

NOTITIE

Willemijn Oudenaarden

Advocaat

Archimedeslaan 61

Postbus 85005

3508 AA Utrecht

T +31 5627

F +31 30 2595505

M +31 61 8876797

E willemijnoudenaarden@vbk.nl

www.vbk.nl

Voor : Gemeente Renkum, t.a.v. Bregje Vermeulen
Datum : 21 oktober 2021
Dossier : 307264/51602874.2

Betreft : Gemeente Renkum / project Talsmalaan

1 INLEIDING

- 1.1.1 De gemeente Renkum ('gemeente') is voornemens om het terrein van de voormalige Pieter Reijenga-MAVO, gelegen aan de Talsmalaan in Oosterbeek, te verkopen. Een 'kale' verkoop is ongewenst en de gemeente bepaalt op dit moment welke invulling voor het terrein gewenst is c.q. welk programma van eisen aan de verkoop wordt gekoppeld.
- 1.1.2 Een paar jaar geleden heeft de gemeenteraad aan het burgerinitiatief de Vier Landgoederen op de Helling ('4L') gevraagd om een plan / inrichtingsvoorstel te maken. In de loop van de tijd heeft 4L hierbij een ontwikkelaar / marktpartij betrokken. Ook is de gemeente benaderd door verschillende andere marktpartijen / potentiële kopers, waarvan sommigen door de gemeente zijn afgehouden in afwachting van de verkoop en een enkeling wel met de gemeente in gesprek is geweest. D&M Architecten en Adviseurs BV ('D&M') heeft zelfs al een uitgewerkt plan klaar.
- 1.1.3 In een Raadsbrief van afgelopen mei is aan de gemeenteraad gecommuniceerd dat eind dit jaar het plan van 4L samen met de ontwikkelaar / marktpartij en het plan van D&M aan de gemeenteraad gepresenteerd zullen worden. Je vroeg aan mij of dit verstandig is gezien de ophanden zijnde verkoop. In dit memo ga ik op jouw vraag in. Voor de leesbaarheid start deze notitie met een management summary (hoofdstuk 2). De uitwerking volgt daarna.

2 MANAGEMENT SUMMARY

- 2.1.1 Omdat de gemeente om meerdere (juridische) redenen straks een eerlijke en transparante verkoopprocedure zal moeten organiseren (al dan niet zijnde een Europese aanbestedingsprocedure), is het onverstandig om in deze fase marktpartijen / potentiële kopers bij het proces te betrekken of een podium te geven. Dit maakt het straks lastig om een eerlijke en transparante verkoopprocedure (al dan niet zijnde een Europese aanbestedingsprocedure) te organiseren. Daarom raad ik ook af om in dit stadium marktpartijen / potentiële kopers een presentatie aan de gemeenteraad te laten geven.
- 2.1.2 De gemeente kan 4L wel haar plan laten toelichten, namelijk in de situatie dat 4L dit zélf (zelfstandig) doet en het 4L duidelijk is dat zij zelf niet als marktpartij / potentiële koper zou moeten / mag optreden en zich in dat licht ook niet aan een marktpartij / potentiële koper heeft verbonden of gaat verbinden.

3 VOORGENOMEN VERKOOP

3.1 Inleiding

3.1.1 Om een aantal (juridische) redenen is 1-op-1 (onderhandse) verkoop door de gemeente aan een marktpartij / koper niet toegestaan (althans, niet aan te bevelen). Diezelfde redenen nopen tot een transparante en eerlijke verkoopprocedure. In dit hoofdstuk licht ik die redenen toe.

