

Het woningtekort in Europees aanbestedingsperspectief

Prof. mr. P.H.L.M. Kuypers¹

1 Inleiding en oplossing

Één van de stellingen bij de verdediging van mijn proefschrift in februari 2008 was: *‘De inpoldering van de Markerwaard lost in één keer veel problemen op en is daarom het overwegen (en een ‘marker’) waard.’*² Desgevraagd heb ik ten tijde van de verdediging toegelicht dat het tekort aan woonruimte in de Randstad en in het bijzonder in de regio Amsterdam zo evident is, dat inpoldering in één keer veel vierkante meters bouwgrond zou opleveren zonder dat grondeigenaren - veelal boeren - moeten worden onteigend met alle kosten van dien. De dijken zijn bovendien al grotendeels aanwezig. Gecombineerd met de ervaring die Nederland heeft met inpolderen (en inmiddels ook ontpolderen) een serieuze oplossing. De Markerwaard ligt bovendien zeer centraal, zodat de locatie (belangrijk in het vastgoed) ideaal is. De stelling vond ik destijds goed te verdedigen en is nog steeds een oplossing waarmee in één klap veel woningbouw zou kunnen worden gerealiseerd. Inmiddels is de mogelijkheid weer terug op de agenda.³ Niet alleen om te bouwen, maar ook om te gebruiken als compensatie ruimte voor personen die elders grond moeten in leveren voor woningbouw of natuur. De taart wordt met het inpolderen van de Markerwaard groter in plaats van het in een dichtbevolkt land steeds moeten strijden om ruimte ten koste van een ander of de natuur.

Deze maatregel voldoet echter niet helemaal aan de eisen van de redactie: weliswaar een concrete maatregel die zou leiden tot een gedeeltelijke oplossing van het woningtekort in de Randstad, maar het idee mag geen theoretisch vergezicht zijn dat feitelijk onuitvoerbaar is. Op dit moment - ondanks de herleving van de belangstelling voor het idee - bestaat helaas geen politiek draagvlak voor dit idee. Daarmee klasseer ik het inpolderen van de Markerwaard als een vergezicht, hoewel deze inpoldering nog steeds een mooie oplossing zou kunnen zijn voor het woningtekort voor het gedeelte van Nederland met het grootste woningtekort.

Deze bijdrage aan de bundel gaat over het gebruik van de concessie voor werken als middel om de woningbouwopgave te versnellen. Nieuw is de concessie voor het ver-

1 Pieter Kuypers is partner en advocaat bij AKD en tevens hoogleraar Europees en nationaal aanbestedingsrecht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

2 P.H.L.M. Kuypers, Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Kluwer, 2008, 10^e stelling.

3 <www.vastgoedbs.nl/nieuws/bouwen-kleine-huizenprojecten-markermeer-toch-weer-bespreikbaar/> en <fd.nl/economie/1423293/het-gaat-weer-over-bouwen-in-het-markermeer>.

snellen van de bouw van werken niet. De concessie voor werken kent een lange traditie en is een rechtsfiguur die al lang voorkomt in het Nederlandse recht.⁴ De concessie is dan ook veel ouder dan de aanbestedingsregels in Nederland. Het bekendste voorbeeld van het gebruik in Nederland van de concessie zijn de concessie die aan spoorwegmaatschappijen werden verleend om spoorwegen aan te exploiteren.⁵ Dat betrof echter alleen de exploitatie en niet de aanleg van de infrastructuur. De concessie is daarmee één van de oudste voorbeelden van alternatieve financiering en een bijzondere vorm van publiek-private samenwerking. Opvallend: de concessie voor werken is in het verleden met succes gebruikt om te komen tot de realisatie van grote infrastructurele opgaven: de autosnelwegen in Frankrijk, Spanje en Italië zijn grotendeels tot stand gekomen op basis van concessies voor werken.

De redactie heeft me gevraagd om een oplossing te schetsen vanuit EU aanbestedingsperspectief die tot een oplossing leidt voor het centrale probleem: een tekort aan woningen. En het spiegelbeeld daarvan: de daaruit voortvloeiende woningbouwopgave. In deze bijdrage staat centraal een grotere toepassing van openbare concessies voor werken: door meer woningen te bouwen met gebruikmaking van een concessie voor werken, kunnen sneller meer woningen, ook in het middensegment worden gebouwd. Eerst zal ik nu bespreken wat een concessie voor werken is en welk juridisch kader van toepassing is. Daarna zullen de voordelen van het gebruik van de concessie aan bod komen.

