

Het organiseren van concurrentie bij gebiedsontwikkeling

Who's afraid of Europe...



Vanwege ontwikkelingen in het Europese aanbestedingsrecht, waarop elders in dit nummer wordt ingegaan, lijkt het dat publieke partijen niet langer vrij zijn in het bepalen van de spelregels waarlangs de concurrentie wordt georganiseerd. In deze bijdrage wordt betoogd dat de 'angst' bij publieke partijen voor het moeten aanbesteden conform de door het Europees verdrag voorgeschreven regels, slechts ten dele gegrond is. In beginsel is 'aanbesteden' gelijk aan het volgen van een selectieprocedure. Deze bijdrage gaat in op de vraag hoe publieke partijen op goede wijze een selectieprocedure kunnen vormgeven en welke aandachtspunten daarbij gelden vanuit de Europeesrechtelijke context.

1. Inleiding

In de Nederlandse praktijk van gebiedsontwikkeling worden reeds jaren 'ontwikkelcompetities' of 'selectieprocedures' gehouden om te komen tot de selectie van een partner die het betreffende project verder zal gaan ontwikkelen en zal gaan uitvoeren. Afhankelijk van het moment in de planfase wordt er een adviesopdracht in de markt gezet, een 'offerte' uitgevraagd (in feite een aanbieding voor de koop van grond) of wordt een ontwikkel- en ontwerpcompetitie gehouden.

Een selectieprocedure doorbreekt het cyclische karakter van het ontwikkelingsproces en vormt een lineair element in het planontwikkelingsproces. Tijdens de selectieprocedure is geen communicatie mogelijk tussen uitschrijver en deelnemers. Dit terwijl bij een gebiedsontwikkelingsproces er juist behoefte is aan reflectie, overleg en eventueel bijstelling. Uit de praktijk blijkt dat dit zich sterker als knelpunt doet voelen naarmate de procedure meer fasen uit het planvormingsproces omvat. Dit gegeven leidt er dan ook toe dat veel publieke partijen tegen uitvoeringsproblemen aanlopen bij het doorlopen van de selectieprocedure en uiteindelijk selecteren van een marktpartij. Er zijn diverse publicaties die een handreiking bieden aan publieke partijen bij het kiezen en uitvoeren van de juiste procedure voor de selectie van een samenwerkingspartner bij een gebiedsontwikkeling. Zo hebben het Ministerie van VROM, het Ministerie van Financiën, de NEPROM, VNG en IPO begin 2007 de

'Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling' uitgebracht. Deze 'Reiswijzer' wordt thans aangepast aan nieuwe inzichten en de ontwikkelingen binnen het Europese aanbestedingsrecht.

Door middel van een selectieprocedure beoogt de publieke partij concurrentie te organiseren. Publieke partijen voelden zich daarbij vrij in het bepalen van de spelregels. En zo bepaalde ieder zelf de spelregels van de competitie, maar overigens vaak ook niet zodat marktpartijen in sommige gevallen het gevoel hadden in een black box terecht te zijn gekomen.

Vanwege ontwikkelingen in het Europese aanbestedingsrecht, waarop elders in dit nummer reeds wordt ingegaan, lijkt het dat publieke partijen niet langer vrij zijn in het bepalen van de spelregels waarlangs de concurrentie wordt georganiseerd. Een publieke partij zal moeten nagaan of daarbij de Europese aanbestedingsrichtlijnen moeten worden gehanteerd. Is dat niet het geval, dan zal de procedure waarbinnen de concurrentie wordt georganiseerd in ieder geval moeten voldoen aan de basisbeginselen uit het Europees Verdrag, te weten proportionaliteit, non-discriminatie en transparantie. In de praktijk leidt dit tot praktische dilemma's.

