

De aanbestedingsrechtelijke ruimte van centrale en decentrale overheden bij de verkoop van onroerend goed

Aanbestedingswet / Werkingsverdrag Europese Unie

Bij overheden (bijvoorbeeld gemeenten) bestaat geregeld de wens om vastgoed waarvan zij eigenaar zijn te verkopen of in erfpacht uit te geven. Eén en ander met het doel financiële ruimte te creëren voor andere zaken, zoals het uitvoeren van beleidsplannen.



mr. B. Braat
LL.M



mw. mr. E.C.
Keulen

In de praktijk wordt door overheden bij de verkoop van gronden en vastgoed vaak gebruik gemaakt van een aanbestedingsprocedure. Het gewenste resultaat, te weten het op korte termijn verkopen van vastgoed tegen een optimale prijs aan een door de desbetreffende overheid gewenste (markt)partij, wordt daarmee niet altijd bereikt. Anders dan door menigeen gedacht, is een aanbesteding ook niet altijd noodzakelijk.

1. (JURIDISCH) KADER & ANALYSE

Uit Europese jurisprudentie¹ blijkt dat overheden bij de verkoop van onroerend goed lang niet altijd gehouden zijn een (dure en tijdrovende) aanbestedingsprocedure te organiseren. In de meeste gevallen staat het overheden vrij om buiten concurrentie en zonder voorafgaande publicatie aan de (markt)partij van hun keuze de grond te verkopen of in erfpacht uit te geven, zolang de verkoop maar tegen een vooraf door een onafhankelijke taxateur getaxeerde en (derhalve) marktconforme waarde geschiedt.

Aanbesteding

Met onder meer het arrest Roanne van het HvJ EU² en de Nederlandse uitspraak over gebiedsontwikkeling in Noordwijk³ is duidelijk geworden dat ook, indien een aanbestedende dienst grond verkoopt of in erfpacht uitgeeft en op die grond vervolgens een werk wordt gerealiseerd, daarmee al een aanbestedingsplicht voor de verkopende aanbestedende dienst kan ontstaan. Daarvoor is niet noodzakelijk dat de aanbestedende dienst eigenaar wordt van het werk. Deze leer heeft de gemeoederen in de wereld van de projectontwikkeling in de bouw, maar vooral ook bij aanbestedende diensten volop beziggehouden.

Het arrest Müller⁴ heeft de gemeoederen weer enigszins tot bedaren weten te brengen. Het is goed te weten dat de enkele verkoop van onroerend goed en de uitgifte van grond in erfpacht in beginsel niet zijn aan te merken als aanbestedingsplichtige opdrachten in de zin van de Aanbestedingswet of de Richtlijn 2004/18 ('de Richtlijn'). Er is alleen dan sprake van een aanbestedingsplicht indien de te sluiten overeenkomst kwalificeert als een 'overheidsopdracht' in de zin van de Aanbestedingswet. Daarbij is overigens niet zonder meer vereist dat de waarde van de opdracht de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt. Sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet op 1 april 2013 kunnen in voorkomende gevallen de aanbeste-

dingsregels ook van toepassing zijn op overheidsopdrachten beneden de toepasselijke drempelwaarde.

Om te kunnen spreken van een overheidsopdracht (voor werken) is op basis van art. 1.1 Aanbestedingswet vereist dat de aanbestedende dienst met een marktpartij (i) een schriftelijke overeenkomst sluit, (ii) die onder bezwarende titel is aangegaan en (iii) waarvan de opdracht betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Telkens zal per geval moeten worden getoetst of aan voornoemde cumulatieve vereisten is voldaan.

Ten aanzien van de cumulatieve vereisten wordt uit het arrest HvJ EU 25 maart 2010, Zaak C-451/08 (Müller) duidelijk dat het vereiste van de voornoemde bouwplicht (onderdeel van vereiste ii) inhoudt dat de koper zich bij de koop van het onroerende goed verbindt tot het leveren van een tegenprestatie in de vorm van een bouwplicht. HvJ EU overweegt ten aanzien van de bouwplicht:

“Zoals in de punten 45 en 47 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, definieert artikel 1, lid, 2 sub b, van richtlijn 2004/18 de overheidsopdracht voor werken als een overeenkomst onder bezwarende titel. Dit begrip gaat ervan uit dat de aannemer zich voor een tegenprestatie verbindt tot de bij de overeenkomst omschreven prestatie. Bij het afsluiten van een overheidsopdracht voor werken verbindt de aannemer zich er dus toe, de betrokken werken uit te laten voeren of te laten uitvoeren.”