De concessie van werken is niet steeds een middel ter bevordering van de woningbouwopgave. Deze bijdrage over de concessie is geschreven vanuit het perspectief dat een aanbestedende dienst opdrachtgever is en de openbare concessie een geraamde waarde heeft boven de Europese drempelwaarde. Veelal zal dat in de Nederlandse situatie een gemeente of samenwerkingsverband van gemeenten zijn, omdat zij vaak over grondposities beschikken die door een concessie kunnen worden geëxploiteerd. Anders speelt het Europese aanbestedingsrecht immers geen rol, hoewel de regels voor verlening van openbare concessies wellicht ook een zekere reflexwerking hebben op private aanbestedingen van concessies. Dat neemt niet weg dat ook private eigenaren het middel van concessie kunnen gebruiken om door middel van een concessie woningen te doen bouwen.⁶

2 Juridisch kader concessie voor werken

Bij een concessie van werken kent de aanbestedende dienst aan de concessiehouder het recht toe om een werk 'uit te baten', in voorkomend geval tegen vergoeding⁷, in ruil voor de verplichting van de concessiehouder tot het oprichten van het werk, of het

4 P.H.L.M. Kuypers en M. de Wit, De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht, *TBR* 2018/72, par. 1.

5 <nl.wikipedia.org/wiki/Maatschappij_tot_Exploitatie_van_Staatsspoorwegen>.

6 Rb. Oost-Brabant 11 maart 2015, (Woonbedrijf SWS-HHVL),

ECLI:NL:RBOBR:2015:1327 kent een interessant voorbeeld van een private aanbesteding. Hoewel niet geheel duidelijk heeft in die zaak de opdracht echter meer weg van een overheidsopdracht dan van een concessie.

7 Deze vergoeding kan zowel positief als negatief zijn, dat wil zeggen bij een concessie van werken is zowel een vergoeding door de aanbestedende dienst mogelijk als een betaling aan de aanbestedende dienst.

ontwerpen en het oprichten van het werk, danwel het doen uitvoeren van het werk op welke wijze dan ook. De maximale duur van de concessie moet op voorhand vastliggen en is in beginsel 5 jaren. Klassieke voorbeelden zijn zwembaden, parkeergarages, tunnels, autosnelwegen (met tol), recreatieplaatsen, havens. Echter ook de exploitatie van onroerend goed dat een woonbestemming heeft, valt er onder.

Een concessie voor werken is in Richtlijn 2014/23/EU, ook genaamd: 'de Concessierichtlijn' gedefinieerd als:

een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling;

Daarmee de definitie in artikel 5 lid 1 sub a Concessierichtlijn leidend. Uit deze bepaling blijkt dat voor een concessie van werken kenmerkend is de overdracht aan de concessiehouder van het operationeel risico van economische aard dat inherent is aan de exploitatie van de werken.⁸ Dat exploitatierisico kan zowel op het vraag- als het aanbodrisico (of beide) betrekking hebben. Kortom, de kern is dat voor de concessiehouder (van het werk) de mogelijkheid bestaat dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden zijn investering zal terugverdienen, zelfs indien een deel van het risico bij de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie blijft berusten. De EU wetgever heeft benadrukt dat '*het exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop de partijen geen enkele invloed hebben*'.⁹ Hiermee heeft de Concessierichtlijn willen verduidelijken dat het exploitatierisico niet bestaat uit factoren die samenhangen met slechte bedrijfsvoering of een slecht beheer van de concessie. Bij een concessie meer dan bij een overheidsopdracht doet de aanbestedende dienst een beroep op het ondernemerschap van de concessiehouder.

