

ECLI:NL:RBARN:2010:BL2848

Instantie	Rechtbank Arnhem
Datum uitspraak	25-01-2010
Datum publicatie	08-02-2010
Zaaknummer	194060
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Kort geding
Inhoudsindicatie	Aanbestedingszaak. Bouw van de onderhavige parkeergarage is een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Vordering om de gemeente te verbieden een overeenkomst aan te gaan met derden, zolang voor de opdracht geen Europese aanbestedingsprocedure ex art. 28 Bao is gevolgd, wordt toegewezen.
Wetsverwijzingen	Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2010, 125 RVR 2010, 52 Jurisprudentie gebieds- en projectontwikkelingspraktijk 2010/2.10 JAAN 2010/9

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK ARNHEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 194060 / KG ZA 09-857

Vonnis in kort geding van 25 januari 2010

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

P1 HOLDING B.V.,

statutair gevestigd te Rijswijk,

kantoorhoudende te s-Gravenhage,

eiseres,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon,

GEMEENTE EDE,

zetelend en kantoorhoudende te Ede,

gedaagde,

advocaten mr. J.M. Hebly en mr. P. Heijnsbroek te Rotterdam.

Partijen zullen hierna P1 en de gemeente genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van P1
- de pleitnota van de gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. P1 is een vennootschap die zich bezighoudt met de realisatie, exploitatie en het beheer van parkeerterreinen en parkeergarages.

2.2. Nova Gelriae B.V. (hierna: Nova Gelriae), projectontwikkelaar, is eigenaar van een braakliggend terrein gelegen in het zuid-oosten van het centrumgebied van Ede (hierna: het Gelria-terrein). De gemeente is eigenaar van een stuk grond gelegen naast het Gelria-terrein.

Nova Gelriae wil op haar terrein een woon-/winkelcomplex realiseren met ondergrondse parkeerplaatsen. In 2007 heeft de gemeente contact opgenomen met Nova Gelriae teneinde mogelijk een grotere parkeergarage te kunnen realiseren.

2.3. De gemeente heeft op 10 november 2009 een persbericht doen uitgaan, waarin onder meer was opgenomen:

Start ontwikkeling Gelriaterrein en bouw parkeergarage De Halte

Het college van burgemeester en wethouders heeft definitief ingestemd met de ontwikkeling van het Gelriaterrein, aan de zuidzijde van Ede-centrum. Dit betekent ondermeer dat een ondergrondse parkeergarage wordt gebouwd. Daarboven komen winkels en appartementen. ()

Parkeergarage

De ondergrondse parkeergarage is bedoeld voor bezoekers van het centrum van Ede en biedt ruimte voor 230 autos. De bewoners van de te bouwen appartementen hoeven hier geen gebruik van te maken. Zij krijgen parkeerruimte op het dak van de nieuwe winkels. ()

Parkeerbedrijf

De nieuwe parkeergarage wordt op termijn ondergebracht in een nieuw op te richten Parkeerbedrijf. In deze BV Parkeren Ede Centrum zijn de gemeente Ede en het bedrijf Q Park gezamenlijk eigenaar. Daarbij krijgen ze ieder voor 50% stemrecht en delen ze de opbrengsten ook met elk 50%. Ook de

parkeergarages Achterdoelen en Markt gaan straks onderdeel uitmaken van dit nieuwe parkeerbedrijf. Dit betekent dat de gemeente voor de helft eigenaar wordt van de drie parkeergarages in het Centrum. De gemeente blijft de parkeertarieven en het parkeerbeleid bepalen. De exploitatie en het beheer wordt door Q Park gedaan, waarbij de opbrengst gelijk verdeeld wordt. De oprichting van het Parkeerbedrijf is op dit moment een principebesluit, dat in de komende periode verder wordt uitgewerkt.

Besluit

Dit voorstel wordt in de raadscommissie van 3 december 2009 behandeld. Op 17 december neemt de gemeenteraad haar besluit hierover.

2.4. Op 17 december 2009 heeft de gemeenteraad ingestemd met het voorstel van het college van burgemeester en wethouders. In het raadsvoorstel is onder meer het volgende opgenomen:

Beslispunten

1. afronding deelproject Gelriaterrein

realisering parkeervoorziening De Halte en sanering, grondtransactie NS Vastgoed en herinrichting voetgangersgebied De Halte;

2. samenwerkingmodel gebouwde parkeervoorzieningen Ede Centrum

onderzoek samenwerkingsmodellen, nadere uitwerking oprichting B.V.

