstrumentarium.

De intentie van partijen is dat NHN en de twee marktpartijen een samenwerkingsverband oprichten. Een samenwerkingsovereenkomst, waarin afspraken over de oprichting van een samenwerkingsverband, de verdeling tussen partijen van het resultaat van de grondexploitatie, de deelname in het kapitaal, het bijdragen in de benodigde financiering, etc. zijn neergelegd, is evenwel nog niet tot stand gebracht. Uitgangspunt is wel dat NHN en de twee marktpartijen – op basis van een nader te bepalen verdeling – voor gezamenlijke rekening en risico en op basis van nog nader te bepalen afspraken samenwerken bij de verdere ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein Jaagweg.

Indien NHN, waarvan 50% van de aandelen in handen zijn van de Provincie, 48% bij 28 gemeenten en 2% bij de Kamer van Koophandel Noordwest-Holland, op marktconforme wijze participeert in dit Samenwerkingsverband (derhalve zoals een particulier investeerder onder vergelijkbare omstandigheden zou hebben gedaan), zullen in beginsel niet via NHN als staatssteun te kwalificeren voordelen worden gegund aan de twee marktpartijen of aan het Samenwerkingsverband. Aangezien nog geen samenwerkingsovereenkomst is gesloten, beperken wij ons tot deze signalering.

Uit het Afsprakenkader leiden wij af dat partijen strikt genomen de intentie hebben om de grondtransacties tegen marktconform te achten voorwaarden te laten plaatsvinden. Zo bepaalt artikel 2.2 sub c j° sub i dat de aan te leggen bouwkavels door de Provincie aan het Samenwerkingsverband zullen worden verkocht tegen koopsommen, die bestaan uit de aantoonbaar door de Provincie gemaakte externe kosten in verband met de verwerving van de gronden. Daarbij heeft te gelden dat de bedoelde koopsommen "transparant" zullen zijn en tenminste marktconform zijn te achten. Het

Samenwerkingsverband zal de kavels op zijn beurt tegen marktconform te achten voorwaarden en bepalingen doorverkopen, ook voorzover dit geschiedt aan één van de marktpartijen of NHN.

De marktpartijen zullen de door hen reeds aangekochte of verworven gronden leveren of doorverkopen aan de Provincie en door de Provincie worden betaald. Een en ander is nader uitgewerkt in artikel 3 en 4 van het Afsprakenkader. De door de Provincie te betalen koopsom is gelijk aan de door de marktpartijen overeengekomen of betaalde koopsom vermeerderd met kosten en rente. In artikel 3 wordt ook gesproken over "bijbetalingen" waarvan niet duidelijk blijkt om welke kosten het gaat. Bij deze grondtransacties wordt niet opgemerkt dat de door de Provincie te betalen koopsommen marktconform zullen zijn. Om staatssteunrisico's bij deze transacties te vermijden zal dat wel uitgangspunt moeten zijn.

Uit artikel 2.3 van het Afsprakenkader volgt verder dat NHN en de twee marktpartijen ieder voor een gelijk deel zullen participeren in het resultaat van de grondexploitatie en volgens een nog nader tussen hen te bepalen verdeling deelnemen in het kapitaal en bijdragen in de financiering en de terzake benodigde garanties afgeven en de terzake benodigde zekerheden te verstrekken. Als gezegd zijn de afspraken omtrent de samenwerking in het Samenwerkingsverband – voor zover ons bekend – nog niet vastgesteld. Wel zijn in beide concept-overeenkomsten de voornoemde afspraken met betrekking tot de rol van de Provincie in de samenwerking nader uitgewerkt.

