

Van : mrs. Patrick Haccou en Matthijs Mutsaers, advocaten
Aan : Gemeente Bronckhorst, t.a.v. Emiel van Eck
Datum : 4 februari 2021
Betreft : **zakelijke samenvatting advies 14 januari jl.**
Referentie : 238940/MJM Gem. Bronckhorst / Inbreiding Hoog-Keppel

U verzocht ons om een zakelijke samenvatting van ons advies in bovengenoemde zaak d.d. 14 januari jl. Dit ten behoeve van publicatiedoeleinden.

UW VRAGEN

Naar aanleiding van de lopende procedure die tot de verkoop moet leiden aan Zegers Ontwikkeling resp. De Bunte Vastgoed B.V. van een tweetal gemeentelijke locaties (De Bongerd resp. De Werf in Hoog-Keppel) ten behoeve van herontwikkeling, legde u ons de volgende vragen ter beantwoording voor:

- (i) Hebben we te maken met aanbestedingsregels? Zo ja, welke claims of gevolgen vloeien hieruit voort?
- (ii) Is er een (mondelinge) koopovereenkomst gesloten? En zijn er financieel/juridische consequenties als we nu de procedure afbreken?

Met inachtneming daarvan hebben wij uw vragen – zakelijk weergegeven - als volgt beoordeeld en beantwoord.

PUNTSGEWIJZE BEOORDELING EN BEANTWOORDING

Ad vraag (i)

- Op basis van de ontvangen stukken menen wij dat de Gemeente niet met de formele aanbestedingsregels uit de Aanbestedingswet 2012 te maken heeft. Kort samengevat, omdat de voorgenomen verkoop van de twee gemeentelijke locaties niet lijkt te kwalificeren als *overheids- of concessieopdracht voor werken* in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Daartoe is het volgende van belang.
- Op grond van art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 is pas sprake van een aanbestedingsplichtige (concessie-) opdracht voor werken, als een *aanbestedende dienst een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met een aannemer* sluit, gericht op het *laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de eisen van de aanbestedende dienst voldoet*, die een *beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk*. Aan deze cumulatieve voorwaarden lijkt niet allemaal te worden voldaan.



- Weliswaar is de Gemeente een aanbestedende dienst en kunnen De Bunte en Zegers worden aangemerkt als aannemer. Echter, een schriftelijke overeenkomst onder *bezwarende titel* lijkt hier niet aan de orde te zijn. Daarvan is blijkens rechtspraak pas sprake, als (i) de bouwprestatie van de aannemer in rechte afdwingbaar is, (ii) de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang bij die bouwprestatie heeft en (iii) de aanbestedende dienst een tegenprestatie verricht.¹
- Om met die laatste cumulatieve voorwaarde (iii) te beginnen: u gaf aan dat de Gemeente in ruil voor de bouwprestaties van De Bunte en van Zegers niet een op geld waardeerbare tegenprestatie gaat leveren; de Gemeente ontvangt weliswaar een koopprijs van De Bunte en Zegers, maar zij gaan de door hen te kopen locaties voor eigen rekening en risico ontwikkelen en (laten) bebouwen met woningen, welke woningen zij voor eigen rekening en risico gaan verkopen.
- Verder zien wij op basis van de van u ontvangen informatie niet direct in welk rechtstreeks economisch belang (ii) de Gemeente zou hebben bij de door De Bunte en Zegers te leveren bouwprestaties. Immers, de Gemeente wordt geen eigenaar van de woningen, er is geen sprake van de (terug-) levering van openbaar gebied aan de Gemeente, de Gemeente lijkt geen economische voordelen te kunnen halen uit het toekomstig gebruik of de toekomstige overdracht van de woningen, zij lijkt niet financieel deel te nemen aan de bouw van de woningen en de Gemeente lijkt evenmin risico's te lopen bij economische mislukking van het werk. Daarbij gaan wij er dan wel van uit dat de locaties daadwerkelijk voor een marktconforme prijs zullen worden verkocht en dat via deze verkoop geen (verboden) staatssteun wordt verleend.
- Tot slot: als de Gemeente géén rechtens afdwingbare bouwplicht aan De Bunte en Zegers oplegt in de met hen te sluiten overeenkomsten, dan zal ook niet worden voldaan aan cumulatief vereiste (i).
- Aangezien al niet lijkt te worden voldaan aan alle hiervóór genoemde cumulatieve voorwaarden in het kader van het begrip *schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel*, doet strikt genomen niet meer ter zake of wordt voldaan aan het zogenaamde eisencriterium in de definitie van het overheidsopdrachtenbegrip.
- Conclusies: op basis van de informatie die wij nu van u hebben gekregen, achten wij (goed) verdedigbaar dat een formele aanbestedingsplicht bij deze stand van zaken niet aan de orde is, zeker als niet een bouwplicht wordt opgelegd, maar een terugleverplicht. Nu de verkoopprocedure enkele trekken vertoont die doen denken aan een aanbestedingsprocedure, kunnen wij niet uitsluiten dat de aanbestedingsbeginselen (non-discriminatie, transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit) wél van toepassing moeten worden geacht, naast c.q. in aanvulling op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de Gemeente sowieso moet naleven. Vanzelfsprekend is de Gemeente ook gehouden om de aangekondigde bij deze verkoopprocedure horende “spelregels” na te leven. In het licht van uw vragen hebben wij echter niet getoetst of dat is gebeurd. Evenmin hebben wij de doorlopen procedure juridisch beoordeeld.