Nadere toelichting beslispunten

1.1. Realisatieovereenkomst

Instemmen met de realisatieovereenkomst voor het deelproject Gelriaterrein, waardoor de gewenste afronding van de zuidkant van het Centrumplan Ede kan worden gerealiseerd. Onderdeel van deze overeenkomst is dat Nova Gelriae, in opdracht van de Gemeente Ede, voor een vaste, niet verrekenbare aanneemsom van circa 4.300.000,-- (exclusief BTW) het "casco-plus" van de ondergrondse parkeergarage realiseert. ()

1.2. Krediet voor realisatie parkeervoorziening de Halte

In te stemmen met beschikbaar stellen van een krediet van 5.300.000,-- (exclusief BTW) voor de realisering van de parkeervoorzieningen De Halte. Uit dit krediet worden de aanneemsom van het "casco-plus" van de parkeergarage (circa 4.300.000,--, exclusief BTW), de kosten voor de inrichting van de parkeergarage (zoals bewegwijzering, parkeerapparatuur, vloercoating, etc.) en de kosten voor de inrichting van het maaiveldparkeerterrein betaald. Laatstgenoemde kosten worden geraamd op circa 1.000.000,-- (exclusief BTW). Om kwalitatieve en financiële redenen is gekozen om de inrichting van de parkeergarage en het maaiveld te zijner tijd afzonderlijk aan te besteden bij daartoe gespecialiseerde bedrijven. ()

2.1. Uitwerken samenwerkingsmodel Parkeren Ede Centrum

In te stemmen met de nadere uitwerking van de B.V. Parkeren Ede Centrum waarin het eigendom, de exploitatie en het beheer van de gebouwde voorzieningen in Ede Centrum (model E) worden ondergebracht. Uitgangspunten zijn dat de Gemeente Ede en Q Park gezamenlijk aandeelhouder zijn van de B.V. Parkeren Ede Centrum, waarbij ieder voor 50% stemrecht heeft en ieder 50% van het exploitatieresultaat ontvangt.

Op grond van de onderzoeksresultaten lijkt, op basis van de huidige inzichten, de keuze voor het oprichten van een B.V. Parkeren Ede Centrum (conform model E) voor de Gemeente Ede financieel en organisatorisch de beste optie. De financiële conclusie is gebaseerd op het financieel resultaat van het referentiemodel (model A).

2.2. Keuze voor model A variant

In te stemmen met het besluit dat de uitvoering van de exploitatie en het beheer van de parkeervoorziening De Halte niet door de Gemeente Ede zelf wordt uitgevoerd. ()

Inleiding

()

Ten behoeve van de realisatie van het deelproject Gelriaterrein en de sanering hebben wij met Nova Gelriae en Q Park een concept realisatieovereenkomst opgesteld. Nova Gelriae heeft te kennen gegeven in te stemmen met de concept realisatieovereenkomst. Conform de afspraken uit deze overeenkomst heeft Nova Gelriae de bouwaanvraag voor de parkeervoorziening, de winkels en de appartementen ingediend. Wij hebben op 21 oktober 2009 de bouwvergunning verstrekt.

()

Wat betreft de realisatie van het "casco-plus" van de ondergrondse parkeergarage met circa 225 parkeerplaatsen (als onderdeel van de parkeervoorziening De Halte) heeft Nova Gelriae een marktconforme aanbieding gedaan. Deze aanbieding is in opdracht van de Gemeente Ede en Q Park getoetst door een onafhankelijke kostendeskundige. Ten behoeve van de opdrachtverlening zullen wij, nadat uw raad een besluit genomen heeft, een aannemovereenkomst sluiten met Nova Gelriae.

De inrichting van de parkeergarage (zoals: bewegwijzering, parkeerapparatuur, vloercoating, etc.) evenals de inrichting van het maaiveld met circa 60 parkeerplaatsen van de openbare parkeervoorziening De Halte zullen door ons te zijner tijd afzonderlijk worden aanbesteed.