2. Onderwerp van deze bijdrage

2.1. Who's afraid of Europe...

De 'angst' die bij veel partijen in de praktijk bestaat voor het moeten aanbesteden conform de door het Europees Verdrag voorgeschreven regels, is slechts ten dele gegrond. In beginsel is 'aanbesteden' gelijk aan het volgen van een selectieprocedure. Of je nu een partner bij een gebiedsontwikkeling via een Europese aanbesteding of op basis van een zelf ontwikkelde selectieprocedure selecteert, maakt op zich geen verschil. In beide gevallen is het noodzakelijk om vanuit een goede ontwikkelingsstrategie de selectiestrategie te bepalen. In beide gevallen dienen spelregels te worden opgesteld, waaraan partijen zich dienen te houden. Er bestaat wel een verschil in de mate van vrijheid van het bepalen van die spelregels. Indien een selectieprocedure wordt gehouden op basis van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, dan is de publieke partij niet langer vrij om bijvoorbeeld de termijnen te bepalen of de stappen in de selectie. Ook dient er gekozen te worden tussen de verschillende procedures die de Europese aanbestedingsrichtlijnen voorschrijven. In Ne-

* Mr. E. Le Large is juridisch consultant gebiedsontwikkeling bij DHV Juristen.

** Dr. mr. J. van den Hof is juridisch consultant gebiedsontwikkeling bij DHV Juristen. Hij is tevens lector Gebiedsontwikkeling en Recht aan Saxion Hogescholen.

derland zijn deze richtlijnen wat betreft 'werken' en 'diensten' omgezet in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao).¹

Indien er geen plicht bestaat om de selectieprocedure te laten verlopen conform het Bao, dan nog dient de uitschrijver zich te houden aan de algemene regels die het Europees verdrag stelt, alsmede aan de algemene rechtsbeginselen die ter zake het handelen van een overheid worden gesteld: de selectieprocedure dient in overeenstemming te zijn met het non-discriminatiebeginsel, het beginsel van transparantie en de proportionaliteitseis.²

Hierna worden in deel drie aandachtspunten gegeven die in het algemeen gelden als een publieke partij concurrentie organiseert om een marktpartij te kunnen kiezen ten behoeve van gebiedsontwikkelingen. De reikwijdte van de samenwerking tussen de gemeente en de marktpartij doet er overigens binnen het bestek van deze bijdrage niet toe.

In het vierde deel wordt besproken welke aandachtspunten er voor de praktijk gelden nu op het organiseren van concurrentie bij gebiedsontwikkeling de Europese beginselen en in bepaalde gevallen het Europese aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Daarbij worden suggesties gedaan voor de wijze waarop bij gebiedsontwikkeling voldaan kan worden aan de eisen die Europa stelt.

Het vijfde deel bevat kort de conclusies.

3. Aandachtspunten bij het organiseren van concurrentie bij gebiedsontwikkeling

3.1. Van ontwikkelingsstrategie naar selectiestrategie
Voordat überhaupt gestart kan worden met de selectie, dient eerst de ontwikkelingsstrategie helder te zijn. Het bepalen van een ontwikkelingsstrategie vindt over het algemeen plaats in een viertal stappen, waarna ontwerp en realisatie volgen (naar Wolting, 2006)³:

1. inventarisatie en analyse,
2. beleid en ontwerp,
3. risico- en actoranalyse,
4. ontwikkelingsstrategie en
5. ontwerp en realisatie.

De eerste stap resulteert in helderheid over de scope van het project, de ambities van de publieke partij, grondposities van partijen, de hoofdlijnen van het programma, een globale marktanalyse en grove haalbaarheidsanalyse. Vervolgens wordt binnen het geldende beleidskader een eerste stedenbouwkundig schetsontwerp en een globale financiële *business case* opgesteld. Deze eerste twee stappen vormen het uitgangspunt voor de actoranalyse: wat zijn de doelstellingen van belanghebbende partijen, hun gewenste rol en hun wensen en voorwaarden. In hoeverre sluit dit aan bij het profiel van de partner(s) die de publieke partij zoekt en de rol c.q. mate van regie die zij wenst? In de vierde stap wordt de daadwerkelijke ontwikkelingsstrategie bepaald: gewenste sturing op het project, samen-

werkingsvorm, stedenbouwkundig plan, fasering en financieel model. Daarna volgt (deel)planontwikkeling, realisatie, evaluatie en zo nodig bijsturing.

3.2. De selectiestrategie

Voor elke stap in het ontwikkelingsproces kan besloten worden tot het organiseren van concurrentie ten behoeve van een beter resultaat (geld, kwaliteit, draagvlak). Concurrentie kan beperkt blijven tot de betreffende stap, maar kan ook meerdere stappen of zelfs het gehele traject tot en met realisatie en exploitatie omvatten. De selectiestrategie moet hier nauwkeurig op worden afgestemd. Het moge duidelijk zijn dat voor een adviesopdracht andere selectie- en gunningscriteria dienen te gelden dan voor grondverkoop, een ontwikkelopdracht of een gebiedsconcessie.