3.2 Gemeentelijk beleid

3.2.1 Voor verkoop van grond is in het gemeentelijke beleid¹ bepaald dat 1-op-1 verkoop of ontwikkeling niet plaatsvindt en wordt geïmpliceerd dat altijd een transparante, eerlijke verkoopprocedure wordt georganiseerd (al dan niet zijnde een prijsvraag, waarmee in casu lijkt te worden bedoeld dat een aanbieder niet alleen een prijs offreert maar ook een plan opstelt dat door de gemeente inhoudelijk in de beoordeling wordt betrokken):

Eén op één verkoop of ontwikkeling vindt niet plaats. Voorafgaande aan iedere verkoop of ontwikkeling wordt een set aan randvoorwaarden gedefinieerd die van toepassing zijn op de verkoop of ontwikkeling (vast te stellen door college):

- Inhoudelijke voorwaarden, bijvoorbeeld welke functie, beeldkwaliteit en eventuele toevoeging maatschappelijke functie.
- Eventuele mogelijkheid tot bestemmingsplanwijziging.
- Beschrijving eventuele ontwikkelopgave.
- Opbrengstenmaximalisatie als doel of niet.
- Definitie eventuele prijsvraag en noodzaak tot aanbesteding.
- Periode waarbinnen een aanbod kan worden gedaan.
- Rol gemeente en marktpartijen in ontwikkeling.

3.2.2 Het beleid schrijft dus een eerlijke, transparante verkoopprocedure voor. Op grond van artikel 4:84 van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') dient de gemeente te handelen overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Aangezien het behalen van zoveel mogelijk financiële en maatschappelijke waarde het doel is², is echter de vraag waarom de uitzonderingsgrond (de 'tenzij') zou bestaan, temeer daar meerdere marktpartijen hun interesse hebben uitgesproken.

3.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

3.3.1 Een gemeente moet zich op grond van artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 3:1 lid 2 Awb ook bij privaatrechtelijk handelen (zoals verkoop van onroerende zaken) houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.

3.3.2 Deze beginselen brengen met zich mee dat de keuze voor een bepaalde marktpartij / koper na een zorgvuldige belangenafweging tot stand moet komen.³ De gemeente moet op grond van

¹ Vastgoedplan Renkum, deel 1 Beleid, Verkoop- en ontwikkelstrategie, p. 36 (vastgesteld door de gemeenteraad op 12 februari 2020).

² Zie Raadsbrief 25 mei 2021, waarin wordt verwezen naar moties van de gemeenteraad van 2 en 4 november 2020.

³ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.11.

transparante en objectieve argumenten kunnen motiveren waarom bepaalde keuzes worden gemaakt.⁴ Omdat meerdere marktpartijen aan de gemeente hebben aangegeven interesse te hebben in de koop / ontwikkeling, betekent dit in ieder geval dat de gemeente deze partijen gelijk moet behandelen en zorgvuldig met hun belangen moet omgaan.

- 3.3.3 Nu meerdere partijen hun interesse hebben uitgesproken in de koop / ontwikkeling, nopen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ertoe om hen allemaal via een transparante en eerlijke verkoopprocedure een kans te geven.

3.4 Rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten

- 3.4.1 In Nederland geldt een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen en schaarse subsidie door de overheid op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) of subsidie mee te dingen. Deze rechtsnorm houdt in dat aan alle ondernemers in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning of subsidie. Dit wordt de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten genoemd. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.⁵

- 3.4.2 Of de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten van toepassing is bij gronduitgifte door de overheid, is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 dat dit "nog" niet het geval was.⁶ Tegen dit arrest is cassatie ingesteld en de zaak loopt thans nog bij de Hoge Raad.⁷

- 3.4.3 Hoewel het uitgangspunt vooralsnog dus is dat de rechtsnorm inzake de verdeling van schaarse rechten niet van toepassing is op gronduitgifte, zou dit kunnen veranderen met een (op korte termijn te verwachten) arrest van de Hoge Raad.

3.5 Staatssteun

- 3.5.1 Ook vanwege de staatssteunregels is een onderhandse verkoop niet aan te bevelen. Immers, bij 1-op-1 verkoop komt een prijs tot stand zonder dat sprake is van marktwerking. Als hier geen objectieve taxatie aan ten grondslag ligt, brengt dit het risico met zich mee dat de prijs die overeen wordt gekomen niet marktconform is. Er kan dan sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun.