()

1.3. Krediet voor realisatie parkeervoorziening De Halte

Argumenten

Op verzoek van uw raad (VR 2006/107) hebben wij met Nova Gelriae en Q Park een plan uitgewerkt voor de parkeervoorziening De Halte. Dit plan bestaat uit een ondergrondse parkeergarage met circa 225 openbare parkeerplaatsen in een parkeergarage en circa 60 openbare parkeerplaatsen op maaiveld (zie bijlagen).

Nova Gelriae heeft een marktconforme aanbieding gedaan voor de bouw van het "casco-plus" van de parkeergarage. De vaste niet verrekenbare aanneemsom bedraagt circa 4.300.000,-- (exclusief BTW), prijspeil start bouw (1e kwartaal 2010) en inclusief afkoop prijsstijging tijdens bouw. Wat betreft de inrichting van de parkeergarage (zoals: bewegwijzering, parkeerapparatuur, vloercoating, etc.) hebben wij er voor gekozen om genoemde inrichtingselementen, na oplevering van het "casco-plus" van de parkeergarage, rechtstreeks aan te besteden aan daarvoor gespecialiseerde bedrijven. Deze keuze heeft naast kwalitatieve voordelen ook financiële omdat op deze wijze geen opslagen en staartkosten behoeven te worden betaald aan Nova Gelriae en de uitvoerend bouwondernemer. Idem hebben wij er ook voor gekozen de inrichting van het maaiveld te zijner tijd afzonderlijk aan te besteden.

()

Aanpak/uitvoering/juridische toetsing

Hoewel de ondergrondse parkeergarage één technisch en economisch geheel vormt met de daarboven gelegen winkel en appartementen, ligt de opdracht voor de realisatie van het "casco-plus" van de parkeergarage ruim onder de drempelwaarde. Zodat deze opdracht op grond van het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten ("BAO") niet aanbestedingsplichtig is. Wel dient op basis van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG te worden voldaan aan de transparantieplichting.

Publicatie van het raadsvoorstel met toelichtend persbericht en vermelding van het geplande vervolgtraject op de gemeentelijke website en vermelding in de plaatselijke media is op dit moment voldoende.

Na uw besluitvorming zullen wij een aanneemovereenkomst met Nova Gelriae sluiten.

2.1. Model E met een BV Parkeren Ede Centrum

()

Op grond van de onderzoeksresultaten komen wij, op basis van de huidige inzichten, tot de conclusie dat de keuze voor een B.V. Parkeren Ede Centrum (model E) voor de gemeente de beste optie is. ()

Letten op bovengenoemde voordelen voor de Gemeente Ede heeft de keuze voor het oprichten van de B.V. (model E) onze voorkeur, reden waarom wij uw raad voorstellen in te stemmen met het nader uitwerken van de financiële-, fiscale- en juridische aspecten van het oprichten van een B.V. Parkeren Ede Centrum. Over de resultaten van deze nadere uitwerking zullen wij u informeren.

()

2.2. Model A variant

In model A variant wordt de Gemeente Ede opdrachtgever voor de realisatie van de parkeervoorziening De Halte.

Dit is mogelijk omdat wij zijn overeengekomen dat de Gemeente Ede de rechten van Q Park inzake het eigendom en de exploitatie van de ondergrondse parkeergarage onder het eigendom van Nova Gelriae verkrijgt, indien definitief zou blijken dat het oprichten van een B.V. Parkeren Ede Centrum niet haalbaar zou zijn. Vóór de ingebruikname van de parkeervoorziening De Halte, welke volgens planning 22 maanden na start bouw zal plaatsvinden, moet deze definitieve keuze gemaakt worden.

()

In geval de parkeervoorziening De Halte in volledig gemeentelijk eigendom zou blijven, is het gewenst de exploitatie en het beheer op een professionele wijze uit te voeren en het risico van de Gemeente Ede te beperken. Om die reden achten wij het raadzaam te kiezen voor het uitgeven van een concessie, waarbij de gemeente jaarlijks een vaste (geïndexeerde) concessievergoeding ontvangt en een aanvullende vergoeding van 75% ontvangt, van het deel van het werkelijke exploitatieresultaat dat het geprognosticeerde exploitatieresultaat overstijgt.