Marktselectie is volgens de Reiswijzer Marktpartijen & Gebiedsontwikkeling (VROM, 2007) een manier om de markt te prikkelen om met ideeën te komen waarbij de prijs en/of de kwaliteit vervolgens bepalen welke partij wordt geselecteerd. In alle gevallen moeten de selectieprocedure en de gunningscriteria goed zijn afgestemd op de ontwikkelopgave en de ontwikkelingsstrategie.

Vooropgesteld dat de publieke partij de beschikkingsmacht heeft over de grond, kan ze kiezen tussen drie vormen van concurrentie: selectie na openbare inschrijving, niet-openbare selectie na een voorafgaande prekwificatie op basis van minimumeisen en onderhandse selectie. Welke selectiemethoden zijn het meest effectief in de context van een gekozen ontwikkelingsstrategie? Het moment waarop de publieke partij de markt inschakelt, bepaalt de mate van vrijheid bij het vervaardigen van de aanbiedingen en de vergelijkbaarheid van de aanbiedingen bij de beoordeling ervan. In het algemeen geldt: hoe vroeger de selectie plaatsvindt, hoe meer vrijheid de deelnemers hebben bij het vervullen van de opdracht, en hoe later de selectie plaatsvindt, hoe groter de vergelijkbaarheid van de aanbiedingen. In dat perspectief kunnen de volgende selectiemethoden worden onderscheiden:

- adviesopdracht;
- ontwerp/ontwikkelcompetitie;
- offerteaanvraag.

3.3. Wanneer welke selectiemethode?

3.3.1. Adviesopdracht

Wanneer de opgave complex is, de haalbaarheid onzeker en er nog geen sprake is van uitontwikkelde ideeën over het kwantitatieve en kwalitatieve programma, dan organiseert de publieke partij concurrentie om een betaalde adviesopdracht in de markt te zetten. Een adviesopdracht heeft de vorm van een prijsvraag (openbaar) of meervoudige opdracht (niet openbaar). De meervoudige adviesopdracht kan worden toegepast als de publieke partij inzicht wil krijgen in de haalbaarheid van haar idee of plan, haar regiefunctie voorlopig wenst te behouden of nog geen marktpartij wenst te selecteren voor de verdere ontwik-

1. Besluit van 16 juli 2005, *Stb.* 408.

2. Zie onder meer HvJ EG 7 december 2000, zaak C324/98, (*Telaustria*).

3. B. Wolting, *PPS en gebiedsontwikkeling*, Sdu, 2006.

Is er wel een verplichting tot toepassing van het Bao (omdat er sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht met een opdrachtsom die hoger is dan de toepasselijke drempelwaarde), dan dient de selectieprocedure te worden ingericht conform de voorschriften uit het Bao. Het Bao bepaalt in artikel 28 onder welke omstandigheden van welke procedures gebruik kan worden gemaakt. Deze procedures zijn:

- de openbare procedure;
- de niet-openbare procedure;
- de onderhandelingsprocedure;
- de concurrentiegerichte dialoog.

4.1.1. De 'gewone' openbare of niet-openbare procedure al dan niet in combinatie met marktconsultatie

Artikel 28 lid 1 Bao biedt de keuze aan de publieke partij om een procedure te doorlopen hetzij met voorselectie hetzij zonder voorselectie. Op de inrichting en toepassing van deze procedures worden door het Bao (anders dan bij de andere soort procedures) geen nadere specifieke voorschriften gegeven. Bij een gebiedsontwikkeling is de wens groot om vooraf te bepalen welke partijen aan de procedure mogen meedoen. Over het algemeen heeft de publieke partij kennis van de spelers op die markt en bestaan er al verwachtingen ten aanzien van bepaalde partijen. Aldus lijkt bij gebiedsontwikkeling de niet-openbare procedure het meest voor de hand te liggen.