¹ HvJ EU 24 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), ECLI:EU:2010:168, r.o. 47 e.v.; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911, r.o. 5.6.



- Nu wij het eerste deel van uw vraag (i) ontkennend beantwoorden, komen wij aan het tweede deel van die vraag niet toe.

Ad vraag (ii)

- Voor beantwoording van de vraag in hoeverre er inmiddels een (koop-) overeenkomst met de 'winnende' inschrijvers tot stand is gekomen, zijn vooral relevant de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van 10 november jl. Daarbij is besloten de procedure tot verkoop van de terreinen te sluiten en te komen tot een koopovereenkomst met de gekozen ontwikkelaars. Hoewel dit wellicht niet als een voldoende en uitgewerkte gunningsbeslissing valt aan te merken, heeft dit besluit (van het daartoe bevoegde orgaan binnen de Gemeente) vanzelfsprekend wel te gelden als een bereidheid van de Gemeente om met de betreffende partij een overeenkomst te sluiten.
- Het besluit is ook genomen op basis van een voorstel dat de essentialia van een koopovereenkomst omvat. Voor het tot stand komen van een koopovereenkomst is in ieder geval essentieel dat er overeenstemming bestaat over het object van de koop en de koopprijs, althans een wijze waarop de koopprijs definitief kan worden bepaald. Daarnaast kunnen in bepaalde gevallen ook bijzondere aspecten die voor de verkoop relevant zijn als een essentieel onderdeel van de koopovereenkomst worden aangemerkt.
- In de opengestelde procedure is op zichzelf duidelijk op welk object de koopovereenkomsten betrekking hebben. Bovendien is in de biedingen door de betrokken partijen een koopprijs geboden. De beslissing om de opdrachten/objecten te gunnen aan de gekozen partijen omvat daarmee in beginsel dan ook overeenstemming over de essentialia van een koopovereenkomst. Twijfel bestaat in hoeverre de bijzondere aspecten van de biedingen tot de essentialia van de koopovereenkomst horen. Daar valt op zichzelf wel wat voor te zeggen, nu de Gemeente de gekozen plannen ook naar alle waarschijnlijkheid daadwerkelijk gerealiseerd wil zien. Daartoe zullen dus verplichtingen tussen partijen moeten worden opgenomen.
- Met de besluitvorming door het college lijkt ons dat in het onderhavige geval uitgegaan moet worden van ten minste een rompovereenkomst ter zake van de verkoop van de beide locaties. Partijen zullen deze rompovereenkomst nog nader met elkaar moeten uitwerken om tot een definitieve overeenkomst te komen. Die definitieve uitwerking ziet dan met name op het vastleggen van de afspraken rondom de uitvoering van het winnende project. Op die uitwerking zijn de regels van de precontractuele goede trouw van toepassing. Dit betekent dat partijen (hoewel nog geen definitieve overeenkomst tot stand is gekomen) toch al jegens elkaar gebonden zijn. Uitgangspunt daarbij is dat onderhandelende partijen weliswaar vrij zijn om onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Partijen zijn daarbij verplicht hun gedrag jegens elkaar te laten bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen.
- In onderhavige situatie lijkt ons van een dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen sprake te kunnen zijn. Enerzijds lijkt hier immers reeds sprake te zijn van rompovereenkomsten nu er ten minste over de essentialia van de koop overeenstemming bestaat. Voor zover de verdere uitwerking van de afspraken rondom de winnende initiatieven ook als een essentieel onderdeel van de koopovereenkomst moet worden beschouwd, zou daar nog in ieder geval overeenstemming over moeten worden bereikt. Gelet evenwel op het feit dat niet gebleken is



van een verschil van mening tussen partijen over de uitwerking daarvan, lijkt lastig aan te nemen dat de Gemeente nog gerechtvaardigde argumenten heeft om die onderhandelingen af te breken zonder schadeplichtig te worden. Anderzijds ligt hier echter nog wel ruimte. Het gesprek over de finale overeenkomsten zal met de betrokken partijen immers nog moeten worden aangegaan en het valt ook niet uit te sluiten dat daarbij uiteindelijk sprake is van een verschil van inzicht over de definitieve afspraken. Dit komt er dan in feite op neer dat partijen – al door onderhandelend – toch weer verder uit elkaar drijven, waarmee weer een situatie ontstaat dat partijen gerechtvaardigd een beroep kunnen doen op het afbreken van de onderhandelingen.

- **Conclusie:** Het vorenstaande betekent dat naar ons oordeel met de instemming van het college in beginsel de Gemeente gebonden is jegens de inschrijvende partijen om de betreffende locaties voor de geboden prijs aan hen te verkopen. Mede met het oog op de aanbestedingsrechtelijke aspecten als hiervoor vermeld, lijkt het echter wel in de rede te liggen om de collegebesluiten van november nader uit te werken in een deugdelijke gunningsbeslissing. Voorts zou daarin opgenomen kunnen worden dat deze voorlopige gunning betekent dat het college de onderhandelingen aangaat met de partijen om te komen tot definitieve uitgewerkte overeenkomsten en er eerst sprake is van definitieve binding op het moment dat het college ook heeft ingestemd met die uitgewerkte overeenkomsten.