Belangrijk vanuit het perspectief van de concessiegever is dat hij het operationeel risico zo vorm geeft dat onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die de concessiehouder heeft gemaakt (c.q. zal maken) bij het exploiteren van de werken, die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen mag zijn.¹⁰ De concessie van werken mag zijn gereguleerd (wat bij woningbouw goed voorstelbaar is), maar het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken zijn gemaakt, dient af te hangen van de werkelijke vraag aangaande het werk of het aanbod verband houdende met het werk.¹¹ Onvoldoende bij concessies op het gebied van woningbouw is het exploitatierisico dat voortvloeit uit de onzekerheid die bestaat over de planologie of de

8 Considerans Richtlijn 2014/23/EU, par. 18.

9 Considerans Richtlijn 2014/23/EU, par. 20.

10 HvJEU 10 maart 2011, zaak C-274/09, Ambulancevervoer Passau, r.o. 37.

11 Considerans Richtlijn 2014/23/EU, par. 19.

planologische bevoegdheden van de aanbestedende dienst (als de aanbestedende dienst ook het bevoegd gezag is).¹² Uit de woorden 'van economische aard' in alinea 18 van de Concessierichtlijn moet worden geconcludeerd dat ook onder de Concessierichtlijn planologische onzekerheden of risico's niet behoren tot het exploitatierisico zoals bedoeld in artikel 5 lid 1 sub a Concessierichtlijn.

Het feit dat het exploitatierisico door de overheid of de aanbestedende dienst van meet af aan beperkt is, hoeft niet te beletten dat de overeenkomst als een concessie voor werken wordt aangemerkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien het operationeel risico beperkt is door contractuele afspraken die voorzien in gedeeltelijke compensatie, waaronder compensatie in geval van vroegtijdige beëindiging van de concessie om redenen die zijn toe te schrijven aan de aanbestedende dienst. Bijvoorbeeld bij niet tijdige oplevering van woningen of exploitatie, mag de aanbestedende dienst de concessie beëindigen en daarbij een vergoeding aan de concessiehouder betalen. Maar ook in die situatie dient een gedeelte van het risico voor rekening te blijven van de (voormalige) concessiehouder.

Bij een concessie voor werken is voorts van belang dat het exploitatierecht niet voortvloeit uit de eigendom. De aanbestedende dienst kan normalerwijze alleen het exploitatierecht overdragen, indien het exploitatierecht zijn oorsprong vindt in de eigendom of een beperkt zakelijk recht van de aanbestedende dienst.¹³ Bij ontwikkelovereenkomsten wordt vaak de eigendom van de gronden overgedragen aan de aannemer. Dat is niet te verenigen met de aard van een concessie. Bij het realiseren van de woningopgave door concessieverlening zal een aanbestedende dienst daarom al gauw de oplossing moeten vinden in bijvoorbeeld de verlening van een recht van erfpacht.¹⁴

Met deze definitie onderscheidt de concessie van werken zich van de overheidsopdracht van werken, die bij ontwikkelingen van woningbouw vaak wordt gebruikt. Van een overheidsopdracht voor werken is sprake, indien er (i) een schriftelijke overeenkomst is die (ii) onder bezwarende titel wordt gesloten (iii) tussen de aanbestedende dienst en een aannemer en (iv) die betrekking heeft op (het ontwerp en) de uitvoering van een werk conform de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed heeft op het soort werk en het ontwerp daarvan.¹⁵ De opdrachtnemer bij een overheidsopdracht realiseert dus een werk een tegen vergoeding, terwijl de concessiehouder de werken exploiteert, beheert en het eraan verbonden exploitatierisico daadwerkelijk op zich neemt. Er is daarom geen sprake van een concessieovereenkomst voor werken, als er geen economisch risico verbandhoudende met de exploitatie voor de concessiehouder bestaat. Als beide definities derhalve naast elkaar worden gelegd is de tegenprestatie bij een overheidsopdracht de betaling (bezwarende titel) en bij een concessie het recht het werk te exploiteren.¹⁶ De grenslijn tussen overheidsopdracht en concessie voor werken