Voor zover de Provincie financiële bijdragen (subsidies e.d.) aan het Samenwerkingsverband verleent of andere selectieve voordelen aan het Samenwerkingsverband toekent (zie in dit verband bijvoorbeeld artikel 2.2. onder d van het Afsprakenkader), zal steeds moeten worden getoetst of dat verenigbaar is met de Europese staatssteunregels. Daarbij mag overigens rekening worden gehouden met de extra prestaties waartoe het Samenwerkingsverband zich verplicht. In dat verband noemde de heer Van der Meulen de minimale ambities in de vorm van 15% ruimtewinst, 10% toepassing van duurzame energie en de realisatie van 50 hectare inpassing groen (artikelen 2.1 en 2.2 sub a van het Afsprakenkader). We hebben begrepen dat de kosten van inrichting van laatstgenoemde ecologische zone circa 3 miljoen euro bedragen, waarvan het Samenwerkingsverband 2 miljoen euro betaalt en de Provincie 1 miljoen euro. Daarnaast zal het Samenwerkingsverband zich ertoe verplichten om ten behoeve van de verbreding van de naast het bedrijventerrein gelegen provinciale weg (met een aansluiting op de A7) een aanvullende bijdrage van in totaal 6,5 miljoen euro te betalen (artikel 2.2 van de concept-grondverkoopovereenkomst).

Na de vorenstaande algemene opmerkingen over het Afsprakenkader gaan wij thans in op afspraken zoals die zijn neergelegd in de concept-grondverkoopovereenkomst.

**De grondverkoopovereenkomst**

Deze overeenkomst regelt de verkoop van de door de Provincie in eigendom verworven gronden in het projectgebied aan het Samenwerkingsverband, GEM Jaagweg C.V. in oprichting (hierna: GEM). De totale koopsom zal zijn opgebouwd uit de door de Provincie betaalde koopsommen en de door de Provincie daadwerkelijk gemaakte en redelijk te achten (externe) kosten, vermeerderd met een rente. Indien ervan mag worden uitgegaan dat de door de Provincie betaalde koopsommen marktconform waren en alle door de Provincie met betrekking tot die gronden gemaakte kosten in de totale koopsom worden verdisconteerd, lijkt de totale koopsom evenzeer marktconform te zijn', hetgeen blijkens het bepaalde in artikel 2.2 sub i van het Afsprakenkader ook uitgangspunt is.

Dat de koopsom marktconform is, staat evenwel niet vast nu de kostprijs niet zonder meer de marktwaarde vertegenwoordigt. De kostprijs kan hooguit als richtsnoer dienen in het geval vergelijkingsmateriaal ontbreekt. Om risico's met staatssteun te voorkomen kan ten behoeve van de verkoop door de Provincie aan de GEM (voorafgaand) een taxatie door een onafhankelijke deskundige worden gevraagd. Naast een openbare en onvoorwaardelijke biedprocedure vormt dit in de visie van de Europese Commissie de enige zekere methode om verkoop tegen een niet-marktconforme prijs te vermijden.[1] Indien de koopprijs in de buurt ligt van de marktwaarde, zal geen sprake zijn van een selectieve bevoordeling. De Commissie spreekt in dit verband over een marge van 5%. Uit de rechtspraak volgt dat een grotere marge onder omstandigheden nog steeds geen staatssteun hoeft op te leveren.[2]

Het valt ons op dat in het Afsprakenkader wordt overeengekomen dat de Provincie bij aankoop aan de marktpartijen een rente vergoedt, overeenkomend met de Euribor, vermeerderd met 1%, terwijl bij de verkoop de GEM een rente is verschuldigd die overeenkomt – kort gezegd - met het gemiddelde rentepercentage over het driejaars Staatspapier. Dit lijkt niet evenwichtig.

De aanvullende koopsom die de GEM aan de Provincie is verschuldigd als bijdrage in de aansluitingskosten van het bedrijventerrein zal moeten worden vastgesteld overeenkomstig de toepasselijke regelgeving en de gebruikelijke praktijk. Of in de bijdrage van € 8,33 (excl. BTW) per hectare een voordeel voor de GEM is gelegen, kunnen wij niet beoordelen.

1 Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PB 1997, C 209, blz. 3.
2 Zie GvEA 16 september 2004, zaak T-274/01, Valmont, Jurispr. 2004, blz. II-3145.