Bovendien maakt het arrest duidelijk dat de invloed van de aanbestedende dienst op het te realiseren werk (onderdeel van vereiste iii) verder moet gaan dan de gebruikelijke publiekrechtelijke betrokkenheid. HvJ EU overweegt:

“In de lidstaten van de Europese Unie is gewoonlijk voor de uitvoering van bouwwerken, althans van een bepaalde omvang, een voorafgaande vergunning van de stedenbouwkundige dienst vereist. Deze dienst moet in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden oordelen of de uitoefening van de bouwwerken strookt met het algemeen belang.”

Tot de gewone uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw met het oog op het algemene belang behoort evenwel niet het ontvangen van een contractuele prestatie of het voldoen aan een rechtstreeks economisch belang van de aanbestedende dienst, zoals vereist door artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18.”

De praktijk wijst uit dat niet snel aan de hierboven vermelde cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Zo oordeelde ook de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem in 2010⁵ bijvoorbeeld dat de koper (*Nova Gelriae*) op grond van de gemaakte afspraken niet verplicht was om op het *Gelriae*-terrein een parkeergarage te bouwen. Ook de subsidiëring van de onrendabele top, onder daaraan gestelde voorwaarden, kwalificeerde volgens de rechter niet als een bouwplicht. *Nova Gelriae* kon in vrijheid beslissen of zij het bouwplan wilde uitvoeren al dan niet onder de voorwaarden, zoals gesteld door de gemeente. Ook het gegeven dat in het bestemmingsplan en de daarop gebaseerde door de gemeente aan *Nova Gelriae* verstrekte bouwvergunning was uitgegaan van het realiseren van een openbare parkeervoorziening, leidde volgens de voorzieningenrechter niet tot een bouwplicht.

Relevant is dat de voorzieningenrechter overweegt dat de actuele situatie als uitgangspunt moet worden genomen bij het bepalen of sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht. Met andere woorden: de toets of aan alle drie de cumulatieve vereisten voor het zijn van een overheidsopdracht (voor werken) is voldaan, dient plaats te vinden aan de hand van de situatie op het moment van toetsen. Eerdere afspraken/voornemens tussen partijen, bijvoorbeeld over een bouwplicht, die thans niet meer hebben te gelden, dienen volgens de voorzieningenrechter in deze toets niet te worden meegenomen. Dat de meest actuele afspraken moeten worden getoetst kan ook worden afgeleid uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Alkmaar. Daar oordeelt de voorzieningenrechter dat het partijen vrijstaat de overeenkomst- alsnog zo uit te voeren dat van strijd met het aanbestedingsrecht niet langer sprake is. Letterlijk zegt de voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar (26 november 2010, LJN: BO5112):

“De rechtbank zal om redenen van proceseconomie eerst ingaan op het sub 6.9 weergegeven betoog van EWF. Dit betoog berust op de premisse dat de oorspronkelijke overeenkomsten er in wezen toe strekten opdracht te verstrekken tot de uitvoering van werken ten aanzien waarvan aanbestedingsplicht geldt. Ook indien dat juist is, staat het partijen bij die overeenkomst echter in beginsel vrij deze te ontbinden en hun rechtsverhouding op andere voet vorm te geven.”

In iedere situatie zal dus opnieuw en op basis van de eigen merites van de overeenkomst dienen te worden getoetst of aan de drie cumulatieve vereisten is voldaan voor het zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht (voor een werk).

Eveneens van belang in het kader van de eventuele aanbestedingsplicht is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen uit 2011⁶, waarin de gemeente zelf een beroep deed op de nietigheid van de tussen haar en een marktpartij gesloten overeenkomst vanwege strijdigheid met de Europese regelgeving. Hier oordeelde de voorzieningenrechter kort gezegd dat door de gemeente ten aanzien van het vastgoed

