

## Aanvullend advies Six Advocaten – Koepel Haarlem

---

**Van:** Fabian Horsting [mailto:horsting@sixlegal.nl]

**Verzonden:** maandag 2 januari 2017 16:38

**Aan:** Kim Beckers

**Onderwerp:** Gemeente Haarlem/De Koepel

### Vraag

Wat zijn de aanbestedingsrechtelijke gevolgen/risico's indien de gemeente Haarlem in de overeenkomst tussen haar en Panopticon inzake De Koepel de contractuele verplichting opneemt dat Panopticon verplicht is het vastgoed (grotendeels) ten behoeve van universitair onderwijs te exploiteren?

### Voorbehoud/opmerking vooraf

Ik beperk mij bij de beantwoording van de vraag tot het aanbestedingsrecht en ga niet in op bijvoorbeeld het staatsteun- en/of het mededingingsrecht.

### Antwoord

De gemeente Haarlem kan in de overeenkomst met Panopticon de contractuele verplichting opnemen dat Panopticon verplicht is het vastgoed (grotendeels) ten behoeve van universitair onderwijs te exploiteren. Het verdient wel de voorkeur die verplichting tevens vast te leggen in het publiekrechtelijke regime dat van toepassing is op De Koepel, althans daartoe een aanzet te geven.

### Uitwerking

Verkoop van vastgoed en/of gronduitgifte door de overheid aan marktpartijen is in beginsel niet aanbestedingsplichtig. Verkoop van vastgoed en/of gronduitgifte door de overheid aan marktpartijen kan wel aanbestedingsplichtig zijn, indien een overheid in de koop- en/of gronduitgifteovereenkomst contractuele verplichtingen ten aanzien van het vastgoed/de grond aan de marktpartij stelt. Die contractuele verplichtingen kunnen namelijk met zich meebrengen dat in juridische zin sprake is van een overheidsopdracht voor werken, die wel aanbestedingsplichtig is.

Om erachter te komen welke contractuele verplichtingen ertoe leiden dat een overeenkomst juridisch kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken, moeten we teruggrijpen op wat oudere jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ) uit 2010. Het HvJ is uiteindelijk de hoogste rechter ten aanzien van het Europese aanbestedingsrecht.

Het arrest Müller van het HvJ van 25 maart 2010 heeft het inzicht in de reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling aanmerkelijk vergroot. Het HvJ maakt in die uitspraak onder meer duidelijk dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, cumulatief moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.

### *Rechtsreeks economisch belang*

Van een rechtstreeks economisch belang is sprake indien:

- de aanbestedende dienst eigenaar wordt;
- de aanbestedende dienst over de werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming;
- de aanbestedende dienst economische voordelen kan halen uit het toekomstig gebruik of de toekomstige overdracht van het werk;
- de aanbestedende dienst financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen; of

- de aanbestedende dienst risico's loopt bij economische mislukking van het werk.
- Voor zover ik op basis van het beperkte dossier op dit moment kan nagaan is er geen sprake van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente Haarlem bij de beoogde overeenkomst met Panopticon. De derde bulletpoint is niet uitgekristalliseerd in de rechtspraak, maar zou bij ruime toepassing steeds ertoe leiden dat sprake is van een rechtstreeks economisch belang. Ik ben dan ook van mening dat de derde bulletpoint restrictief moet worden uitgelegd en de gemeente in het onderhavige geval niet in de weg zit. Mochten er aanwijzingen zijn dat de gemeente wel conform voorgaande een belang heeft, dan hoor ik dat graag.

### *Bouwplicht*

Een ten tijde van het Müller-arrest nog niet in de jurisprudentie beantwoorde rechtsvraag is of het mogelijk is om als overheid zonder voorafgaande Europese aanbesteding van een marktpartij een gerealiseerd gebouw te kopen of te huren, dat weliswaar is gebouwd volgens de door die overheid vastgestelde specificaties en nadrukkelijk met het oog op gebruik door (en eigendom van) die overheid, maar zonder dat er een afzonderlijke overeenkomst wordt gesloten die de opdracht voor het realiseren van het gebouw impliceert. Hoewel de vraag van de gemeente Haarlem niet hetzelfde is, verdient een meer recent arrest van het HvJ toch vermelding met het oog op het leerstuk van de bouwplicht.

Op 10 juli 2014 wees het HvJ een arrest, waarbij antwoord wordt gegeven op enkele prejudiciële vragen. Het gaat in deze casus om de bouw van een nieuw gerechtsgebouw in de Italiaanse Commune di Bari (gemeente Bari). Het HvJ neemt aan dat sprake is van een bouwplicht en overweegt voorts dat het een bouwwerk betreft dat voldoet aan nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen. Er is volgens het HvJ sprake van een overheidsopdracht voor werken.