- 3.5.2 Als er een eerlijke, transparante verkoopprocedure wordt georganiseerd, zal in de regel een marktconforme prijs tot stand komen.

3.6 Eventueel Europese aanbestedingsplicht

- 3.6.1 Het aanbestedingsrecht is van toepassing indien sprake is van het verstrekken van een overheidsopdracht (gedefinieerd in artikel 1.1 Aanbestedingswet). Het verkopen van grond valt niet onder de definitie van een overheidsopdracht en is daarmee niet aanbestedingsplichtig. Dit wordt anders als er door de gemeente nadere voorwaarden aan de koper worden gesteld en

⁴ Zie bijvoorbeeld Cbb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, m.nt. E.W.J. de Groot en M.J. Gruppen, Rb. Zwolle-Lelystad 15 februari 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7320, r.o. 4.1-4.2 en Rb. Den Bosch 7 februari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AW2547, r.o. 4.6.3.3

⁵ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927 (vergunningen) en ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (subsidie).

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.8.

⁷ Zie voor de conclusie van P-G Langemeijer: Parket bij de HR 12 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:243.

er niet langer sprake is van een 'kale' grondverkoop, maar van een verkoop onder bezwarende titel. In dat geval ontstaat er wél een plicht tot (Europees) aanbesteden.

- 3.6.2 Dit is kort gezegd het geval als aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan: 1) de gemeente stelt eisen die verder gaan dan eisen behorend tot de normale publiekrechtelijke taken van de gemeente, 2) de gemeente legt een (afdwingbare) realisatie- of bouwplicht op en 3) hiervoor levert de gemeente een financiële tegenprestatie (bijvoorbeeld een lagere verkoopprijs).⁸ Voor een toelichting op de theorie die hiervoor (nog steeds) geldt verwijs ik graag naar de notitie van Bregman uit 2017 die je mij stuurde. Van geval tot geval dient aan de hand van deze theorie beoordeeld te worden of al dan niet sprake is van een (verkapte) overheidsopdracht.
- 3.6.3 In het geval van een aanbestedingsplicht dient de verkoop (inclusief de overheidsopdracht die daar dan dus aan gekoppeld is) gegund te worden in een eerlijke, transparante 'wedstrijd' die voldoet aan de regels van de Aanbestedingswet. Of er sprake is van een aanbestedingsplicht kan pas beoordeeld worden als de plannen concreter zijn. De vraag kan voor nu niettemin geparkeerd worden omdat reeds geconcludeerd moet worden (zie vorige paragrafen) dat linksom of rechtsom 1-op-1 gunnen niet kan.

4 BETROKKENHEID MARKTPARTIJEN / POTENTIËLE KOPERS

- 4.1.1 Gezien het voorgaande dient de gemeente in het oog te houden dat te zijner tijd een eerlijke en transparante verkoopprocedure georganiseerd moet worden. Of dit al dan niet een Europese aanbestedingsprocedure dient te zijn is voor de beslissingen die nu genomen moeten worden niet relevant. Als de gemeente geen eerlijke en transparante verkoopprocedure organiseert, dan bestaat het risico dat een rechter oordeelt dat de gemeente ten onrechte afwijkt van het eigen beleid, het gelijkheidsbeginsel schendt althans onzorgvuldig tegenover marktpartijen / potentiële kopers handelt of ongeoorloofde staatssteun verleent. Dat is onrechtmatig en de gemeente kan in dat geval schadeplichtig zijn.
- 4.1.2 Uit een recente uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland⁹ valt (ter illustratie) op te maken wat het organiseren van een transparante en eerlijke verkoopprocedure in ieder geval inhoudt:
- i. Er moet een *level playing field* worden gecreëerd en deelnemers moeten gelijk worden behandeld;
 - ii. De gemeente moet vooraf duidelijk maken welke criteria er zullen worden gehanteerd;
 - iii. Bij de beoordeling van inschrijvingen mag de gemeente niet afwijken van de bekendgemaakte criteria;
 - iv. De gemeente moet haar beslissing voldoende motiveren. De beslissing moet inzichtelijk en controleerbaar zijn.¹⁰
- 4.1.3 Een eerlijke en transparante verkoopprocedure is straks enkel mogelijk als er in deze voorbereidende fase geen marktpartijen / potentiële kopers betrokken zijn. Partijen die nu betrokken worden krijgen immers een andere, waarschijnlijk bevoorrechte, positie ten opzichte van hun

⁸ HvJ EU 25 maart 2010, ECLI:EU:C:2010:168 (Helmut Müller).

