



BALANCEREN OP DE LIJN VAN PUBLIEKRECHTELIJKE BEVOEGDHEDEN, MEDEDINGINGSRUIMTE EN AANBESTEDINGSRECHT



DE ZAAK

De gemeente Breda publiceert het voornemen om gronden van de voormalige Incom-locatie, met aangrenzende percelen, onderhands te verkopen aan een koper (hierna: Koper). Volgens de gemeente is Koper op grond van de door de gemeente gehanteerde criteria de enige serieuze gegadigde die voor de uitgifte van de betreffende gemeentelijke gronden in aanmerking komt. Rokade is het daar niet mee eens. Volgens Rokade dient ook zij als serieuze gegadigde te worden aangemerkt en moet de gemeente ook aan haar mededingingsruimte bieden op grond van de Didam-rechtspraak. Volgens Rokade houdt de transactie bovendien meer in dan een zuivere gronduitgifte, zodat de Gemeente sowieso verplicht is een aanbestedingsprocedure te organiseren.

In **eerste aanleg** zijn de vorderingen van Rokade afgewezen. Het **hof** overweegt in hoger beroep dat uit het besluit van het college van B&W van 14 juli 2015 blijkt dat het naastliggende perceel, waarvan Koper sinds medio 2019 eigenaar is, een noodzakelijk onderdeel is van de beoogde brede herontwikkeling ter plaatse. Ook past het binnen de beleidsvrijheid van de gemeente om als criterium te formuleren dat het naastlig-

gende perceel onderdeel van de brede herontwikkeling moet zijn. Er is door de gemeente geen ongelijkheid gecreëerd doordat de gemeente het betreffende perceel heeft betrokken in haar herontwikkelingsscenario (ruim) voor het moment dat Koper de eigendom van dat perceel heeft verworven. De door de gemeente opgestelde criteria op grond waarvan zij van mening is dat er maar één gegadigde is die aan de gestelde criteria kan voldoen zijn objectief, toetsbaar en redelijk.

Ten aanzien van het standpunt dat sprake is van meer dan zuivere gronduitgifte, namelijk een overeenkomst onder bezwarende titel en dat daarom sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, overweegt het hof dat de gemeente krachtens de koopovereenkomst geen andere rechten verwerft dan een aanspraak op betaling van de koopsom. De gemeente beperkt zich in het koopcontract tot het stellen van eisen die zij uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden mag stellen. Er is dus geen sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Aldus stelt het hof Rokade in het ongelijk en bekrachtigt het bestreden vonnis.



JURIDISCH KADER

- Op grond van Europees recht bestaat er voor overheidslichamen/aanbestedende diensten (nog) geen expliciete verplichting om bij de verkoop van een onroerende zaak gelijke kansen te bieden aan alle potentiële gegadigden (behoudens de verplichtingen die voortvloeien uit het Müller-arrest; zie hierna).
- Op grond van nationaal recht is dat anders. Artikel 3:14 BW bepaalt dat overheidslichamen bevoegdheden die haar naar burgerlijk recht toekomen – zoals de bevoegdheid tot verkoop van een onroerende zaak – niet mogen uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Dit betekent dat de rechter deze bevoegdheidsuitoefening dient te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel.
- Een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende (schaarse) onroerende zaak te verkopen, moet ruimte bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak als er meerdere serieuze gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn, aldus de Hoge Raad in het **Didam-arrest**.
- In het arrest **Helmut Müller** gaat het Hof van Justitie in op de vraag wanneer sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Het Hof stelt vast dat er in de eerste plaats een overeenkomst onder bezwarende titel tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer gesloten moet zijn, wil er sprake zijn van een overheidsopdracht. Dit betekent dat de overeengekomen prestaties wederkerig en juridisch afdwingbaar moeten zijn. De te ontvangen tegenprestatie moet verder een rechtstreeks economisch belang inhouden voor de aanbestedende dienst, bijvoorbeeld dat eigendom of een gebruiksrecht wordt verkregen, of doordat zij meebetaalt aan het project of anderszins economische risico's loopt bij het project. Het Hof heeft verder bepaald dat de enkele uitoefening van regulerende bevoegdheden met het oog op het algemeen belang er normaliter niet toe leidt dat iets een overheidsopdracht wordt. De uitoefening van regulerende bevoegdheden, zoals het afgeven van bouwvergunningen en de daarmee samenhangende beoordeling wordt ook niet beschouwd als het stellen van eisen in de zin van de definitie van overheidsopdracht. Er is wel sprake van "het stellen van eisen" als de aanbestedende dienst maatregelen neemt om de kenmerken van het werk te definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uitoefent, bijvoorbeeld door het opstellen van het bestek.