De keuze voor model A variant geeft de Gemeente Ede een goede uitgangspositie voor de uitwerking van het vervolgtraject, waarin wij samen met Q Park de oprichting van de B.V. Parkeren Ede Centrum verder zullen uitwerken. Mocht de oprichting van de B.V. niet haalbaar blijken dan zal, afhankelijk van de hoogte van de concessievergoeding, model variant A een goed resultaat opleveren. ()

Reden waarom wij uw raad vragen om in te stemmen met het in opdracht van de Gemeente Ede realiseren van de parkeervoorziening De Halte door Nova Gelriae en de exploitatie en het beheer van de parkeervoorziening niet zelf ter hand te nemen.

Aanpak/uitvoering/juridische toetsing

De voorwaarden waaronder Q Park afziet van haar rechten, die zij met Nova Gelriae was overeengekomen, zijn vastgelegd in een separate overeenkomst. Op grond van deze overeenkomst moet voor de ingebruikname van de parkeervoorziening De Halte door Q Park en de Gemeente Ede gezamenlijk worden vastgesteld of het oprichten van een B.V. Parkeren Ede Centrum mogelijk is.

De keuze om de uitvoering van de exploitatie en het beheer van de parkeervoorziening de Halte niet zelf uit te voeren, maar om het risico bij een marktpartij te leggen betekent dat sprake is van een concessieovereenkomst. Ook het verlenen van deze concessieovereenkomst is niet aanbestedingsplichtig, maar wel moet worden voldaan aan de transparantieverplichting.

Publicatie van het raadsvoorstel met toelichtend persbericht en vermelding van het geplande vervolgtraject op de gemeentelijke website en vermelding in de plaatselijke media is op dit moment voldoende. Pas op het moment dat de keuze gemaakt wordt voor het oprichten van de B.V. Parkeren Ede Centrum (model E) dan wel dat zou blijken dat de parkeervoorziening De Halte definitief in eigendom bij de Gemeente Ede blijft, zal een advertentie geplaatst worden inzake het voornemen om voor de uitvoering van de exploitatie en het beheer een concessie uit te geven.

2.5. Bij brief van 16 november 2009 heeft de advocaat van P1 het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Ede en de gemeenteraad medegedeeld dat P1 bezwaar maakt tegen de wijze waarop is besloten dat de gemeente een overeenkomst zal aangaan met Q-Park teneinde een ondergrondse parkeergarage te realiseren en exploiteren. P1 heeft zich op het standpunt gesteld dat de gemeente de regels met betrekking tot het aanbestedingsrecht negeert en haar gevraagd te bevestigen dat het aanbestedingsrecht niet zal worden geschonden.

2.6. Bij brief van 23 november 2009 heeft het Hoofd Hoofdafdeling Ontwikkeling van de gemeente de advocaat van P1 bericht dat er geen aanleiding bestaat inhoudelijk te reageren op de brief van P1. De projectmanager Ede Centrum heeft bij brief van 25 november 2009 de advocaat van P1 bericht dat de brief in behandeling is genomen en dat erop teruggekomen zal worden.

2.7. De advocaat van P1 heeft het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Ede en de gemeenteraad bij brief van 27 november 2009 een rappel gestuurd.

2.8. Het Hoofd Hoofdafdeling Ontwikkeling van de gemeente heeft de advocaat van P1 op 3 december 2009 opnieuw bericht dat er geen aanleiding bestaat inhoudelijk te reageren op de brief van P1. Het college van burgemeester en wethouders heeft de advocaat van P1 bij brief van 4 december 2009 het volgende bericht:

Anders dan u stelt, publiceert de gemeente haar raadsvoorstellen en besluiten op haar openbaar toegankelijke website (www.ede.nl). Indien op enig moment sprake zou zijn van (een voornemen tot) verlening van een opdracht ten aanzien waarvan, zoals u het verwoordt, de markt voor mededinging moet worden geopend, zal de gemeente dit voornemen uiteraard passend bekendmaken.

De gemeente ziet dan ook geen aanleiding u of uw cliënte afzonderlijk nader te berichten omtrent enige besluitvorming c.q. opdrachtverlening.