12 HvJEU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Helmut Muller), ECLI:EU:C:2010:168.

13 HvJEU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168.

14 J.M. Hebly, Concessie en aanbesteding in gemeentelijk perspectief, *Gst.* 2003, 69.

15 Artikel 1.1 Aw 2012.

16 P.H.L.M. Kuypers en M. de Wit, De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht, *TBR* 2018/72, par. 2.

zal in de praktijk mogelijk dun zijn, zoals blijkt uit het Helmut Müller arrest.¹⁷ Verkoopt een aanbestedende dienst grond (gronduitgifte) en stelt de aanbestedende dienst eisen aan de woningen (grootte, type, prijsklasse, etc), dan kan sprake zijn van een overheidsopdracht voor werken.¹⁸ Een dergelijke opdracht zou ook vorm kunnen worden gegeven als een concessie: de aanbestedende dienst draagt eigendom niet over, maar verleent een exploitatierecht (bv gecombineerd met een beperkt zakelijk recht) om woningen te bouwen. Eventueel kan de aanbestedende dienst aan het einde van de concessie een optie tot koop opnemen. Vaak vloeit bij woningbouw het rechtstreeks economisch belang voort uit de inrichting en aanleg van het openbaar gebied. Bij een concessie zal zich dat niet gauw voordoen en verschilt daarmee in dit opzicht van een overheidsopdracht: de exploitatie zal vooral gelegen zijn in de bouw en/of exploitatie van woningen. Het openbaar gebied zal vanuit het perspectief louter een kostenpost zijn die bekostigd moet worden door de opbrengsten uit de woningbouw.

Op grond van het Helmut Müller arrest is voor het bestaan van een overheidsopdracht voor werken (en meer specifiek de vraag of sprake is van een bezwarende titel) vereist dat de overeenkomst strekt tot een prestatie van de aannemer in ruil voor een tegenprestatie van de aanbestedende dienst en aan de volgende criteria is voldaan:¹⁹

1. Er rust een afdwingbare prestatieplicht op de aannemer (de 'bouwplicht');
2. de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben bij het werk; en
3. de aanbestedende dienst stelt eisen aan het werk die verder gaan dan de regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw.

Deze criteria zijn cumulatief. Als niet wordt voldaan aan een van deze criteria, is er dus geen sprake van een overheidsopdracht voor werken. In dat geval geldt er dus geen aanbestedingsplicht. Bij een concessie zullen deze eisen ook aan de orde zijn: de prestatie van de concessiehouder moet afdwingbaar zijn, de aanbestedende dienst zal uiteindelijk economisch moeten profiteren van de exploitatie en in de concessieovereenkomst moeten voorwaarden zijn gesteld die afwijken van de normale, algemene publiekrechtelijke eisen. De aanbestedende dienst moet een beslissende invloed hebben op het werk of het ontwerp van het werk.²⁰

3 Concessie van werken: bijdrage woningbouwopgave

Waarom kan de concessie van werken positief bijdragen aan de woningbouwopgave? De concessie van werken zal naar mijn mening ontwikkeling en bouw van woningen kunnen versnellen, omdat een concessie van werken - kort gezegd - meer dan de klassieke overheidsopdracht voor werken betere financiële en contractuele prikkels biedt aan ondernemingen om te werken aan woningopgave en deze ook met tempo te realiseren.

17 HvJEU 25 maart 2010, zaak C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168.

18 Bijvoorbeeld Rb Rotterdam 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:7123, *JAAN* 2021, 150.

19 HvJEU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:C:2010:168. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

20 HvJEU 22 april 2021, zaak C-537/19 (Wiener Wohnen), ECLI:EU:C:2021:319, r.o. 50 - 53.

Ten eerste biedt een concessie meer dan een overheidsopdracht voor werken financiële prikkels om te bouwen, omdat een concessie voor werken niet alleen een prikkel geeft de kosten te bewaken (aanbodzijde van de concessie), maar ook te bouwen en exploiteren met een positieve marge (of in ieder geval 'break even'). De ondernemer zal dus ook sturen op haalbaarheid en verkoopbaarheid van de woningen en tegelijkertijd bezien op welke wijze de marge kan worden behaald door het bewaken van kosten. Die marge is namelijk het spiegelbeeld van het exploitatierisico dat de aannemer of ontwikkelaar neemt. Daardoor zal de concessiehouder bij de exploitatie sturen op omzet (inkomsten) en kosten teneinde zijn winst te bewaken. Bij een concessie bestaat daarom een grotere prikkel om het aanbod af te stemmen op de vraag meer dan bij een overheidsopdracht gecombineerd met een bewaking van kosten. Daarom zullen aanbestedende diensten vaak prijzen naar derden (in het kader van de exploitatie) plafonneren. De aanbestedende dienst zal daarbij in het kader van de concessie beperkingen opleggen aan de concessiehouder, bijvoorbeeld aan de maximale canon, huur- of koopprijs. Daarbij kan de concessiehouder bijvoorbeeld ook de vrijheid worden gelaten om de eindgebruiker te laten kiezen tussen erfpacht, huur of koop. De concessiegever mag deze keuzevrijheid door beperken of quota voor erfpacht, huur of koop introduceren. Bij het voldoen aan de woningbouwopgave lijken een quotering en maximum prijzen onvermijdelijk om te voorkomen dat de concessiehouder alleen bouwt of verhuurt ten behoeve van de hogere inkomensgroepen.