Bij het toepassen van deze 'gewone' procedure, dient de publieke partij te beseffen dat het ontwikkelingsproces gedurende de procedure 'lineair' verloopt. Er is in de procedure weinig ruimte voor bijstelling van hetgeen uitgevraagd wordt. Ook is er weinig ruimte voor het toelaten van een dialoog tussen de publieke partij en de marktpartijen over hetgeen wordt uitgevraagd of tussen de andere stakeholders in het gebied over mogelijke oplossingen. Dit nadeel van deze procedure doet zich uiteraard minder gevoelen naarmate het ontwikkelingsproces zich in een verder stadium bevindt. Voor een meervoudige offerteaanvraag leent deze procedure zich daardoor prima. In dat stadium zijn de parameters veelal redelijk bekend en kan de publieke partij een meer omlijnd publiek programma van eisen aan de markt meegeven.

Een voorbeeld van een project waarbij in een vrij vroeg stadium een selectieprocedure werd doorlopen via de niet-openbare procedure uit het Bao is de ontwikkeling van het 'Defensie-eiland' te Woerden. In dat gebied was sprake van een bodemverontreiniging en werd de markt gevraagd om naast het indienen van een plan, tevens een prijsopgave te doen voor de sanering. Hierdoor werd de mogelijkheid gegeven om functiegericht te saneren en 'werk met werk' te maken. Ook voor de herstructurering van het Dorpshart Leimuiden is een niet-openbare procedure op basis van het Bao doorlopen. In die procedure werd een selectieprocedure doorlopen voor twee deelgebieden. In het ene gebied heeft de gemeente grondeigen-

dom, in het andere gebied vrijwel niet. Bij het vormgeven van de gunningscriteria is rekening gehouden met het verschil in ontwikkelingsfase van beide gebieden: voor het gebied waar de gemeente vrijwel geen grondeigendom heeft en planrealisatie aldus afhankelijk is van derden, werd meer op kwaliteit en visie geoordeeld. Voor het deelgebied waarin de gronden van de gemeente liggen, is zowel een plan als een bieding uitgevraagd.

Teneinde een beter beeld te krijgen van wat in het gebied aan ontwikkeling mogelijk is en aldus een scherper programma van eisen te kunnen opstellen, kan de publieke partij alvorens een niet-openbare procedure te doorlopen, eerst een marktconsultatie verrichten.

De Gemeente Den Haag heeft bijvoorbeeld ten behoeve van het opstellen van het programma van eisen voor de ontwikkeling van Scheveningen Haven een marktconsultatie doorlopen. Met de input uit de markt heeft zij vervolgens een gedetailleerd programma van eisen opgesteld, alsmede een masterplan. Ook in het project Parkstad in Rotterdam is gebruikgemaakt van een consultatie.

In de marktconsultatie kan de markt haar visie geven op de ontwikkeling. De publieke partij maakt vanuit die inzichten een masterplan en haar publiek programma van eisen. In feite brengt de publieke partij hierdoor de planontwikkeling een fase verder. Bij het uitvoeren van een marktconsultatie is het reëel om de deelnemers een vergoeding te betalen. Bovendien zal de publieke partij ervoor moeten zorgdragen dat de deelnemers aan de marktconsultatie geen betere positie hebben in een vervolgens te doorlopen niet-openbare procedure. Dit kan onder meer worden voorkomen door in die procedure de informatie die beschikbaar was gesteld aan de deelnemers van de marktconsultatie, ook aan de deelnemers van de selectieprocedure te verstrekken. Ook goede verslaglegging van het overleg met de deelnemers aan de marktconsultatie is hierbij van belang, met name om zorg te dragen voor bewijs bij een eventueel dispuut.

4.1.2. Onderhandelingsprocedure?

In de praktijk is gezocht naar een andere inrichting van de selectieprocedure, vanuit de wens om ruimte te geven aan het cyclische karakter van het planontwikkelingsproces. Bij verschillende selectieprocedures is aldus 'uitgeweken' naar de onderhandelingsprocedure uit artikel 30 Bao. Daarbij wordt een beroep gedaan op het bepaalde in artikel 30 lid 2 Bao. Gesteld wordt dan dat door de onzekere omstandigheden het vooraf vaststellen van een prijs niet mogelijk is. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG volgt echter dat de in dit artikel genoemde uitzonderingen restrictief worden toegepast.⁴ Ook uit het groenboek PPS⁵ blijkt dat de Commissie voor de toepassing van deze onderhandelingsprocedure andersoortige onzekerheden voor ogen heeft dan die zich voordoen bij gebiedsontwikkeling.⁶

4. Zie onder meer HvJ EG 10 maart 1987, zaak C-199/85, *Jur.* 1987, p. I-01039 (*Commissie/Italië*).

5. Groenboek PPS Commissie EG d.d. 30 april 2004, COM/2004/327 def.

6. Als voorbeeld noemt de Commissie de omstandigheid dat werken in een geologisch onstabiel of archeologisch waardevol gebied worden uitgevoerd, waardoor de omvang van de uit te voeren werken aan het begin van de procedure niet valt te voorspellen.

