



Implementatie van het arrest Didam in beleid en praktijk

Bijeenkomst Omgaan met Didam – bijdrage Arjan Bregman

22 november 2022



Plan van behandeling

- Korte terugblik
- De casus Didam
- ‘Didam’ en vervreemding door marktpartijen
- Wanneer een openbare selectieprocedure
- De inrichting van een openbare selectieprocedure
- Bijzondere openbare selectieprocedures
- Mogelijkheden voor 1 op 1 na ‘Didam’
- Enkele conclusies



Korte terugblik: 1 op 1 gaan bij gebiedsontwikkeling (1)

- Discussie vanuit het aanbestedingsrecht
- Klacht Amersfoort Vathorst (Vinex wijk) 2005 (dossier gesloten 2009)
- Arrest Auroux-Roanne 2007
- Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009
- Arrest Müller 25 maart 2010, drie criteria voor het bestaan van een overheidsopdracht:
 - Rechtstreeks economisch overheidsbelang
 - Bouwplicht
 - Verdergaande eisen dan op grond van het publiekrecht mogelijk
- Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011
- Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2019

Korte terugblik: 1 op 1 gaan bij gebiedsontwikkeling (2)

- Mededeling Europese Commissie inzake staatssteun 2016 (als opvolger van mededeling uit 1997)
- “In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende”.
- Kortom: langs twee lijnen (aanbestedingsrecht en regelgeving op het gebied van staatssteun) kon tot 26 november 2021 gemotiveerd worden betoogd dat 1 op 1 gronduitgifte door overheden, in het bijzonder gemeenten ten behoeve van vastgoedontwikkeling (in het kader van gebiedsontwikkeling) in beginsel verdedigbaar is
- In de hierna te bespreken casus Didam bleek noch het aanbestedingsrecht noch de regelgeving op het gebied van staatssteun – hoewel aangevoerd - een geschikt juridisch breekijzer om de daar aan de orde zijnde 1 op 1 samenwerking aan het wankelen te brengen
- Aan de overwegingen ter zake zal daarom verder voorbij worden gegaan

De casus Didam – procesverloop (1)

- Gemeente Montferland heeft voormalig gemeentehuis Didam in de aanbidding
- T.b.v. supermarktformule in het kader van door de gemeente gewenste integrale ontwikkeling
- Daarvoor contract met ontwikkelaar – die heeft posities in het plangebied
- Derde wenst in aanmerking te komen voor koop van deellocatie t.b.v. vestiging eigen supermarkt -> gemeente weigert -> kort geding
- Rechtbank: derde niet ontvankelijk, geen spoedeisend belang
- Hof Arnhem-Nijmegen: derde ontvankelijk, maar beroep ongegrond
- Conclusie plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping
- Hoge Raad: vernietiging arrest en verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing

De casus Didam – centrale overwegingen HR (1)

3.1.3

Op grond van art. 3:14 BW mag een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Op dit punt verschilt de positie van een overheidslichaam van die van een private partij.

De casus Didam – centrale overwegingen HR (2)

3.1.4

Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

De casus Didam – centrale overwegingen HR (3)

3.1.5

Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

De casus Didam – centrale overwegingen HR (4)

3.1.6

De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.

‘Didam’ en vervreemding door ‘marktpartijen’

- Gaat om vervreemding van onroerende zaken door partijen die een privaatrechtelijke rechtsvorm kennen, maar die feitelijk onder het bestuur van de overheid staan.
- Formeel gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet voor niet-overheden
- Recente uitspraak: “Dat gedaagde een privaatrechtelijke rechtspersoon is, ontslaat haar niet van zorgvuldigheidsplicht die op de overheid rust..”
- Vergelijk definitie ‘publiekrechtelijke instelling’ in artikel 1.1. van de Aanbestedingswet
- “een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan: a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen”.