Tegelijkertijd is de concessiegever op zijn beurt grotendeels van een exploitatierisico verlost met uitzondering van het exploitatierisico dat samenhangt met de planologie. Het exploitatierisico gaat immers over op de concessiehouder die kostendekkend c.q. winstgevend zal moeten exploiteren. Zeker bij grote gemeentelijke grondposities kan het wenselijk zijn het exploitatierisico te verminderen c.q. te delen met de ondernemingen die de concessies verwerven. De concessiegever kan naast het planologisch kader bij concessies voor werken veel sterker sturen op hoofdlijnen. Een concessiegever zal immers niet in detail kunnen bepalen wat de concessiehouder moet doen. Dat past goed bij een rol van de overheid als regisseur die het publieke belang van voldoende woningen bewaakt. Met een concessie zal meer marktwerking worden ingevoerd om het bouwvolume te bevorderen, terwijl anderzijds de overheid toch kan sturen via de voorwaarden voor de concessie voor werken. Voordeel van openbare concessies lijkt te zijn dat de overheid regievoerder kan zijn en zijn privaot- en publiekrechtelijke instrumentarium kan gebruiken. De markt zal maximaal creatief moeten zijn binnen de grenzen van de concessie om de concessie te verwerven, zodat op die wijze beiden een rol hebben. Een nadeel is de keerzijde: de overheid kan bij een concessie voor werken minder gedetailleerd sturen dan bij overheidsopdrachten.

Daarnaast zal de markt mogelijk de risico's van de exploitatie te groot vinden, omdat de economische risico's meer bij de markt komen te liggen (dan normaal), omdat bijvoorbeeld ook de exploitatie van het vastgoed door private partijen moet plaatsvinden. Meer nog dan bij overheidsopdrachten is daarom een goede marktconsultatie hard nodig: de aanbestedende dienst zal de bedrijfsvoering en het exploitatierisico goed moeten begrijpen en waarderen om te komen tot een uitvraag met een reëel exploitatierisico. Het ontbreken van een bepaling over marktconsultatie in de concessierichtlijn, dient geen

aanwijzing te zijn om de marktconsultatie achterwege te laten.²¹ In de marktconsultatie zullen bij een concessie betreffende woningbouw in ieder geval de exploitatiemodellen, risico's van wijzigende marktomstandigheden, financiering (inclusief de kasstromen), risicobeheersing, planologie (en de vereiste wijzigingen), planning, uitvoering en contractmanagement aan de orde moeten komen. Naar analogie van artikel 40 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU zal de marktconsultatie niet mogen leiden tot vervalsing van de mededinging en geen aanleiding mogen geven tot schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie. Het is daarom aan te raden de marktconsultatie vooral door één op één gesprekken te houden.

Een volgend voordeel van de concessie is de afdwingbaarheid. In ontwikkelovereenkomsten pleegt regelmatig geen bouwplicht te worden opgenomen. Daardoor wordt in veel gevallen een aanbestedingsplicht voor het bouw- en woonrijp maken (van het openbaar gebied) voorkomen. Hiermee trachten aanbestedende diensten in feite de aanbestedingsplicht te omzeilen bij de bouw van openbare infrastructuur. Het gevolg is dat het bouwtempo bij woningbouw wordt bepaald door de aannemer die op zijn beurt het tempo zal laten afhangen van de vraag tegen een door hem gestelde prijs en andere voorwaarden. Bij een concessie is een exploitatieplicht kenmerkend voor de concessie en kan deze verplichting bij vastgoed ertoe leiden dat sprake is van een concessie.²²

