

Publicatie

Auteurs: mr. B.T. Tonino & M.S. Houweling
Verschenen in: Vastgoedrecht 2024 afl. 6
Datum: December 2024
Titel: Een actualiteitenoverzicht van de definitie 'overheidsopdracht voor werken'

Een actualiteitenoverzicht van de definitie 'overheidsopdracht voor werken'

1. Inleiding

De definitie van 'overheidsopdracht voor werken' staat met regelmaat in rechte ter discussie. Toonaangevend bij de uitleg van deze definitie is het *Helmut Müller*-arrest uit 2010 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof van Justitie).¹ In deze rubriek bespreken we kort dit arrest en gaan wij in op de relevante Nederlandse rechtspraak van de afgelopen vijf jaren waarin de definitie van de 'overheidsopdracht voor werken' aan bod is gekomen, omdat uit die jurisprudentie relevante lessen vallen te trekken. Tot slot komen wij tot een conclusie.

2. Helmut Müller-arrest

Het Hof van Justitie beantwoordde in zijn arrest van 25 maart

2010 prejudiciële vragen van het Duitse 'Oberlandesgericht Düsseldorf'. De feiten in deze zaak zijn als volgt. Een Duitse federale instelling verkocht een stuk grond (een oud-kazerneterrein) waarop Helmut Müller tevergeefs een bod had uitgebracht. Ondanks dit bod besloot de Duitse federale instelling om een zekere selectieprocedure te organiseren. Echter, Helmut Müller kwam in die procedure niet als winnaar uit de bus, op basis waarvan hij besloot te procederen tegen de gunning, met als kernargument dat de federale instelling en de gemeen- te Wildeshausen (zijnde de eigenaar van de grond) bij de verkoop van de grond de Europese aanbestedingsregels hadden moeten naleven.

Het Hof van Justitie stelt in het arrest voorop – en dat volgt ook uit eerdere Europeesrechtelijke jurisprudentie² – dat een bezwarende titel omvat dat de aanbestedende dienst een prestatie (bestaande uit de uitvoering van werken en/of een

¹ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:2010:168.

² Zie o.m.: HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31, punt 45, Jurisprudentie I-0385 (*Auroux e.a.*).

ontwerp) voor een tegenprestatie moet ontvangen.³

Daarnaast is het een vereiste dat de aannemer zich verplicht tot de uitvoering van de werken en dat deze uitvoering in rechte kan worden afgedwongen (een zgn. bouwplicht). Voorts dient die vereiste tegenprestatie voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang te bevatten. Aan deze voorwaarde is voldaan als de aanbestedende dienst over de te realiseren werken kan beschikken (bijv. doordat hij eigenaar of huurder wordt), bij economisch voordeel uit toekomstig gebruik en bij financiële betrokkenheid of risico's.⁴

Het Hof van Justitie bepaalt verder dat van de door 'de aanbestedende dienst vastgestelde eisen' (zoals opgenomen in de definitie van overheidsopdracht voor werken in art. 1.1 Aw 2012) sprake is als de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren, of een beslissende invloed op het ontwerp van het werk uit kan oefenen.⁵ Aan deze voorwaarde is niet voldaan als de aanbestedende dienst erop toeziet dat de werken voldoen aan

regels van het publiekrecht of aan een openbaar belang.

3. Nationale jurisprudentie

In deze paragraaf bespreken we de relevante jurisprudentie van de afgelopen vijf jaren inzake de overheidsopdracht voor werken en lichten we daarbij enkele thema's uit.

a. Bouwplicht

Allereerst komt aan bod de eis van het direct of indirect verbinden tot uitvoering van de betrokken werken en een in rechte afdwingbare verplichting, hetgeen ook wel de 'bouwplicht' wordt genoemd.

In 2019 oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden dat er geen sprake was van een in rechte afdwingbare verplichting tot de realisatie van werken.⁶ De afspraak dat '*de koper het verkochte zal aanwenden voor realisering van de aangegeven plannen welke passen binnen het ontwikkelingskader van de gemeente*' was volgens de desbetreffende aanbestedende dienst 'slechts' een standaardbepaling. Dit hof volgde dit standpunt, mede vanwege het feit dat de realisatieverplichtingen uit de algemene verkoopvoorwaarden van

³ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punt 48.