Ten aanzien van het bepaalde in artikel 7.4 merken wij op dat het onderhavige advies aan de Provincie wordt uitgebracht en dat Pels Rijcken als opdrachtnemer van de Provincie niet tot een ruimere aansprakelijkheid kan worden gehouden dan in de onderlinge opdrachtrelatie is overeengekomen. Voor zover de Provincie jegens NHN en de twee marktpartijen wil instaan voor de deugdelijkheid van de afspraken, zal zij in het onverhoopte geval een aansprakelijkheid jegens deze partijen niet op deze wijze kunnen doorleggen naar Pels Rijcken.

Naar wij van de heer Van der Meulen hebben begrepen, is de bedoeling van deze bepaling slechts om partijen te informeren over onze bevindingen. Daarvoor is niet noodzakelijk om het advies als bijlage aan de overeenkomst te hechten. Een formulering vergelijkbaar als die van artikel 6.6 van de concept-borgovereenkomst lijkt dan eerder voor de hand te liggen en tevens ook adequater te zijn, gezien de consequenties die een schending van de staatssteunregels voor de Provincie maar vooral ook voor de begunstigde ondernemingen kunnen hebben. Laatstgenoemden kunnen zich immers niet met een beroep op het vertrouwensbeginsel verweren tegen terugvordering van eventueel genoten staatssteun.[3]

**De borgovereenkomst**

Met betrekking tot de concept-borgovereenkomst, waarvan het doel is om als Provincie een borgstelling te verstrekken aan een financiële instelling voor al hetgeen deze instelling van de GEM te vorderen heeft, geldt evenzeer dat richtsnoer voor het optreden van de Provincie zou moeten zijn de marktconformiteit daarvan. Zou een particuliere financier/investeerder onder vergelijkbare omstandigheden een dergelijke borgstelling afgeven?

De borgstelling bedraagt maximaal 50 miljoen euro. Tot zekerheid van de voldoening van eventuele vorderingen van de Provincie op de GEM zal ten behoeve van de Provincie een recht van eerste hypotheek op de door de Provincie aan de GEM te leveren gronden worden gevestigd. Voorzover de economische waarde van de te leveren gronden minder bedraagt dan de vordering van de financiële instelling, zullen NHN en de twee marktpartijen voor een gelijk deel concerngaranties aan de Provincie verschaffen.

3 ABRvS 11 januari 2006, 200503463/1 (Fleuren Compost).

De Europese Commissie heeft met betrekking tot de verstrekking van garanties door overheden er op gewezen[4] dat dit een steun kan betekenen aan de kredietnemer maar ook aan de kredietgever. Dankzij de overheidsgarantie kan de kredietnemer immers tegen lagere kosten een financiering verkrijgen die zij anders – zonder garantie – niet of niet onder dezelfde voorwaarden had verkregen, terwijl voor de kredietgever de risico's worden beperkt. De Commissie geeft aan onder welke omstandigheden het bestaan van steun is uitgesloten. Het gaat dan om de volgende cumulatieve voorwaarden:

a. de kredietnemer verkeert niet in financiële moeilijkheden;
b. de kredietnemer zou op de financiële markten in beginsel ook zonder enig staatsoptreden een lening tegen marktvoorwaarden kunnen verkrijgen;
c. de garantie heeft betrekking op een specifieke financiële transactie, geldt voor een vast maximum bedrag, dekt niet meer dan 80% van de uitstaande lening of andere financiële verbintenis en is beperkt in de tijd;
d. de kredietnemer betaalt voor de garantie de marktprijs (die onder meer afhangt van het bedrag en de looptijd van de garantie, de door de kredietnemer gestelde zekerheid, de financiële positie van de kredietnemer, de bedrijfstak en de vooruitzichten, de percentages van niet-terugbetaling en andere economische voorwaarden).

Vooralsnog lijkt met name aan de voorwaarden c en d niet te zijn voldaan, althans zal daarin nader moeten worden voorzien. In de overeenkomst zal moeten worden bepaald dat de borgstelling steeds niet meer bedraagt dan 80% van hetgeen de financiële instelling van de GEM op enig moment heeft te vorderen en dat de borgstelling beperkt is in de tijd. Dit betekent in feite dat de financieringsovereenkomsten evenzeer beperkt in de tijd moeten zijn.