Een verder voordeel van de concessie zijn de ruime procedurele mogelijkheden die de Concessierichtlijn biedt. De openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedures zijn niet de voorgeschreven, maar wel de gebruikelijke procedures bij concessieovereenkomsten voor werken. De concessiegever (vaak de gemeente in geval van een concessie voor werken) is vrij in zijn keuze van de meest geschikte aanbestedingsprocedure voor de verlening van concessies voor werken, en zal met name vaak een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking volgen. Dat volgt uit artikel 30 lid 1 Concessierichtlijn. Daarmee creëert de aanbestedende dienst over een soepeler regime om te komen tot een goede vormgeving van de concessie dan bij de 'traditionele' procedures van de artikelen 27 e.v. Richtlijn 2014/24/EU. Wel dient een aantal procedurele waarborgen dat in acht te worden genomen (artikel 37 Concessierichtlijn). Zo moet de aanbestedende dienst in de aankondiging van de concessie een duidelijke omschrijving van de gunningscriteria geven. Ook mag het aantal inschrijvers worden ingeperkt, mits hierbij de beginselen van transparantie en objectiviteit in acht worden genomen. Overige procedurevoorschriften bij de aanbesteding van concessies zijn beperkt: inachtneming van minimuminschrijvingstermijnen (artikel 39 Concessierichtlijn) en de algemene beginselen omschreven van artikel 3 Concessierichtlijn: non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit.²³

Voorts zal in vergelijking met een overheidsopdracht een kleinere rol zijn weggelegd voor de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel van de financiële risico's van de uitvoering

21 Artikel 40 Richtlijn 2014/24/EU kent voor overheidsopdrachten een aanbeveling tot het houden van een marktconsultatie.

22 F. van Westrhenen en M.W.J. Jongmans, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, april 2020, p. 100.

23 Wederzijdse erkenning dient daar op grond van alinea 4 van de considerans aan te worden toegevoegd.

van de concessie. Voorschrift 3.9 A Gids Proportionaliteit voorziet dat de aanbestedende dienst het risico van de uitvoering van de opdracht alloceert bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden, de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risico-afweging moeten onder meer worden betrokken: de kans dat een risico zich verwezenlijkt, de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt, verzekeraarbaarheid en de voorzienbaarheid van een risico. Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet is volgens de Gids Proportionaliteit eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten. Bij een concessie voor werken heeft de concessiegever minder sturingsmogelijkheden en is een groter financieel risico inherent aan de economische exploitatie door de concessiehouder. Het beheersen van de financiële risico's zal primair de taak zijn van de concessiehouder. Geen verschil zal daarentegen bestaan ten aanzien van de toetsing van de geschiktheid van de concessiehouder, omdat de onderneming van de concessiehouder vanwege de exploitatie van groot belang is.²⁴ Juist bij een concessie voor werken zal het vaak gaan om lange termijn relaties waarbij de persoon en de financiële situatie van de concessiehouder belangrijk is. Hetzelfde geldt voor de evenredigheidsstoetsing van een zekerheidsstelling op grond van Voorschrift 3.5D, omdat bijvoorbeeld een deconfiture van de concessiehouder in de regel zal betekenen dat de exploitatie wordt gestaakt. De concessiegever zal dan tijdens de looptijd van de concessie op kunnen draaien voor de kosten van de beëindiging en de aanbesteding van een nieuwe concessie.

Een volgend voordeel van de concessie kan zijn dat sommige huurovereenkomsten betreffende wooncomplexen of vastgoedontwikkelingen op een goede wijze in de markt worden gezet. Weliswaar zal vaak naar Nederlands recht sprake zijn van een koop- of huurovereenkomst, maar op basis van het EU recht is de nationale duiding niet beslissend. De overeenkomst dient los daarvan te worden gekwalificeerd naar EU recht en daarmee ook getoetst aan de regels over aanbesteding van concessies.²⁵ Weliswaar zijn huurovereenkomsten op grond van artikel 2.24 sub b Aw 2012 (overheidsopdrachten) en 2a.16 Aw 2012 (concessies) uitgezonderd, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, maar deze uitzondering lijkt vooral betrekking te hebben op kale grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of de beperkte zakelijke rechten hierop. Niettemin heeft het Hof van Justitie overwogen dat een huurovereenkomst van vastgoed aanbestedingsplichtig kan zijn, omdat uiteindelijk een functionele uitleg doorslaggevend is.²⁶ Kort gezegd heeft het 'verpakken' in een huurovereenkomst van een overeenkomst om werken te realiseren niet het effect dat de overeenkomst niet aanbestedingsplichtig is.²⁷ In het kader van de woningbouwopgave zal vooral beslissend zijn welke concessie gerelateerde eisen de aanbestedende dienst stelt aan de ontwikkeling. Zal de aanbestedende diensten louter exploitatierechten verlenen ten aanzien van bestaande opstallen en gelden slechts algemene eisen die samenhangen met de huur, dan zal geen aanbeste-

24 Voorschrift 3.5B Gids Proportionaliteit, p. 42.

25 A.B.B. Gelderman, L.J. Vermeulen, Waarom ook huurovereenkomsten aanbestedingsplichtig kunnen zijn, *TBR* 2019/64, par. 3.