2.9. Op 29 december 2009 heeft de gemeente in het Europese publicatieblad een aankondiging geplaatst in geval van vrijwillige transparantie vooraf, inhoudende dat een casco-plus parkeergarage De Halte met circa 225 openbare parkeerplaatsen te Ede zal worden gerealiseerd. Tevens is vermeld dat er zal worden

gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het publicatieblad van de Europese Unie, nu de opdracht valt buiten het toepassingsgebied van de richtlijn 2004/18/EG omdat de geraamde waarde van de opdracht exclusief omzetbelasting niet gelijk is aan of groter is dan het bedrag genoemd in artikel 7 onderdeel c van die richtlijn. Nova Gelriae is genoemd als ondernemer aan wie de opdracht is gegund.

3. Het geschil

3.1. P1 vordert dat voorzieningenrechter

1. de gemeente verbiedt op straffe van verbeurte van een dwangsom een overeenkomst aan te gaan met één of meer derden ter zake van de realisatie van een ondergrondse parkeergarage c.a. op het Gelriaterrein (model A variant), zolang voor de opdracht voor realisatie van de ondergrondse parkeergarage geen Europese aanbestedingsprocedure ex artikel 28 Bao is gevolgd,

2. de gemeente verbiedt op straffe van verbeurte van een dwangsom een overeenkomst aan te gaan met één of meer derden ter zake van de realisatie van een ondergrondse parkeergarage c.a. op het Gelriaterrein (model A variant) in combinatie met de verlening van het recht om deze parkeergarage voor een bepaalde periode te exploiteren, zolang voor deze concessie voor werken geen procedure ex artikel 50 Bao is gevolgd, indien en voor zover zij het beheer en/of de exploitatie van de ondergrondse parkeergarage niet zelf ter hand wil nemen,

3. de gemeente verbiedt op straffe van verbeurte van een dwangsom een overeenkomst aan te gaan met één of meerdere derden ter zake van de realisatie of exploitatie van een ondergrondse parkeergarage c.a. op het Gelriaterrein, zolang voor die overeenkomsten geen behoorlijke oproep tot mededinging heeft plaatsgevonden, door middel waarvan geïnteresseerde partijen zich kunnen melden bij de gemeente Ede om mee te dingen naar deze opdracht(en), indien en voor zover de gemeente deze werkzaamheden en/of diensten wenst uit te besteden aan een derde,

4. de gemeente verbiedt op straffe van verbeurte van een dwangsom een overeenkomst aan te gaan met een derde ter zake van het oprichten van een gemeenschappelijke onderneming in de vorm van een parkeerbedrijf naar aanleiding van een nadere uitwerking van de model E variant, niet eerder dan nadat marktpartijen daadwerkelijk in de gelegenheid zijn gesteld om mee te dingen naar deze overeenkomst, een en ander in een procedure die voldoet aan het toepasselijke aanbestedingsrecht, waaronder begrepen het Bao evenals het EG-Verdrag,

5. een andere voorziening treft die aan de redelijke belangen van P1 recht doet.

3.2. P1 legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de gemeente onrechtmatig jegens haar handelt omdat zij de regels van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht niet in acht neemt. Het werk, de bouw van een ondergrondse parkeergarage, is geraamd op een waarde van 5,3 miljoen exclusief BTW. De gemeente heeft de opdracht evenwel gesplitst in de bouw van een casco-plus parkeergarage (ten bedrage van 4,3 miljoen) enerzijds en de inrichting van de parkeergarage en de realisatie van zestig boven het maaiveld gelegen parkeerplaatsen (ten bedrage van in totaal 1 miljoen) anderzijds. Op deze wijze komen de deelopdrachten niet boven de drempelwaarde uit, zodat de gemeente niet gehouden is de werken aan te besteden. Volgens P1 dienen de waardes van de beide deelopdrachten samen te worden genomen, nu het geheel van het werk de parkeergarage één economische en technische functie zal gaan vervullen. Om die reden dienen de (deel)opdrachten Europees te worden aanbesteed.

Voor zover de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde zou liggen, geldt dat op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) een aanbestedende dienst de markt voor alle potentiële gegadigden dient te openen indien er sprake is van een interstatelijk belang. Als er meerdere belangstellenden zijn, dient er tussen hen een objectieve en transparante gunningsprocedure te worden georganiseerd. Dat is thans niet gebeurd, terwijl er ook andere belangstellenden zijn. Bovendien heeft de gemeente de opdracht niet op een juiste wijze aangekondigd en is het voorstel niet passend gepubliceerd.