En ten slotte zal aan de Provincie een marktprijs (een marktconforme premie) moeten worden betaald voor de borgstelling, waarbij uiteraard rekening kan worden gehouden met de zekerheid die de GEM in de vorm van een hypotheek en de participanten in de vorm van concerngaranties verstrekken. Het ontbreken van een premie vormt een voordeel voor de GEM. Alleen door het opvragen van een offerte bij een of meer financiële instellingen (uiteraard andere dan de instellingen waarmee de GEM mogelijk al in gesprek is) wordt inzicht verkregen in de premie die van de GEM zou moeten worden gevraagd en in de omvang van het voordeel dat zij geniet.

4 Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van garanties, PB 2000, C 71, blz. 14.

Naar wij hebben begrepen, is de gedachte dat de tegenprestatie door de GEM wordt geleverd in de vorm van de extra prestaties waartoe zij zich heeft verplicht. Daarbij wordt gedoeld op onder andere de minimale ambities met betrekking tot ruimtewinst en duurzaamheid en de 50 ha inpassing groen, alsmede de aanvullende bijdrage aan de verbreding van de naastgelegen provinciale weg. Op voorhand is moeilijk te zeggen of de (kosteloze) borgstelling door de Provincie evenwicht brengt in de prestaties waartoe partijen zich over en weer hebben verbonden. Indien de waardering van de afzonderlijke prestaties leidt tot de conclusie dat duidelijk sprake is van een onverplichte extra inbreng van de GEM, zou inderdaad verdedigbaar zijn om te betogen dat dit de tegenprestatie vormt voor de borgstelling.

Dit is evenwel mede afhankelijk van de vraag of de GEM buiten het Afsprakenkader om al zou kunnen worden gehouden aan een (financiële) bijdrage aan de 50 ha inpassing groen en de aanpassing van de ontsluitingsweg van het terrein. Wat betreft het laatste zou de Commissie zich bijvoorbeeld op het standpunt kunnen stellen dat het vooral de GEM is die profiteert van de aanpassing van de openbare infrastructuur[5] en dat de extra bijdrage daar de tegenprestatie voor is. Deze extra bijdrage kan dan niet, althans niet zonder meer, tevens een premie voor de borgstelling vormen. Wij begrijpen echter dat de verbreding het gehele traject van de provinciale weg betreft en niet enkel verband houdt met de ontwikkeling van het bedrijventerrein. Ook overigens rijst de vraag of voor de Provincie (en de gemeente) publiekrechtelijke instrumenten ter beschikking staan om de betreffende bijdragen af te dwingen; dan kan moeilijk van een 'extra' bijdrage worden gesproken. Aangezien de vraagstelling zich niet uitstrekte tot het ruimtelijke ordeningskader volstaan wij hier met deze signalering. Wel merken wij op dat de tussen partijen overeengekomen afspraken (voor zover deze bijvoorbeeld zouden kunnen worden beschouwd als een planschadevergoeding) deze publiekrechtelijke instrumenten mogelijk zouden kunnen doorkruisen, waardoor de betreffende afspraken op losse schroeven zouden komen te staan. Wij zijn gaarne bereid u hierover desgewenst nader te adviseren.

Ons valt ten slotte nog op dat de concept-borgovereenkomst (net als het Afsprakenkader) mede betrekking heeft op de gemeente Koggenland, terwijl deze gemeente de overeenkomst niet ondertekent. De gemeente is in zoverre dan ook niet gebonden aan hetgeen partijen dienaangaande afspreken.

Tot zover de opmerkingen over de staatssteunaspecten. Hieronder zullen wij ingaan op de aanbestedingsrechtelijke aspecten.

5 Vergelijk de beschikking 2002/142 van de Commissie van 18 juli 2001 (PB 2002, L 48, blz. 20) waar het GvEA zich bij in voetnoot 2 genoemd arrest heeft uitgesproken.