⁹ Rb. Noord-Nederland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:190.

¹⁰ Als er sprake is van een Europese aanbestedingsplicht, dan schrijft de Aanbestedingswet nauwgezet voor waar de verkoopprocedure aan moet voldoen. Ook dan is eerdere betrokkenheid van marktpartijen onwenselijk c.q. onrechtmatig in verband met onder meer het gelijkheidsbeginsel en het verbod op belangenverstrengeling.

concurrenten. Hierdoor, maar ook al vanwege het enkele risico hierop c.q. de schijn hiervan, komt het vereiste level playing field en de gelijke behandeling in het gedrang.

- 4.1.4 Je gaf aan dat de gemeente voor de keuze staat om marktpartijen / potentiële kopers te betrekken bij presentaties aan de gemeenteraad. Ik raad af om dit te doen. Zou je ook de plannen van een marktpartij / potentiële koper laten presenteren aan de gemeenteraad dan verschaft je die partij daarmee een voordeel (want waarom zij wel en anderen niet?) en loop je bovendien vooruit op de verkoopprocedure. Dán mag die marktpartij / potentiële koper meedoen, net als andere marktpartijen / potentiële kopers. Bovendien zouden andere partijen in een eventuele verkoopprocedure / prijsvraag weer onderdelen van het gepresenteerde plan kunnen overnemen, aangezien dat door presentatie dan openbaar is, inclusief het oordeel van de gemeenteraad daarover. Het is in die zin dus ook niet in het belang van die marktpartij / potentiële koper om voor de troepen uit te lopen.
- 4.1.5 Voor zover 4L niet samenwerkt met een marktpartij / potentiële koper ligt dit natuurlijk anders, aangezien – voor zover ik begreep – 4L geen potentiële koper is, maar gezien moet worden als burgerinitiatief (of burgerparticipatie). Zij kunnen – als burgerinitiatief – hun plan dus wel aan de gemeenteraad presenteren. Het 'aanbieden van het plan' door 4L aan het college en de gemeenteraad lijkt ook afgesproken als eindstadium van de samenwerking tussen de gemeente en 4L.¹¹ Als het plan van 4L door de gemeente zou worden omarmd en worden gehanteerd / uitgewerkt als programma van eisen voor de verkoop, is het vervolgens niet zo dat 4L zelf het plan kan (laten) uitvoeren. Dat zou immers (alsnog) neerkomen op 1-op-1 gunnen.

5 CONCLUSIE

- 5.1.1 Ik raad af om in deze fase marktpartijen / potentiële kopers bij de planvorming te betrekken of een podium te geven. Daarom raad ik ook af om marktpartijen / potentiële kopers een presentatie aan de gemeenteraad te laten geven. Dit maakt het straks lastig om een eerlijke en transparante verkoopprocedure (al dan niet zijnde een Europese aanbestedingsprocedure) te organiseren, omdat er dan al gauw sprake zal zijn van (de schijn van) een ongelijk speelveld en een ongelijke behandeling.
- 5.1.2 De gemeente kan 4L wel haar plan laten toelichten aan de gemeenteraad, namelijk in de situatie dat 4L dit zélf (zelfstandig) doet en het 4L duidelijk is dat zij zelf niet als marktpartij / potentiële koper zou moeten / mag optreden en zich in dat licht ook niet aan een marktpartij / potentiële koper heeft verbonden of gaat verbinden.

Willemijn Oudenaarden

¹¹ Vergelijk de Samenwerkingsverklaring van 4 juli 2016.