4.1.3. De concurrentiegerichte dialoog

Bij de Richtlijn 2004/18/EG is een nieuwe procedure geïntroduceerd: de concurrentiegerichte dialoog. Het Bao geeft ter zake deze procedure in artikel 28 en 29 specifieke voorschriften. In een concurrentiegerichte dialoog kan de publieke partij met elke afzonderlijke partij in gesprek over de geboden oplossing. De Europese wetgever en in het bijzonder de Europese Commissie⁷, is van oordeel dat de concurrentiegerichte dialoog de perfecte oplossing biedt voor de aanbesteding van complexe opdrachten. De commissie stelt daarbij ook voor om in geval van de oprichting van een institutionele PPS die mede een opdracht omvat waarop de aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG van toepassing is, te kiezen voor de concurrentiegerichte dialoog.

Deze procedure biedt mogelijkheden voor concurrentie en is tegelijkertijd flexibel en houdt rekening met de behoefte van de publieke partij om met elke private partij individueel over alle aspecten van het contract te onderhandelen. Van belang daarbij is wel dat vooraf objectieve, kwalitatieve criteria worden opgesteld, inclusief een transparante beoordelingsprocedure waarbij het principe van gelijke behandeling voorop staat. Dat is uiteraard erg lastig, omdat deze procedure nu juist wordt doorlopen omdat niet bekend is wat de oplossing is. Orobio de Castro en Van Nouhuys geven aan dat hierbij meer abstracte gunningscriteria kunnen worden gehanteerd.⁸ De publieke partij zou in het programma van eisen haar behoeften moeten beschrijven. Vervolgens kan een gunningscriterium worden geformuleerd waarbij wordt afgestemd op de mate waarin (binnen het budget) door de aangeboden oplossing in de behoefte of de doelstellingen van de publieke partij wordt voorzien.

4.2. De positie van een corporatie met grondeigendom in het gebied

Vooraf bij herstructurering, inbreidingslocaties en centrumgebieden heeft de publieke partij te maken met een zeer belangrijke grondeigenaar: de woningbouwcorporatie. Uiteraard komt een herstructurering niet goed van de grond indien er tussen de publieke partij (lees de gemeente) en de woningbouwcorporatie geen afspraken zijn gemaakt. Maar wat als die afspraken zijn gemaakt en de publieke partij gaat vervolgens via een selectieprocedure de marktpartij kiezen die de gebiedsontwikkeling verder gaat brengen? Welke rol krijgt de corporatie dan?

4.2.1. De corporatie als verplichte 'onderaannemer'

Het verplicht voorschrijven aan de inschrijvers in de procedure van een corporatie door als voorwaarde in de procedure op te nemen dat de ontwikkeling van de sociale woningen door de corporatie zal geschieden, lijkt niet goed mogelijk. In feite is dit het voorschrijven van een verplichte onderaanneming of combinant. Hierbij dringt zich een analoge vergelijking met het verbod op het

voorschrijven van bepaalde specificaties op. De achtergrond van dat verbod is gelegen in de ontoelaatbare beperking van het vrije verkeer van diensten en goederen alsmede het verbod om bepaalde ondernemingen te bevoordelen. Zie met name artikel 23 lid 2 en lid 11 Bao. In de literatuur wordt daarom wel gesteld dat verplichte onderaanneming niet mogelijk is:

'Bedacht moet worden, dat een aanbesteder de inschrijvers niet kan verplichten tot (...) en ook niet tot het inschakelen van bepaalde onderaannemers. Dergelijke verplichtingen zijn evenzeer onverenigbaar met het beginsel van het vrij verkeer van diensten'.⁹

Het voorschrijven van een woningbouwcorporatie als ontwikkelaar lijkt aldus niet goed mogelijk, mede omdat daarvoor (Europeesrechtelijk) geen goede rechtvaardiging bestaat als bedoeld in artikel 23 lid 11 Bao. Wellicht zelfs dat het verplicht voorschrijven van een corporatie als combinant (t.b.v. sociale woningbouw) aanbestedingsrechtelijk zou leiden tot een gedeeltelijke onderhandse gunning. Dit is alleen verdedigbaar als van de perceelsuitzonderingsregel (artikel 9 Bao) gebruik kan worden gemaakt.