⁴ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punt 51 en 52.

⁵ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, punt 66 e.v.

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6, TBR 2020/27.

de aanbestedende dienst in de koopovereenkomst niet van toepassing waren verklaard.⁷

In 2021 heeft de rechtbank Rotterdam wel een bouwplicht vastgesteld.⁸ De voorzieningenrechter oordeelde dat de aannemer zich in een verkoop- en realisatieovereenkomst tot de bouw van woningen en de aanleg van een openbaar gebied had verplicht en dat een in de overeenkomst opgenomen facultatief recht tot ontbinding van de aannemer daar niet aan af zou doen.⁹

In een zaak uit 2023 ging het om de vraag of het moeten voldoen aan parkeernormen en het na verkoop van de onroerende zaak en realisatie terugleveren van een parkeergarage aan de aanbestedende dienst als die door de ontwikkelaar zou worden aangeboden, een overheidsopdracht voor werken met zich brengt. Het hof Den Haag oordeelde in het arrest van 28 februari 2023 dat een dergelijk samenspel van afspraken een bouwplicht kan impliceren.¹⁰

b. Prestatie voor een tegenprestatie en rechtstreeks economisch belang

Wat betreft de prestatie voor een tegenprestatie en het rechtstreeks economisch belang, volgt uit voornoemd arrest van het hof Den Haag ook dat de verkoop van percelen grond, de realisatie daarop van een parkeergarage door een ontwikkelaar en een mogelijke koop van de aanbestedende dienst van de parkeergarage (als deze door de ontwikkelaar wordt aangeboden), mogelijk kan leiden tot een rechtstreeks economisch belang. Het hof Den Haag overweegt hierbij dat van een tegenprestatie kan worden gesproken, zelfs als eventuele overdracht van het werk van de ontwikkelaar aan de aanbestedende dienst van de parkeergarage afhankelijk is van de wil van de ontwikkelaar. Er bestond immers in deze kwestie een afneemplicht voor de aanbestedende dienst.¹¹

Verder is er in de afgelopen vijf jaren meermaals geoordeeld dat er geen rechtstreeks economisch belang bij een opdracht is, als de contractant van de aanbestedende dienst het werk evident voor eigen risico en rekening uitvoert. De rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelt bij vonnis van 17 oktober

⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6, *TBR* 2020/27.

⁸ Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7123, r.o. 4.7, *JAAN* 2021/150.

⁹ Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7123, r.o. 4.7, *JAAN* 2021/150.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436, r.o. 3.17, *JAAN* 2024/57.

¹¹ Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436, r.o. 3.17, *JAAN* 2024/57.

2023 dat er geen sprake was van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, aangezien de contractant niet (contractueel) kon rekenen op een tegenprestatie van de gemeente, de uitgifteprijs marktconform was, en de gemeente evenmin anderszins financieel bijdroeg aan het project of financieel risico liep door het project. Ook ging de aanbestedende dienst niet beschikken over hetgeen ging worden ontwikkeld.¹² Dit vonnis is in hoger beroep op dezelfde gronden bekrachtigd.¹³

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 dat er geen rechtstreeks economisch belang voor de aanbestedende dienst was, omdat na realisatie van de werken de aanbestedende dienst niet de beschikking daarover zou verkrijgen (er was geen afspraak omtrent de teruglevering van het openbaar gebied) en de aanbestedende dienst geen financieel risico liep.¹⁴

Anders werd geoordeeld door de rechtbank Rotterdam in een zaak uit 2021,¹⁵ en in het daarop volgende hoger beroep bij arrest van het hof Den Haag van 19 juli 2022.¹⁶ Uit

beide gerechtelijke uitspraken volgt dat de teruglevering van het openbaar gebied na realisatie door de ontwikkelaar een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht met zich brengt. Echter – en dat behandelen wij hier verder niet – is het type procedure dat op basis van die aanbestedingsplicht gevolgd moet worden afhankelijk van de waarde van de opdracht en de vraag of de overeenkomst een gemengde overeenkomst betreft.

c. Eisen van de aanbestedende dienst

Ten derde zijn er diverse uitspraken geweest ter zake van de vraag of de contractant van de aanbestedende dienst eisen opgelegd heeft gekregen, die verder strekken dan de eisen die uit het publiekrecht voortvloeien.