3.3. De gemeente voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Het spoedeisend belang vloeit voort uit de stellingen van P1.

4.2. Kernvraag die partijen inhoudelijk verdeeld houdt, is of voor de gemeente terzake de bouw van de parkeergarage De Halte een aanbestedingsplicht geldt. Of in het onderhavige geval een aanbestedingsplicht kan worden aangenomen is afhankelijk van hoe de werken dienen te worden gekwalificeerd. Kan de bouw van de onderhavige parkeergarage als één werk worden beschouwd of dienen de werken (de bouw van een casco-plus parkeergarage, de inrichting van de parkeergarage en de inrichting van het maaiveld van het parkeerterrein) als afzonderlijke werken te worden aangemerkt. Indien er sprake is van één werk geldt dat de waarden van de werken bij elkaar op moet worden geteld.

4.3. De algemene Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG is in Nederland geïmplementeerd door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) en verplicht een gemeente (aanbestedende dienst) om overheidsopdrachten (voor onder meer werken) Europees aan te besteden conform de procedures zoals genoemd in artikel 28 Bao, indien de geraamde waarde van een opdracht de drempelwaarde zoals bedoeld in artikel 7 Bao overschrijdt. De drempelwaarde die voor overheidsopdrachten voor werken relevant is bedroeg tot 1 januari 2010 5.150.000,-- exclusief BTW en vanaf 1 januari 2010 4.845.000,-- exclusief BTW.

4.4. Uit het raadsvoorstel van 17 december 2009 blijkt dat de aanneemsom van het casco-plus van de parkeergarage op circa 4.300.000,-- exclusief BTW wordt geraamd en dat de kosten voor de inrichting van de parkeergarage (zoals bewegwijzering, parkeerapparatuur, vloercoating, etc.) en de kosten voor de inrichting van het maaiveldparkeerterrein worden geraamd op circa 550.000,-- exclusief BTW respectievelijk 450.000,-- exclusief BTW (in totaal 1.000.000,--). In het onderhavige geval zou dat betekenen dat indien sprake is van één werk het totale werk een waarde heeft van 5,3 miljoen exclusief BTW, en dus de drempelwaarde voor opdrachten voor werken overschrijdt en daarmee aanbestedingsplichtig is.

4.5. De gemeente heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat een aanbestedende dienst vrij is de omvang van haar opdrachten te bepalen. Volgens haar is er sprake van drie verschillende werken. Ten eerste de realisatie van het casco-plus, waarin ook de (basale) elektrische en werktuigbouwkundige installaties (bedrading, mechanische ventilatie etc.) zijn opgenomen, zodat het casco compleet is om een bouwvergunning te verkrijgen. Ten tweede de inrichting van het casco, die op geen enkele wijze in functionele zin deel uitmaakt van de realisatie van het casco. En ten derde de inrichting van het parkeerterrein op het maaiveld, dat deel uitmaakt van een veel grotere herinrichting van het gehele gebied en economisch en technisch niet afhankelijk is van het casco. Nu het afzonderlijke werken betreffen, die ieder afzonderlijk een waarde vertegenwoordigen die ieder niet boven de drempelwaarde uitstijgen, is de gemeente niet aanbestedingsplichtig.

Slechts indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat voor overheidsopdrachten onder de drempelwaarde een verplichting tot toepassing van het transparantiebeginsel. Nu het hier volgens de gemeente een zuiver nationale kwestie betreft komt aan P1, een in Nederland gevestigde onderneming, geen beroep toe op het EG-Verdrag en de daaruit voortvloeiende transparantieplichtingen.

4.6. Artikel 1 sub g van het Bao definieert het begrip werk als "het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische

functie te vervullen". De vraag of verschillende werken als één werk moeten worden aangemerkt, moet volgens het HvJ EG worden beantwoord op basis van de economische en technische functie van het product van de verrichte werken (vgl. HvJ EG 5 oktober 2000, C-16/98 (Vendée) en HvJ EG 18 oktober 2007, C-220/05 (Roanne)). Deze definitie strekt er toe te verzekeren dat opdrachten tot bouwwerken niet kunstmatig worden gesplitst, teneinde aan de toepassing van de aanbestedingswetgeving te ontkomen. Van belang is dus het functionele geheel van het gebouw.