meer eisen zijn gesteld dan in het kader van haar publiekrechtelijke taak van haar wordt verlangd. In de overeenkomst is bijvoorbeeld bepaald dat *Montagne* specifieke verplichtingen op zich neemt ten aanzien van de hoeveelheid en het type woningen dat zij dient te bouwen en (deels) de situering daarvan, als ook de hoeveelheid parkeerplaatsen voor bewoners, de oppervlakte van de winkels in verschillende deelgebieden en de plaatsing van een lift. Tevens was in de overeenkomst opgenomen dat ongeveer twintig woningen mogen worden verhuurd in de vrije huurmarkt en dat de overige woningen mogen worden verkocht “met inachtneming van de uitgiftevoorwaarden van de gemeente”. De rechtbank oordeelde dat al deze verplichtingen tezamen uitgingen boven de publiekrechtelijke taken, zoals die onder meer volgen uit de Wet ruimtelijke ordening, het Bouwbesluit en de Wet geluidhinder. Volgens de voorzieningenrechter had de gemeente ook voldoende juridische middelen in handen om de overeenkomst af te dwingen, mocht *Montagne* zich niet aan de overeenkomst hebben gehouden. Daarmee was volgens de voorzieningenrechter sprake van juridische afdwingbaarheid van de overeenkomst door de gemeente. Ook stond voor de voorzieningenrechter vast dat de gemeente economisch belang had bij de overeenkomst.

Het eindoordeel van de voorzieningenrechter was dat de overeenkomst voldeed aan alle cumulatieve vereisten voor het zijn van een overheidsopdracht voor een werk. Er was sprake van een juridisch bindende schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel en de opdracht had volgens de voorzieningenrechter dus moeten worden aanbesteed. Nu dat niet is gebeurd, was de overeenkomst volgens de voorzieningenrechter vernietigbaar.

Bij het Hof⁷ hield laatstgenoemde vonnis geen stand. Het Hof oordeelde dat de stelling van de gemeente – dat de overeenkomst nietig, vernietigbaar of anderszins onverbindend zou zijn, omdat zij in strijd met de Europese aanbestedingsregels zou zijn gesloten – onjuist is. Het Hof onderbouwde dit oordeel met een verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 22 januari 1999 (*Uneto/De Vliert*)⁸, waaruit onder meer volgt dat vernietiging niet mogelijk is.

De nieuwe Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden (*Wira*) kon volgens het Hof ook geen uitkomst bieden⁹. Overeenkomsten gesloten in strijd met het aanbestedingsrecht zijn op grond van het bepaalde in art. 8 *Wira* vernietigbaar. De *Wira* is evenwel in het onderhavige geval niet van toepassing, omdat de *Wira* alleen ziet op overeenkomsten die zijn gesloten na 20 december 2009. Het Hof werpt daarbij de vraag op of de gemeente überhaupt op de vernietigbaarheid van de overeenkomst een beroep toekomt, nu de geschonden norm niet strekt ter bescherming van de (belangen van) de aanbestedende dienst. Deze norm strekt namelijk ter bescherming van de belangen van de betrokken inschrijvers en bedrijven waaraan de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen. De conclusie van het Hof luidt dat aangenomen moet worden dat de bodemrechter zal oordelen dat de gemeente zich niet op grond van strijdigheid met de regels van het aanbestedingsrecht kan bevrijden van haar verplichtingen uit de met de marktpartij (*Montagne*) gesloten overeenkomst.

Eigen beleid

Ok indien op basis van de Aanbestedingswet geen verplichting bestaat tot het houden van een aanbestedingsprocedure, kan nog altijd een gehoudenheid bestaan tot het houden van een soort van aanbestedingsprocedure. Los van de algemene aanbestedingsrechtelijke regels is van belang de opdracht aan het eigen aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst te toetsen. Indien het eigen beleid de desbetreffende aanbestedende dienst verdergaande verplichtingen oplegt dan de verplichtingen die volgen uit wetgeving of jurisprudentie, dan dient te worden bekeken of en te worden gemotiveerd waarom er een rechtvaardiging betreft om in een concreet geval af te wijken van het beleid.

Volledigheidshalve merken wij op dat de hierboven genoemde uitspraken casuïstisch van aard zijn. Het is niet uit te sluiten dat de uitleg van het begrip ‘aangebestedingsplichtige opdracht’ zal evolueren, zodanig dat de aanbestedingsverplichting niet meer kan worden omzeild door een soort van bouwplicht uit de overeenkomst weg te laten.

De keuze om van aanbesteden af te zien is, bij gebreke van duidelijke wetgeving niet geheel zonder risico. Indien een (andere) (markt)partij verneemt dat de aanbestedende dienst een overeenkomst heeft gesloten met een (markt)partij zonder voorafgaande aanbesteding kan deze overeenkomst indien toch sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht, in rechte worden vernietigd. Bovendien kan deze (andere) marktpartij in zo een geval wellicht aanspraak maken op schadevergoeding.