**Aanbestedingsplicht bouw- en woonrijp werkzaamheden?**

Er gelden geen aanbestedingsrechtelijke regels wanneer – zoals hier - gronden door een aanbestedende dienst worden verworven en (door)verkocht aan een publiek privaat samenwerkingsverband (de GEM) met het oog op een gewenst geachte gebiedsontwikkeling. De Algemene Richtlijn (Richtlijn 2004/18) is op de koop en verkoop van grond immers niet van toepassing. Het aanbestedingsrecht komt alleen in beeld wanneer de grondverkoop aan de GEM gepaard zou gaan met het door de Provincie aan GEM gunnen van overheidsopdrachten (en/of concessies).

Er zou sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken indien de Provincie de GEM bij de gronduitgifte zou vragen om op de uitgegeven grond bepaalde werken ten gunste van de Provincie te realiseren. In dit verband dient te worden gedacht aan het creëren van voorzieningen waarvan de Provincie gebruiker en/of eigenaar zal zijn of het ten behoeve van de Provincie aanleggen van infrastructurele werken/openbaar gebied (waarna de desbetreffende gronden weer aan de Provincie in eigendom worden overgedragen). Dergelijke verkoopvoorwaarden komen neer op het onder bezwarende titel laten uitvoeren van werken en vallen – indien de waarde van de opdracht het toepasselijke drempelbedrag overschrijdt – zonder meer onder het aanbestedingsrecht.

Verkoopwaarden die op de hiervoor bedoelde wijze zouden kunnen kwalificeren als eer van de Provincie afkomstige overheidsopdracht voor werken worden – als wij het goed zien – bij de grondverkoop niet gehanteerd. Daarmee staat evenwel nog niet vast dat de grondverkoopovereenkomst en de borgovereenkomst die tussen de Provincie en GEM worden gesloten niet als een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken zouden kunnen kwalificeren.

De Provincie dient zich te realiseren dat zij zich, door de grondverkoopovereenkomst en de borgovereenkomst mede te sluiten ter uitvoering van het Afsprakenkader, de (nog te sluiten) Samenwerkingsovereenkomst en (de nog te sluiten) (Voor)Overeenkomst, in een risicosfeer begeeft (zie het bepaalde in a t/m f van de concept-overeenkomsten).

Indien de GEM uit hoofde van de grondverkoopovereenkomst en de borgovereenkomst jegens de Provincie contractueel verplicht is om de bouw- en woonrijpwerkzaamheden te verrichten ter verdere ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein Jaagweg, en daarbij tussen partijen overeengekomen eisen, plannen en ambities in acht dient te nemen, zou de Provincie wel eens als opdrachtgever van deze werkzaamheden kunner kwalificeren. Zulks niettegenstaande het feit dat de door GEM te verrichten werkzaamheden door de gemeente Koggenland (infrastructurele voorzieningen) en de overige kopers van de bouwrijpe grond worden "afgenomen" en vergoed. Geredeneerd

zou kunnen worden dat de Provincie een tegenprestatie betaalt voor het verrichten van de werkzaamheden overeenkomstig de tussen partijen vastgelegde afspraken, door voor vijftig miljoen euro borg te staan voor hetgeen uit hoofde van de tussen de financiële instelling en GEM tot stand gebrachte financieringsovereenkomst valt te vorderen. Daarmee faciliteert de Provincie tevens de tegenprestaties van de gemeente Koggenland en de kopers van de bouwrijpe grond.

Zeker is deze benadering niet, maar hij sluit wel aan bij de benadering die het Hof van Justitie koos in de zaak Auroux.[6] Het verschil met de Auroux-casus is evenwel dat de werken daar uitsluitend voor rekening en risico van de gemeente werden ontwikkeld en gerealiseerd en tevens (gedeeltelijk) ter beschikking van de gemeente kwam. Hoewel het Hof van Justitie overwoog dat niet van belang werd geacht of een werk – dat in opdracht en voor rekening en risico van een aanbestedende dienst wordt uitgevoerd - aan een derde zou worden verkocht en in eigendom zou worden overgedragen, dient te worden bedacht dat indien het ontwikkelingsbedrijf (SEDL) niet in de verkoop van een plandeel zou slagen, de gemeente automatisch de eigendom van het verkochte plandeel zou verwerven. Dat is bij de ontwikkeling van het bedrijventerrein Jaagweg niet aan de orde.