4.7. In de onderhavige zaak gaat het om de bouw van een deels ondergrondse parkeergarage en een parkeerterrein op het maaiveld van die ondergrondse parkeergarage. Beide parkeervoorzieningen zijn via één en dezelfde ingang toegankelijk. Ook hebben zij eenzelfde uitgang. De garage is verder uitsluitend bereikbaar via het bovengrondse deel (het maaiveld). De gemeente heeft de opdracht gesplitst in enerzijds de bouw van een casco-plus parkeergarage en anderzijds in het realiseren van de inrichting van de parkeergarage en de inrichting van het maaiveld. De gemeente heeft te kennen gegeven dat zij alleen de inrichting (vrijwillig) zal aanbesteden. De voorzieningenrechter is evenwel van oordeel dat dit een kunstmatige splitsing betreft. Een parkeergarage kan slechts als zodanig en als één technisch en economisch geheel functioneren als de coating op de vloer is aangebracht, de garage is voorzien van een slagboom, bewegwijzering, betaalautomaten, sprinklerinstallatie etc.. Alleen dan kan de parkeergarage haar functie vervullen. Dat er in het casco al elektra en een ventilatiesysteem is aangelegd maakt dat niet anders. Voornoemde voorzieningen, die dus in economische en technische zin samenhangen met de functie van het gebouw en daarmee één bouwwerk opleveren, worden in opdracht van de gemeente aangelegd. Het is de gemeente toegestaan deze opdrachten apart te laten verzorgen door verschillende aannemers. Omdat de opdrachten evenwel aangemerkt kunnen worden als één werk dient de totale waarde van de opdrachten (4,3 miljoen + 1 miljoen = 5,3 miljoen) te worden opgeteld. Daarmee komt de waarde van de bouw van de parkeergarage boven de drempelwaarde uit, zodat de werken (afzonderlijk) aanbesteed dienen te worden.

4.8. Uit het voorgaande volgt dat voldoende aannemelijk is geworden dat het project een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is. Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel. Noch het argument dat de armslag van de gemeente beperkt is, doordat Nova Gelriae eigenaar van een deel van de grond is en afspraken met Q Park heeft gemaakt, noch de lange tijd gedurende welke het terrein braak heeft gelegen, vormen aanleiding de aanbestedingsregels te passeren. De vordering onder 1 van P1 zal worden toegewezen. Nu deze vordering, zo heeft de advocaat van P1 ter zitting aangegeven, kan worden beschouwd als een primaire vordering, behoeven de overige vorderingen van P1 dientengevolge geen bespreking meer. Voor een dwangsom ten laste van de gemeente bestaat geen aanleiding, nu gemeentelijke overheden rechterlijke uitspraken plegen na te komen.

4.9. Ten overvloede wordt nog overwogen dat in het raadsvoorstel expliciet is opgenomen dat de definitieve besluitvorming met betrekking tot de eigendom en de uitvoering van de exploitatie en het beheer van de ondergrondse parkeergarage (en het nog nader te bepalen model A of E) in een later stadium, ongeveer 19 tot 22 maanden na de start van de bouw van de parkeergarage, zal volgen. Indien daartoe ex artikel 60 Bao een concessie zal worden uitgegeven, dient deze met in achtneming van de eisen zoals gesteld in het Bao te worden gegund.

4.10. De gemeente zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van P1 worden begroot op:

- dagvaarding 72,25
- vast recht 262,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal 1.150,25

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt de gemeente een overeenkomst aan te gaan met één of meer derden ter zake van de realisatie van een ondergrondse parkeergarage c.a. op het Gelriaterrein (model A variant), zolang voor de opdracht voor realisatie van de ondergrondse parkeergarage geen Europese aanbestedingsprocedure ex artikel 28 Bao is gevolgd,

5.2. veroordeelt de gemeente in de proceskosten, aan de zijde van P1 tot op heden begroot op 1.150,25,

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.J. de Vries en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. B.J.M. Vermulst op 25 januari 2010.