Indien twijfel bestaat over de vraag of tot een aanbesteding moet worden overgegaan, biedt de publicatiemogelijkheid, zoals opgenomen in de Aanbestedingswet, wellicht uitkomst. Door het (voornemen tot het) aangaan van een overeenkomst te publiceren conform art. 4.15 en art. 4.16 Aanbestedingswet wordt het risico op vernietiging verkleind en aanvaardbaar gemaakt. Indien door een klagende partij niet binnen dertig respectievelijk vijftien dagen na publicatie bezwaar wordt gemaakt, is de (voorgenomen) overeenkomst niet langer vernietigbaar.

Staatssteun

Naast het aanbestedingsrecht zijn ook andere Europese normen van belang. In het algemeen kan worden gezegd dat in gevallen waarin de overheid een transactie met (directe dan wel indirecte) financiële gevolgen aangaat met een onderneming, zal moeten worden getoetst of in overeenstemming met de regels van staatssteunrecht wordt gehandeld. Meer in het bijzonder is relevant art. 107, lid 1, Werkingsverdrag van Europese Unie (WVEU). In dat artikel wordt beschreven in welke gevallen sprake is van ontoelaatbare staatssteun. Dit is het geval indien sprake is van (i) overheidsmiddelen (ii) die een voordeel verschaffen (iii) aan bepaalde ondernemingen of producties (iv) waardoor de mededinging wordt (dreigt te worden) vervalst en (v) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Voor gevallen waarin overheidspartijen onroerend goed verkopen, is art. 107 WVEU verder uitgewerkt in een mededeling van de Europese Commissie “betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties”¹⁰ (‘de Mededeling’). Kort gezegd is in deze Medede-

ling bepaald dat indien een openbare instantie gebouwen of gronden verkoopt, zeker gesteld moet worden dat de prijs die de openbare instantie hanteert, niet zodanig laag is, dat een onderneming daardoor wordt bevoordeeld. De prijs mag om die reden niet lager zijn dan (i) de door een onafhankelijke en beëdigde taxateur vastgestelde prijs dan wel (ii) de prijs die het gevolg is van een openbare biedprocedure.

2. CONCLUSIES

Alles overziende is het raadzaam dat overheden per beoogde transactie zorgvuldig (laten) toetsen of zij gehouden zijn een aanbesteding te organiseren dan wel – indien dat niet zo is – of er aanleiding bestaat daartoe vrijwillig over te gaan.

Zeker indien het accent ligt op de verkoop van onroerend goed en geen bindende afspraken over de realisatie worden gemaakt, zou in veel gevallen van een aanbesteding kunnen worden afgezien. In het geval de aanbestedende dienst twijfelt over de rechtmatigheid van een (voorgenomen) contractering met een (markt)partij, kan het risico op vernietiging van de overeenkomst aanvaardbaar worden gemaakt door deze conform de nieuwe Aanbestedingswet te publiceren.

De aanbestedende dienst dient in alle gevallen wel zeker te stellen dat een marktconforme prijs wordt verkregen voor het onroerend goed, om zo eventuele discussies over ongeoorloofde staatssteun te voorkomen.

De auteurs zijn verbonden aan CMS Derks Star Busmann.

- 1 Zie (onder meer) HvJ EU 25 maart 2010, Zaak C-451/08 (Müller).
- 2 HvJ EU 18 januari 2007, Zaak C-220/05 (Roanne/Auroux).
- 3 Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 24 september 2008, LJN: BF4232.
- 4 HvJ EU 25 maart 2010, Zaak C-451/08 (Müller).
- 5 Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 10 november 2010, LJN: BO4451.
- 6 Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen 10 juni 2011, LJN: BQ8211.
- 7 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, LJN: BW6167.
- 8 HR 22 januari 1999, NJ 2005, 305 (Uneto/De Vliert) en in lijn daarmee HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (Van der Stroom/Staat).
- 9 Hof Leeuwarden 15 mei 2012, LJN: BW6167.
- 10 C 209 d.d. 10 juli 1997, nr. 31997 Y0710. Naar wij begrijpen is de Europese Commissie thans bezig met het aanpassen van de Mededeling.