Wanneer een openbare selectieprocedure

- Algemene regel: bij vervreemding solitaire gemeentelijke grond- of vastgoedpositie zonder dat bepaalde partijen daarop (historische) rechten kunnen laten gelden.
- Vervreemding moet hier breed worden opgevat: ook uitgifte in erfpacht, maar ook bij verhuur of verpachting door gemeenten gelden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals overwogen door de Hoge Raad
- Dus: 'Didam' noopt ook tot doordenking van de wijze van beheer van de gemeentelijke vastgoedportefeuille. Valt vaak buiten vastgoed- en gebiedsontwikkeling. Daarom in Handreiking wel benoemd, maar niet uitgewerkt
- Wees voorzichtig met initiatieven vanuit de markt! Vergelijking met discussie van jaren geleden over het aanbestedingsrecht. Samengevat: alleen mogelijk indien redelijkerwijs alleen de initiatiefnemer in staat is het betreffende project te ontwikkelen en te realiseren
- Een openbare selectieprocedure is op zichzelf geen aanbesteding.

De inrichting van een openbare selectieprocedure (1)

- Collegebesluit/mandaatbesluit (voorgenomen) grondverkoop, waarin tot het houden van een openbare selectieprocedure wordt besloten;
- Publicatie met daarin de aankondiging van de openbare selectieprocedure. Daarin dient een omschrijving te zijn opgenomen van
 - (a) de te vervreemden onroerende zaken,
 - (b) de door de gemeente ten aanzien van de onroerende zaken toegestane activiteiten,
 - (c) de minimumeisen waaraan partijen die aan de selectieprocedure deelnemen moeten voldoen, gelet op de op activiteiten die ten aanzien van de onroerende zaken zijn toegestaan,
 - (d) het verloop van de selectieprocedure en
 - (e) de door de gemeente te hanteren selectiecriteria;

De inrichting van een openbare selectieprocedure (2)

- De openbare selectieprocedure. Afhankelijk van het type en de omvang van de onroerende zaken die worden vervreemd en van de activiteiten die de gemeente ten aanzien van de onroerende zaken wil toestaan, kan ofwel
 - (a) een eenvoudige selectieprocedure met als enig criterium de hoogste prijs als ook
 - (b) een getrapte selectieprocedure met als criteria zowel (vrijwel steeds) de aangeboden prijs als de door de gemeente gestelde eisen en doelen;
- De beoogde verkoop aan de gegadigde met de beste aanbieding wordt medegedeeld aan alle deelnemers aan de selectieprocedure;
- Een termijn (van 20 kalenderdagen) gedurende welke de andere deelnemers aan de selectieprocedure dan de gegadigde met de beste aanbieding in de gelegenheid worden gesteld beroep bij de civiele rechter tegen de beoogde grondverkoop in te stellen (en eventueel ook een klacht bij het college in te dienen);

De inrichting van een openbare selectieprocedure (3)

- Een termijn (van 20 kalenderdagen) gedurende welke de andere deelnemers aan de selectieprocedure dan de gegadigde met de beste aanbieding in de gelegenheid worden gesteld beroep bij de civiele rechter tegen de beoogde grondverkoop in te stellen (en eventueel ook een klacht bij het college in te dienen);
 - Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van ontvangen beroep of klacht: ondertekening van de overeenkomst;
 - Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten en daarna handelen naar dat oordeel;
 - Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van een klacht, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten en daarna handelen naar dat oordeel.
- Een dergelijke klacht wordt in sommige gemeenten ook wel ‘bezwaar’ genoemd. Een dergelijk bezwaar is nadrukkelijk iets anders dan een bezwaar in het kader van een bezwaarprocedure in bestuursrechtelijke zin.

Bijzondere openbare selectieprocedures (1)

- Verkoop van bedrijfskavels
 - Anders dan bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling is hier sprake van selectieprocedure meestal zonder een bepaalde, korte termijn waarbinnen een aanbieding kan worden gedaan.
 - Selectie criterium is in doorgaans ‘wie het eerst komt het eerste maalt’.
 - Objectief, toetsbaar en redelijk.
 - Wel gelden inhoudelijke voorwaarden aan de typen bedrijven die in aanmerking komen.
 - Laat de combinatie van selectie criterium en inhoudelijke voorwaarden steeds transparant zijn.
 - Publiceer het uitgiftebeleid met het selectie criterium en de inhoudelijke voorwaarden op de website.
 - In de Handreiking wordt dit verder niet uitgewerkt.