RECHTERS AAN HET WOORD

- De **rechtbank Den Haag** oordeelt op 3 oktober 2023 dat eisers niet kwalificeren als 'serieuze gegadigden', waardoor een beroep op de Didam-uitzonderingsgrond gerechtvaardigd is. Het staat namelijk vast dat de bestemming van de betreffende erfpachtlocatie 'Maatschappelijk, uitsluitend voor een studentensportvereniging (...)' is. Hoewel één van de eisers wel een studentensportvereniging is, is dit niet voldoende om te kwalificeren als serieuze gegadigde. Allereerst heeft betreffende eisende partij te kennen gegeven dat zij slechts een (klein) deel van de erfpachtlocatie in erfpacht wil krijgen. Terwijl de gemeente de erfpachtlocatie in zijn geheel aan één partij in erfpacht wil geven. Bovendien is bij de gemeente genoegzaam bekend dat eerdere pogingen van betreffende eiser om een clubhuis te vinden telkens afstuiten op een gebrek aan financiële middelen. De gemeente is er daarom terecht vanuit gegaan dat er daadwerkelijk geen andere potentiële gegadigden zouden zijn en mocht aldus de locatie in erfpacht geven zonder het doorlopen van een openbare selectieprocedure.
- In een vonnis van 17 oktober 2023 stelt de **rechtbank Zeeland-West-Brabant** voorop dat moet worden aangenomen dat het Didam-arrest ook van toepassing is op de verkoop van aandelen door een gemeente. Vervolgens overweegt de rechtbank dat de bereidheid tot het afgeven van een garantie voor het behoud van de visveiling in Vlissingen het objectieve en redelijke criterium is waaraan getoetst dient te worden of er sprake is van een serieuze gegadigde. Doordat de gemeente hier niet naar heeft gevraagd mocht de gemeente redelijkerwijs niet aannemen dat bij voorbaat en op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria vast stond dat eiseres geen serieuze gegadigde meer was voor de koop van aandelen in een holding die een vismijn exploiteert. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake was van een uitzondering zoals bedoeld in het Didam-arrest en dat de gemeente een openbare selectieprocedure diende te organiseren.
- Op 28 november 2023 bekrachtigde het **gerechtshof Den Haag** een eerdere uitspraak van de rechtbank Den Haag dat de gemeente een grondreserveringsovereenkomst mocht sluiten zonder daaraan voorafgaande openbare selectieprocedure. Op grond van objectieve, toetsbare criteria stond namelijk vast dat MCRE – als eigenaar van het enige braakliggende buurperceel – als enige in aanmerking kwam voor de ontwikkeling van het perceel.
- De **rechtbank Oost-Brabant** oordeelt in januari dat een waterschap in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt door eiser niet in staat te stellen om deel te nemen aan een selectieprocedure ten aanzien ruil/(ver)koop van gronden en hiervoor al wel een koop/ruilovereenkomst met BL te sluiten. Eiser is bereid en in staat het beheer en onderhoud van de betreffende percelen exact volgens de eisen uit te voeren. Daar komt bij dat beide percelen direct grenzen aan de bij eiser al in eigendom zijnde percelen. Bovendien is eiser de voormalige eigenaar van de betreffende percelen en kent hij de betreffende percelen als geen ander. Door eiser eerst in de gelegenheid te stellen om zijn visie te geven op de inrichting van de betreffende percelen en de voorgenomen ruil/(ver)koop aan BL op te schorten, heeft het waterschap de verkoop van de betreffende gronden aan eiser kennelijk als een reële optie beschouwd. Het waterschap heeft derhalve niet aangetoond dat slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop van de betreffende percelen.



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Het Didam-arrest begrenst de privaatrechtelijke contractsvrijheid van overheidslichamen, omdat zij niet (langer) de mogelijkheid hebben één-op-één transacties aan te gaan zonder eerst een selectieprocedure te organiseren (of, in geval een beroep op de genoemde uitzonderingsgrond: door te publiceren). Het is dan ook raadzaam (voor alle overheidslichamen / bestuursorganen) om in het kader van de verkoop van (onder meer) onroerend goed een selectieprocedure te organiseren om mededingingsruimte te bieden aan alle gegadigden, zodanig dat direct en zonder enige terughoudendheid getoetst kan worden aan het gelijkheidsbeginsel als beginsel van gelijke kansen bij het privaatrechtelijk overheidshandelen.
- Als het doel van de geboden mededingingsruimte is om een zo groot mogelijke maatschappelijke of economische waarde te realiseren met de verkoop van een onroerende zaak of het gunnen van een schaars recht, dan is het toevoegen van kwalitatieve verdelingscriteria aan de selectieprocedure daarvoor een geschikte methode. Let er dan wel op dat als zodanig geen wederkerige en juridisch afdwingbare prestaties worden overeengekomen; dan raakt de balans kwijt op de lijn van de publiekrechtelijke bevoegdheden, mededingingsruimte en aanbestedingsrecht.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves
Benefit

VANDOORNE[⊕]

Het
NIC.

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com