Uit deze uitspraak blijkt dat het sluiten van een huurovereenkomst ten aanzien van een nog te realiseren werk ten behoeve van een overheid die daaraan eisen als bedoeld in Richtlijn 2004/18 stelt, wordt aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken, omdat - samengevat weergegeven - de opdracht tot het (laten) realiseren van het werk onvermijdelijk uit een dergelijke overeenkomst voortvloeit. Daarmee is deze uitspraak ook van betekenis voor contracten in Nederland, op grond waarvan sprake is van een - al dan niet indirecte - bouwplicht voor de marktpartij met betrekking tot een werk waarbij een overheid een rechtstreeks economisch belang heeft en waaraan door de overheid eisen als bedoeld in de richtlijn worden gesteld.

In deze casus nam het Hof de aanwezigheid van een bouwplicht als uitgangspunt, aangezien deze feitelijk uit de huurovereenkomst voortvloeit. Het is in het licht van het arrest Müller echter de vraag of er ook sprake is van een overheidsopdracht indien in een vergelijkbaar geval sprake is van een huurovereenkomst (of een koopovereenkomst) zonder dat sprake is van een expliciete of impliciete bouwplicht, omdat dan niet cumulatief wordt voldaan aan alle drie de criteria uit het arrest Müller. Tegen een dergelijke redenering kan - vanuit een meer functionele uitleg van het Europese aanbestedingsrecht - worden ingebracht dat sprake is van een schijnconstructie, omdat het resultaat van dergelijke afspraken is dat de realisatie van een publiek werk de facto buiten het Europese aanbestedingsrecht wordt gehouden.

Uit het arrest blijkt dat een huurovereenkomst tussen de gemeente en een marktpartij kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken, omdat sprake is van een nog niet gerealiseerd bouwwerk en de realisatie onvermijdelijk uit deze huurovereenkomst voortvloeit. Op basis van het arrest is verdedigbaar dat geen sprake is van een bouwplicht als die niet '*onvermijdelijk*' volgt uit de overeenkomst tussen overheid en marktpartij.

- Voor zover ik nu kan nagaan is er geen sprake van een expliciete of impliciete bouwplicht, in de zin dat de gemeente op basis van de overeenkomst in rechte van Panopticon kan afdwingen dat zij het vastgoed herontwikkelt/realiseert. Mogelijk is sprake van een door de gemeente opgelegde contractuele termijn waarbinnen Panopticon haar plannen moet hebben verwezenlijkt, bij gebreke waarvan Panopticon de gronden/het vastgoed aan de gemeente terug moet leveren. Hoewel een dergelijke bepaling natuurlijk wel een krachtige incentive zal zijn voor realisatie, betreft het toch geen bouwplicht. Het is Panopticon die zelfstandig beslist of met de bouw wordt gestart. Geen harde 'onvermijdelijke' bouwplicht dus.

### *Eisen die publiekrecht overstijgen*

Een overheid loopt het risico dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken als zij eisen stelt die haar publiekrechtelijke bevoegdheden (bestemmingsplan e.d.) te boven gaan. Het begrip 'werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet' betekent dat de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Een enkel onderzoek van bouwplannen of de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de aanbestedende dienst zijn niet als zulke maatregelen te beschouwen.

- Door als contractuele voorwaarde op te nemen dat Panopticon een deel van het vastgoed als universiteit moet exploiteren, neemt de gemeente in mijn optiek geen maatregelen die de kenmerken van het werk definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uitoefenen. Daar komt bij dat Panopticon na overdracht als eigenaar voor eigen rekening en risico verantwoordelijk is voor de exploitatie. Bovendien kan de gemeente binnen het plangebied de bestemming 'onderwijs' tevens via het publiekrecht regelen. Dat laatste is een aanwijzing dat de contractuele voorwaarde niet (uitsluitend) een voorwaarde is zoals een privaatrechtelijke opdrachtgever hem zou stellen.

### **Conclusie**

Met louter het opnemen van de contractuele voorwaarde dat Panopticon verplicht is een (groot) deel van het vastgoed als universiteit te exploiteren, kwalificeert de overeenkomst (nog) niet als een overheidsopdracht voor werken. Er is geen sprake van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente, het is niet de bedoeling een bouwplicht op te leggen aan Panopticon, en verdedigbaar is dat de voorwaarde eveneens geen eis is die de publiekrechtelijke bevoegdheden van de gemeente te boven gaat.

Tot zover.

Hartelijke groet,  
Fabian

**Fabian Horsting**  
Advocaat (Attorney-at-law) | Partner

Six Advocaten | IJdok 25 | 1013 MM Amsterdam  
T: +31 20 305 74 17 (direct) | M: +31 6 15 07 38 18  
E: [horsting@sixlegal.nl](mailto:horsting@sixlegal.nl) | W: [www.sixlegal.nl](http://www.sixlegal.nl)

Legal 500 Leading Firm 2016: Real Estate | Construction | Environment & Planning  
PropertyNL Top Vastgoedjuristen 2016

Onze [disclaimer](#) is van toepassing op alle uitgaande e-mailberichten.  
Our [disclaimer](#) applies to all outgoing e-mail messages.