26 HvJEG 18 januari 2007, zaak C-220/05 (Jean Auroux), ECLI:EU:C:2007:31, r.o. 37 en HvJEG 29 oktober 2009, zaak C-536/07 (Kölner Messe), ECLI:EU:C:2009:664, r.o. 56.

27 F. van Westrhenen en M.W.J. Jongmans, Huurrechtven aanbestedingsrecht, when two worlds collide, *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, april 2020, p. 98.

dingsplicht bestaan.²⁸ Gaan de bepalingen verder, bijvoorbeeld door eisen te stellen aan de hoogte van de huur, een exploitatieplicht, de categorie huurders, etc, dan zal al gauw sprake zijn van een overheidsopdracht of concessie.²⁹

Voorzover de aanbestedende dienst krap bij kas is, kan voorts een concessie voor werken een voordeel zijn doordat geen grote uitgaven voor de investering ten laste van de overheidskas hoeft plaats te vinden. Bij een concessie voor werken zal de investering in de werken meestal hoofdzakelijk plaatsvinden door de concessiehouder. De concessiegever die investeringen in het werk wil faciliteren, zal in de regel de vergoeding voor de concessie in tijd spreiden en bijvoorbeeld op basis van het gereed komen van woningen (op basis van tevoren afgesproken deadlines) eventuele betalingen verlangen. Daarmee wordt een liquiditeitsgat voor de concessiehouder voorkomen of beperkt.

Tenslotte is een concessie voor werken een goede wijze om geen nadeel te ondervinden van het Didam arrest.³⁰ De Concessierichtlijn en de rechtspraak HvJEU kleuren al in wat de aanbestedende dienst moet doen als hij de concessie verband houdende met woningbouw in de markt zet en welk wettelijk raamwerk van toepassing is. De meer of minder abstracte eisen die uit het Didam arrest voortvloeien heeft de Concessierichtlijn ingevuld. De randen van het aanbestedingsrecht zijn niet zo rafelig als de woningbouwopgave wordt ingevuld als een concessie: dezelfde algemene Verdragsbeginselen zijn van toepassing als bij schaarse rechten, terwijl een concessie voor werken meer mogelijkheden biedt voor verdere vormgeving van de woningbouwopgave en de uitvoering van de opgave tot woningbouw.

4 Conclusie

In Nederland wordt in tegenstelling andere EU lidstaten tot nu toe weinig gebruik gemaakt van de concessie voor werken.³¹ In deze bijdrage zijn de voordelen aan bod gekomen om bij de woningbouwopgave vaker gebruik te maken van de concessie voor werken. In feite is concessieverlening voor werken een tussenvorm tussen privatisering en het uitvoeren in eigen beheer.³² Het exploitatierisico ligt bij de partij die daar het beste mee kan omgaan: de ondernemer. Bovendien is bij de huidige woningmarkt het exploitatierisico in die zin beperkt: er is de komende jaren een tekort aan nieuwe woningen. Voorts is de concessie voor werken een juridische figuur die goed past bij de woningbouwopgave, omdat de regie bij de concessiehouder blijft. Daardoor ontstaat een publiek - private samenwerking waarbij binnen het gedegen juridisch kader van de Concessierichtlijn iedere partij die betrokken is bij de woningbouwopgave een eigen verantwoordelijkheid heeft die passend is bij zijn rol.

28 Considerans Concessierichtlijn, alinea 15.

29 Bijvoorbeeld Rb. Noord Nederland 10 juli 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2661 in verband met de exploitatieplicht van een parkeergarage.

30 HR 26 november 2011, ECLI:NL:HR:2021:1778.

31 P.H.L.M. Kuypers en M. de Wit, De concessie in het Nederlandse aanbestedingsrecht, *TBR* 2018/72.

32 Vgl J.M. Hebly, Concessie en aanbesteding in gemeentelijk perspectief, *Gst.* 2003, 69.