Bijzondere openbare selectieprocedures (2)

- Partnerselectie

- Reiswijzer gebiedsontwikkeling 2019: “er wordt niet geselecteerd op een plan met een bieding en/of op de prijs, maar op een partner(profiel) (...) oplossing(en) zijn vooraf echter nog niet bekend en er is een goede onderlinge samenwerking nodig om de private en publieke belangen op elkaar af te stemmen. De opgave wordt zodoende, in de periode na selectie, verder vormgegeven. Daarmee concentreert een partnerselectie zich op het ontwikkelproces in plaats van op een concreet projectresultaat. Er wordt met de partner samen aan de knoppen gedraaid om tot een optimaal en integraal resultaat te komen. Het selecteren van de partner gebeurt op basis van zaken als ervaring, visie, commitment en competenties en is daarmee bijna te vergelijken met het voeren van sollicitatiegesprekken.”
- In eerste aanleg meer ‘tekenen en rekenen’ dan grondverkoop
- ‘Ervaring, visie, commitment en competenties’ versus de eis van objectieve, toetsbare en redelijke criteria
- Mogelijk moet openbare selectieprocedure later alsnog

Mogelijkheden voor 1 op 1 na Didam (1)

- Drie hoofdargumenten om geen voorafgaande openbare selectieprocedure te houden.
- 1. Een marktpartij heeft bestaande rechten op onroerende zaken
 - Marktpartij heeft gronden die nodig zijn voor spoedige, integrale gebiedsontwikkeling
 - Marktpartij heeft een bouwclaim, die de gemeente redelijkerwijs kan invullen in het gebied
 - Marktpartij heeft elders gronden die de gemeente nodig heeft
- 2. Een marktpartij is uniek
 - Nabijheids criterium
 - Slechts één marktpartij kan redelijkerwijs de door de gemeente gewenste ruimtelijke opgave realiseren
 - Dit laatste geldt ook voor initiatieven vanuit de markt. Vergelijking met discussie van jaren geleden over het reikwijdte van het aanbestedingsrecht.
- 3. Marktpartij mocht al voor 26 november 2021 gerechtvaardigd vertrouwen hebben dat vervreemding zou plaatsvinden (overeenkomst, toezeggingen, onderhandelingen). Pas op met partijen die destijds buiten de deur zijn gehouden.

Mogelijkheden voor 1 op 1 na Didam (2)

- Ook bij 1 op 1 altijd een openbare publicatie, ook daarvoor stappenplan;
- Collegebesluit/mandaatbesluit (voorgenomen) grondverkoop, waarin, onder verwijzing naar het gronduitgiftebeleid, wordt gemotiveerd waarom in het betreffende geval de gemeente beoogt onroerende zaken aan één partij te vervreemden en geen daaraan voorafgaande openbare selectieprocedure te houden;
- Publicatie van het voornemen van vervreemding;
- Een termijn (van 20 kalenderdagen) gedurende welke derden die eveneens voor de verwerving in aanmerking zouden willen komen in de gelegenheid worden gesteld beroep (en eventueel ook een klacht) tegen de beoogde grondverkoop in te stellen;
- Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van een ontvangen beroep of klacht: ondertekening van de overeenkomst;
- Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten en daarna handelen naar dat oordeel;
- Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van een klacht, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten en daarna handelen naar dat oordeel.

Enkele conclusies

- De reikwijdte van het aanbestedingsrecht is na Didam niet gewijzigd. Daarvoor blijven de Müller-criteria gelden
- Een taxatie door een onafhankelijke deskundige blijft in beginsel voldoende ter voorkoming van ongeoorloofde staatssteun
- Een openbare selectieprocedure is geen aanbestedingsprocedure. Openbare aanbesteding (mede) van de vervreemding van onroerende zaken kan wel meteen voldoen aan ‘Didam’ opleveren
- **Geen paniek.** 1 op 1 blijft bij gebiedsontwikkeling een legitieme bestendige praktijk. Bij veel gebiedsontwikkelingen is de gemeente immers niet in staat om zonder de onroerende zaken van marktpartijen tijdig integrale gebiedsontwikkeling te realiseren. Ook is sprake van unieke partijen (waaronder corporaties) bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling.
- Ook als 1 op 1 is toegestaan verandert er wel degelijk iets: de overwegingen om 1 op 1 te gaan worden transparant en toetsbaar gemaakt

Vragen?

- 070-3141506
- agbregman@ibr.nl