In een zaak uit 2021 werd gesteld dat de gemeente geen beslissende invloed had gehad op de kenmerken van het project.¹⁷

De voorzieningenrechter oordeelde in die kwestie dat het voldoende aannemelijk was dat de gemeente wel buiten haar

¹² Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.12, JAAN 2023/189.

¹³ Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:436, r.o. 3.19, JAAN 2024/57.

¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6, TBR 2020/27.

¹⁵ Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7123, r.o. 4.8, JAAN 2021/150.

¹⁶ Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1463, r.o. 6.1-6.4, JAAN 2022/128, m.nt. Heijnsbroek.

¹⁷ Rb. Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7123, r.o. 4.9, JAAN 2021/150.

publiekrechtelijke bevoegdheden was getreden, nu het kader voor de toets van de omgevingsvergunning volgde uit het bestemmingsplan, waarna de gemeente aanvullende eisen had gesteld.

In de zaak bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2023

oordeelde de voorzieningenrechter over de vastgestelde eisen. Zo oordeelde de rechter dat er *geen sprake van beslissende mate van invloed op de kenmerken van het werk door de gemeente die verder zou gaan dan haar bevoegdheden inzake stedenbouw* was.¹⁸

De plannen waren door het bedrijf opgesteld, de gemeente had deze alleen maar publiekrechtelijk beoordeeld en gehonoreerd c.q. vergund.¹⁹

De voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelde in 2024 dat het voldoende aannemelijk was dat de gemeente geen beslissende invloed had uitgeoefend op het te realiseren project.²⁰

Voor het aannemen van die invloed was namelijk niet voldoende dat de gemeente een functionele omschrijving had

aangeleverd, en bovendien was niet gebleken dat de gemeente meer had gedaan dan wat op basis van haar publiekrechtelijke bevoegdheden mogelijk was. Ook het feit dat er een plattegrond bij de huurovereenkomst werd gevoegd, was hiervoor niet voldoende.²¹

4. Conclusie

In algemene zin kan worden geconcludeerd dat aanbestedende diensten vrij scherp op het netvlies hebben wanneer er sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht voor werken. In de afgelopen vijf jaren is slechts in uitzonderlijke gevallen geoordeeld dat een onderhands gegunde opdracht – tegen het standpunt van de aanbestedende dienst in – als overheidsopdracht voor werken kwalificeert. Uit de jurisprudentie van de afgelopen vijf jaren zijn wel enkele lessen te trekken. Qua bouwplicht dient een aanbestedende dienst er rekening mee te houden dat uit het samenspel van privaatrechtelijke afspraken en publiekrechtelijke eisen een plicht tot realisatie zou kunnen worden afgeleid, waardoor er – ondanks dat bijvoorbeeld een plicht tot

¹⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.12, *JAAN* 2023/189.

¹⁹ Rb. Zeeland-West-Brabant 10 oktober 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:7147, r.o. 5.12, *JAAN* 2023/189.

²⁰ Rb. Gelderland 26 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2722, r.o. 4.12.

²¹ Rb. Gelderland 26 april 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:2722, r.o. 4.12.

realisatie niet uitdrukkelijk in de overeenkomst is opgenomen – alsnog een in rechte afdwingbare bouwplicht kan ontstaan. Daarnaast dienen aanbestedende diensten erop bedacht te zijn dat afspraken over de teruglevering van het openbaar gebied, als onderdeel van een anterieure overeenkomst, veelal een overheidsopdracht voor werken met zich brengt, waarna op basis van omvang en type overeenkomst dient te worden bepaald welke gevolgen dit voor een type overeenkomst (bijv. gemengde overeen- komst) met zich brengt. Tot slot dienen aanbestedende diensten erop bedacht te zijn dat eisen die verder strekken dan het publiekrecht, een overheidsopdracht van werken met zich kunnen brengen.

Over de auteurs

Mr. M.S. Houweling is partner bij Van der Feltz advocaten te Den Haag. Mr. B.T. Tonino is advocaat bij Van der Feltz Advocaten te Den Haag. Deze bijdrage is afgesloten op 31 december 2024.