4.2.2. De corporatie als preferred buyer

Een meer haalbare optie is dat de gemeente een voorkeurspositie voor het sociale woningbouwprogramma opneemt met de corporatie als eindafnemer. Aanbestedingsrechtelijk lijkt het niet op bezwaren te stuiten indien een verkoopverplichting wordt opgenomen. Aandachtspunt hierbij is dat de corporatie vooraf kenbaar maakt welk programma van eisen zij hanteert. Verder moet rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de corporatie en de marktpartij niet tot definitieve overeenstemming komen. Vanuit die optiek zou een – nader uit te werken – recht van eerste koop voor de corporatie kunnen worden geïntroduceerd, waarbij, indien de corporatie daarvan geen gebruik wenst te maken, de inschrijver zich vervolgens vrij tot een derde kan wenden (met aanbidding onder gelijke condities).

4.2.3. Corporatie en gemeente selecteren gezamenlijk

Een andere mogelijkheid is dat de corporatie samen met de gemeente de selectieprocedure doorloopt. Dit vergt met name dat partijen een goed beeld van hun samenwerking hebben in het besef dat zij beide verantwoordelijkheid dragen voor de opgave. Daarbij zullen partijen afspraken moeten maken over de wijze waarop zij beide hun keuze maken. Ook de mogelijkheid om af te zien van gunning en de omstandigheden waaronder zulks mogelijk is, moet deel uitmaken van die afspraken.

4.3. Flexibiliteit in de planontwikkeling na de selectie

Op de planontwikkeling voor een gebiedsontwikkeling zijn veel factoren van invloed die kunnen leiden tot de

7. Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP). The selection of private partners for IPPP C(2007)6661 (februari 2008).

8. D.C. Orobio de Castro & J.F. van Nouhuys, 'Praktische beschouwingen over de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en het nieuwe UAR', *Tijdschrift Bouwrecht* 2004-10.

9. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht*, derde druk, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 302.

noodzaak van aanpassing van de plannen. Zo is niet altijd zeker of na het doorlopen van de planologische procedure en de eventuele rechtszaken de plannen ongewijzigd blijven. Ook de eventuele noodzaak tot verwerving van gronden en de gesteldheid van de gronden in het gebied kunnen leiden tot aanpassing. Onteigening is uiteraard niet altijd wenselijk of (financieel) mogelijk zodat plannen soms moeten worden aangepast vanwege de grondposities. Met name in deze economische tijd blijkt dat afzetonzekerheid zich toch ook voordoet als het vastgoed betreft. Ook wijzigingen in de markt leiden tot herontwikkeling.

Deze omstandigheden kunnen zich voordoen gedurende elke fase van het planontwikkelingsproces en aldus ook nadat de publieke partij via een selectieprocedure de marktpartij heeft gekozen.

4.3.1. Contracteer in fasen

Het is aan te raden om met de winnaar van de selectieprocedure in fasen te contracteren. Hierdoor behoudt de publieke partij regie op de uitkomst van de planontwikkeling. Voorkomen moet worden dat de publieke partij te allen tijde verplicht is om mee te werken aan het uiteindelijke plan en de uiteindelijke financiering ervan. Juist bij gebieden waarin de realisatie en financiering van het plan in hoge mate afhankelijk zijn van andere partijen dan de geselecteerde marktpartij en de publieke partij (bijvoorbeeld bij centrumplannen en andere herstructureringen), is het raadzaam om per fase in het ontwikkelingsproces te contracteren en zodoende flexibiliteit in te bouwen. Welk soort contract met de winnaar wordt gesloten is uiteraard afhankelijk van de fase waarin de selectieprocedure is doorlopen.