De vraag of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken vanwege de borgstelling kent derhalve een onzekere beantwoording. De jurisprudentie is op dit punt nog onvoldoende uitgekristalliseerd.

Wij menen voorts dat het goed is om u erop te wijzen dat de Europese Commissie de aanbestedingsplicht bij projectontwikkeling nog ruimer lijkt op te vatten dan het Hof van Justitie. In een inbreukprocedure tegen de Nederlandse Staat (de zaak Vathorst) stelde de Commissie zich op het standpunt dat de door de gemeente Amersfoort gesloten overeenkomst tot ontwikkeling van commerciële voorzieningen en woningen naar een door de gemeente vastgesteld bouwplan, hoewel geheel voor rekening en risico van de projectontwikkelaar, kwalificeerde als een overheidsopdracht voor werken. In de benadering van de Commissie lijkt louter beslissend of de aanbestedende dienst eisen aan het werk stelt, zoals bedoeld in de definitie van overheidsopdrachten voor werken (artikel 1, lid 2 sub b van de Algemene Richtlijn).

Hoewel de specifieke feiten en omstandigheden van de Vathorst-zaak zich moeilijk laten doorgronden en vergelijken met de onderhavige casus en het standpunt van de Europese Commissie in de zaak Vathorst naar onze mening onvoldoende steun vindt in

6 HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, Auroux, Jurispr. 2007, blz. I-385.

de jurisprudentie van het Hof van Justitie, is het niettemin zaak met de opvatting van de Commissie rekening te houden en de ontwikkelingen met grote aandacht te volgen.

Wij merken ten slotte op dat het primaire Verdragsrecht als zodanig niet aan de gronduitgifte en borgstelling in de weg lijkt te staan. In haar mededeling van 5 februari 2008[7] stelt de Commissie nadrukkelijk dat het aanbestedende diensten op basis van het Gemeenschapsrecht vrij staat economische activiteiten te ontplooien of aan een private partij op te dragen, zolang deze activiteiten niet kwalificeren als overheidsopdracht of concessie.

**De ecologische zone**

Naar onze mening behoeft de aanleg van de ecologische zone, waarvoor de Provincie - naar wij begrepen - een subsidie van (circa) 1 miljoen euro aan GEM verstrekt, bijzondere aandacht. Mocht deze ecologische zone in eigendom of beheer aan de Provincie worden overgedragen of anderszins binnen de publiekrechtelijke verantwoordelijkheid van de Provincie vallen, dan zou naar onze mening zonder meer sprake zijn van een "overheidsopdracht" en niet van een zuivere financieringsrelatie. Het enkele feit dat géén sprake is van een kostendekkende vergoeding (de aanleg van de ecologische zone kost circa 3 miljoen euro), en ecologische zone dus gedeeltelijk voor rekening en risico van GEM wordt uitgevoerd, zal in dat geval niet aan de kwalificatie van "overheidsopdracht" in de weg staan. Het Hof van Justitie geeft een ruime toepassing aan dit begrip teneinde de effectiviteit van de Algemene Richtlijn te optimaliseren. Door het Hof van Justitie zijn ook niet-kostendekkende betalingen als overeenkomst onder bezwarende titel aangemerkt.

**Doorleggen van aanbestedingsplicht?**

Teneinde de aanbestedingsplicht van de aanbestedende dienst te respecteren, wordt in de gebiedsontwikkelingspraktijk de aanbestedingsplicht van de aanbestedende dienst vaak doorgelegd naar de GEM. Laatstgenoemde neemt het alsdan op zich om (al dan niet in naam van de aanbestedende dienst) tot aanbesteding van de desbetreffende opdracht over te gaan.

Op basis van het Scala-arrest[8] is in Nederland de opvatting ontstaan dat een aanbestedende dienst op deze manier zijn aanbestedingsplicht kan vervullen.

7 Commission interpretative communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships, C(2007)6661.
8 HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-399/98, Scala, Jurispr. 2001, blz. I-5409.