4.3.2. Wanneer ontstaat er na wijziging van de uitgangspunten, opnieuw de plicht om concurrentie te organiseren?

Vanuit het aanbestedingsrecht, maar ook vanuit de algemene beginselen kan de vraag gesteld worden wanneer er van een dermate grote wijziging van de uitgangspunten en plannen sprake is, dat er opnieuw concurrentie dient te worden georganiseerd. De aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG en het Europees Verdrag bevatten geen expliciet antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een dermate grote wijziging van het 'werk' of de 'dienst', dat deze moet worden aangemerkt als een nieuwe opdracht die weer via concurrentie op de markt dient te worden gezet. De jurisprudentie biedt wel handvaten.¹⁰ Het Hof van Justitie EG geeft aan dat het in ieder geval moet gaan om 'wezenlijke wijzigingen'. Daarvan is sprake indien:

- er voorwaarden worden ingevoerd die in het stadium van een aanbestedingsprocedure zouden hebben geleid tot verruiming van de kring van gegadigden;
- er voorwaarden worden ingevoerd die zouden hebben geleid tot andersoortige gunningscriteria;
- de omvang van de opdracht die in de markt is gezet, in belangrijke mate wordt uitgebreid;
- er een niet voorziene wijziging optreedt in het economisch evenwicht ten voordele van de opdrachtnemer.

Op gebiedsontwikkeling toegepast zou hiervan bijvoorbeeld sprake zijn bij een wijziging van het (woningbouw)programma waarbij de opbrengstpotentie van het gebied wordt vergroot, zulks uiteraard met inachtneming van de daarmee samenhangende vergroting van de risico's.

Hoe daarmee nu om te gaan in geval van een selectieprocedure? Naar analogie van de concessieovereenkomst kan gesteld worden dat het risico van de uitvoering op de winnaar van de selectieprocedure overgaat. Zolang vervolgens de uitvoering binnen de in het publiek programma van eisen gestelde kaders blijft, kan ingespeeld worden op de veranderde omstandigheden. Doordat het publiek programma van eisen met al haar flexibiliteit in het kader van de selectieprocedure onderwerp is geweest van concurrentie, levert het gebruikmaken van die ruimte geen wijziging van de opdracht op. De kunst is dus om het publiek programma van eisen zo op te stellen dat dit wel richting geeft aan de ontwikkeling, maar niet leidt tot een keurslijf. Dit is overigens ook goed voor het optimaal toelaten van creativiteit bij de planontwikkeling. Juist dit blijkt bij het opzetten van een selectieprocedure de grootste uitdaging: bestuur en politiek vinden het lastig om een meer outputgerichte vraag op te stellen. Al snel verzanden deskundige ambtenaren en partijpolitiek gevoelige besturen in het voorschrijven van de kleinste details.

De noodzaak tot planaanpassing kan overigens verkleind worden door hetzij de selectieprocedure in een later stadium van de planvorming te laten plaatsvinden, hetzij door de procedure van concurrentiegericht dialoog te volgen. In beide gevallen kan het aantal variabelen door nadere planontwikkeling worden beperkt.

5. Conclusie

Een goede selectieprocedure start met een goede ontwikkelingsstrategie. Aldus: eerst nadenken, dan selecteren. Er zijn diverse selectiemethoden, te kiezen afhankelijk van de fase waarin de planontwikkeling zich bevindt. De beginselen uit het Europees Verdrag zijn op het handelen van een publieke partij binnen elke selectieprocedure van toepassing, ook als er geen plicht is tot het volgen van een Europese aanbestedingsprocedure. Indien sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, dan zijn daarnaast ook de specifieke aanbestedingsregels van toepassing op het organiseren van concurrentie. Dit alles biedt de kans om voor een gebiedsontwikkeling op een juiste wijze concurrentie te organiseren. De procedures uit het Bao zijn beproefd en bieden een waarborg dat de concurrentie met een juiste inachtneming van de Europese beginselen wordt georganiseerd. Deze regels bieden een goede structuur voor het organiseren van concurrentie en rechtszekerheid voor de deelnemers. Waarom het wel opnieuw uitvinden in zelf opgestelde procedures? De Nederlandse context van gebiedsontwikkeling levert wel enkele specifieke aandachtspunten op bij de toepassing van die procedures, maar 'who's afraid of Europe?'

10. Zie onder meer de uitspraak HvJ EG 19 juni 2008, *Tijdschrift Bouwrecht* 2009-1, m.nt. E.E. Zeelenberg.