Inmiddels is uit het arrest Commissie/Frankrijk[9] echter af te leiden dat het Hof dit doorleggen slechts in uitzonderlijke omstandigheden aanvaardbaar acht: er dient een wettelijke noodzaak tot doorleggen te bestaan.

Aangenomen wordt dat aan dit noodzaakcriterium wordt voldaan indien de private partner(s) over een zodanige grondpositie en zodanige capaciteiten beschikken dat zij zich op het zogenoemde zelfrealisatiebeginsel kunnen beroepen. Mogelijk zal daar ook in dit geval sprake van zijn. Daarmee zou dan worden voldaan aan het noodzaakcriterium tot doorleggen van de (eventuele) aanbestedingsplicht. Het hoeft evenwel geen betoog dat de verdere ontwikkeling van de jurisprudentie nauwlettend dient te worden gevolgd.

Voorts dient er voor te worden gewaakt dat ook de met het doorleggen van de aanbestedingsplicht samenhangende dienstenopdrachten (denk bijvoorbeeld aan de ontwikkeling van bestekken, het begeleiden van de aanbesteding en het begeleiden van de uitvoering van de bouw) door de GEM worden aanbesteed. Een zekere dienstverlening door de GEM zal onontkoombaar zijn, maar dit "residu" dient zoveel mogelijk te worden geminimaliseerd.

**Overige aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten**

*Aanbestedingsplicht "fiscaal bouwrijp" maken van de gronden*
Voorzover de Provincie zelf bouw- en/of woonrijp werkzaamheden laat verrichten (het "fiscaal" bouwrijp maken van de gronden) is sprake van een aanbestedingsplicht. Naar wij begrijpen is de Provincie zich van deze aanbestedingsplicht bewust, en komt zij die ook na.

*Opdrachtverlening door GEM aan Provincie*
Uitgangspunt is dat de ontwikkelaars en NHN ieder voor gelijke delen in de GEM participeren. Binnen de GEM zullen de grondexploitatierisico's (de participatie in het resultaat, de deelname in het kapitaal, de benodigde financiering(en) en de terzake te stellen garanties en te verstrekken zekerheden) mogelijk nog nader worden verdeeld. Mocht deze nadere verdeling er toe leiden dat de activiteiten van de GEM in hoofdzaak door NHN – een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten - worden gefinancierd, het beheer van de GEM wordt onderworpen aan het toezicht door NHN of NHN toezicht op de GEM kan uitoefenen door benoemingsrechten, dan dient er rekening mee te worden gehouden dat de GEM – afhankelijk van de precieze inhoud en reikwijdte van de grondexploitatie - zou kunnen kwalificeren als een aanbestedende

9 HvJ EG 20 oktober 2005, zaak C-264/03, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 2005, blz. I-8831.

dienst danwel publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1 lid 9 sub a Algemene Richtlijn. Ook publiekrechtelijke instellingen zijn aanbestedingsplichtige opdrachtgevers.

Indien de GEM kwalificeert als aanbestedingsplichtige opdrachtgever zou uit hoofde van het aanbestedingsrecht bezwaar kunnen bestaan tegen diverse werkzaamheden die de Provincie ten behoeve van de GEM verricht. Denk in dit verband aan:
- het fiscaal bouwrijp maken van de gronden;
- de aansluiting van het bedrijventerrein op de Jaagweg op de A7,
- de borgstelling, en
- de eventuele inzet van mensen en/of middelen ten behoeve van de GEM.

Tot zover onze bevindingen. Voor de goede orde merken wij nog op dat wij niet hebben gekeken naar de fiscaalrechtelijke houdbaarheid van de opzet om de gronden door de Provincie fiscaal bouwrijp te laten maken en de kavels als bouwterrein in de zin van de Wet op de omzetbelasting 1968 (terug) te leveren aan het Samenwerkingsverband. Deze opzet heeft kennelijk het vooropgezette doel om een fiscaal voordeel te halen (zie bijv. artikel 1.3 van de concept-grondverkoopovereenkomst).

Tot nadere toelichting en overleg vindt u ons uiteraard vanzelfsprekend graag bereid.

Met vriendelijke groet,

R.J.M. van den Tweel