

Gemeente Haren  
**T.a.v. heer R.J. Kramer  
en de heer J. ten Hoor**  
Raadhuisplein 10  
9751 AN HAREN (GN)

Per e-mail: [r.j.kramer@haren.nl](mailto:r.j.kramer@haren.nl); [j.tenhoor@haren.nl](mailto:j.tenhoor@haren.nl)

Mr. S.G. Tichelaar  
Advocaat  
Tel.: 050-5997941  
Fax: 050 5997944  
E-mail: [s.tichelaar](mailto:s.tichelaar)  
Website: [www.triplaw.nl](http://www.triplaw.nl)

Groningen, 11 november 2011

Inzake : Gemeente Haren/advies Haderaplein  
Onze ref. : 31102545/TD/ST/dw  
Documentnr. : 2357915v1

Geachte heren,

Eerder adviseerden wij u over de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de ontwikkeling van het Haderaplein. In navolging van dat advies wenst u nu te vernemen of er mogelijke aanbestedingsrechtelijke en/of staatssteunrechtelijke complicaties optreden als het navolgende scenario, hierna: "het scenario", wordt uitgevoerd.

*Na een marktverkenning zal de Gemeente Haren, hierna: "de Gemeente", een bestemmingsplan en een welstandsnota opstellen. Vervolgens wordt een biedprocedure uitgeschreven waarbij partijen wordt gevraagd een plan en een bod voor de gronden in te dienen. Vervolgens besluit een jury op basis van de ingediende plannen en prijzen aan welke partij de gronden zullen worden verkocht.*

In het navolgende zullen wij (op hoofdlijnen) de risico's op het staatssteunrechtelijke en het aanbestedingsrechtelijke vlak schetsen.

#### **Staatssteun.**

Om te voorkomen dat de Gemeente staatssteun verleent aan een bepaalde onderneming is zij verplicht om de gronden tegen een marktconforme prijs te verkopen. De Europese Commissie heeft in haar *Mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop*

van gronden<sup>1</sup> de voorwaarden neergelegd waaronder sprake is van marktconforme verkoop. Kort gezegd komt het er op neer dat verkoop kan plaatsvinden via een onvoorwaardelijke biedprocedure waarbij de grond wordt verkocht aan de partij met het hoogste bod en/of door een taxatie van een onafhankelijke deskundige.

Het is de vraag of in het scenario wordt voldaan aan de voorwaarden van deze mededeling. Immers, het is niet gezegd dat de onderneming die het hoogste bod indient ook daadwerkelijk de onderneming is aan wie de Gemeente de gronden verkooft. Nu beoogd wordt rekening te houden met planologische aspecten kan beargumenteerd worden dat het gaat om het *beste* bod maar het is de vraag of dit voldoende is om te spreken van een marktconforme prijs. De mededeling van de Europese Commissie gaat namelijk in beginsel uit om een biedprocedure waarbij wordt geselecteerd op basis van het *hoogste* bod.

In dat kader zou dus wellicht beter gekozen kunnen worden voor een onafhankelijke taxatie. De prijs van de gronden zou dan vaststaan en geïnteresseerde partijen zouden daarop hun ontwerp kunnen indienen, waarbij zij ten minste het getaxeerde bedrag als minimum moet bieden. De Gemeente zou dan op basis van de ingediende plannen kunnen selecteren. De taxatie in kwestie moet dan wel voldoen aan de voorwaarden zoals genoemd in de eerder genoemde Mededeling.

Voor de randvoorwaarden voor een taxatie zoals hierboven genoemd, verwijs ik kortheidshalve naar de Handreiking Grondtransacties en staatssteun, van het ministerie van VROM, p. 45 e.v., te downloaden via [www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl).

Het verkopen van de grond tegen een niet-marktconforme prijs brengt de nodige risico's met zich mee. De Hoge Raad heeft namelijk in het zogenoemde *Residex arrest*<sup>2</sup> bepaald dat staatssteun kan leiden tot nietigheid. In het onderhavige geval zou dit betekenen dat de verkoop(overeenkomst) nietig wordt verklaard. Daarnaast zou een benadeelde partij een klacht in kunnen dienen bij de Europese Commissie, hetgeen de nodige negatieve pers en vertraging met zich meebrengt.

### **Aanbestedingsrecht.**

Er is sprake van een overheidsopdracht voor werken indien aan drie cumulatieve criteria is voldaan. Er moet sprake van een juridisch afdwingbare overeenkomst (1) waarin door de overheid eisen worden gesteld aan het werk die verder gaan dan haar reguliere publiekelijke bevoegdheden (2) en die overheid een rechtstreeks economisch belang heeft bij realisatie van het werk (3).

Indien aan die drie voorwaarden wordt voldaan is er sprake van een overheidsopdracht voor werken en dient deze opdracht Europees te worden aanbesteed.

### Juridisch afdwingbare overeenkomst

Wij gaan er vanuit dat de Gemeente de mogelijkheid wenst om zowel het plan in kwestie als de bouw zelf juridisch af te kunnen dwingen. Zo niet, dan bestaat namelijk het risico dat het terrein jarenlang braak blijft liggen. Er bestaat voor de ontwikkelaar immers geen verplichting om ook daadwerkelijk het ingediende plan te realiseren. Dit terwijl die

<sup>1</sup> Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (97/C 209/03).

<sup>2</sup> LJN: BL4082, Hoge Raad, 28-05-2010.

ontwikkelaar wellicht enkel gekozen is op grond van het ingediende plan en niet op de hoogste bieding. Daarnaast loopt de Gemeente het risico dat de ontwikkelaar in kwestie een ander plan indient dan zij in eerste instantie in het kader van de biedprocedure had ingediend. Op grond van bestemmingsplan bestaat er voor die partij immers geen verplichting om ook daadwerkelijk het ingediende plan te realiseren.

Aan het eerste criterium voor een overheidsopdracht voor werken zal aldus worden voldaan.

*Eisen die verder gaan dan de reguliere publiekelijke bevoegdheden*

Of aan dit criterium wordt voldaan is de vraag. Zowel het bestemmingsplan als de welstandsnota zijn onderdeel van het publiekrechtelijk instrumentarium van de Gemeente. Echter, normaal gesproken wordt een plan enkel getoetst aan het wel of niet voldoen aan de welstandsnota. Er worden geen partijen gekozen op basis van een vergelijking wie het beste aan de welstandseisen voldoet.

In dat kader loopt de Gemeente dus het risico dat een rechter in een voorkomend geval zal oordelen dat ook aan het tweede criterium is voldaan.

*Rechtstreeks economisch belang*

Het is evenwel zeer de vraag of ook aan het derde criterium wordt voldaan. De Gemeente heeft niet echt een rechtstreeks economisch belang bij de ontwikkeling, zo begrepen wij van u. Het enkele feit dat de mogelijkheid zou bestaan dat burgers gebruik gaan maken van een privé parkeer gelegenheid, levert naar alle waarschijnlijkheid namelijk nog geen rechtstreeks economisch belang op.

Uit de rechtspraak zijn een aantal (niet limitatieve) situaties bekend waarin een rechtstreeks economisch belang aanwezig is. Het gaat dan om situaties waarin de Gemeente eigenaar wordt van het gerealiseerde, zij economische voordelen zou halen uit toekomstig gebruik (bijvoorbeeld niet eigenaar wordt, maar huurder), financieel aan de verwezenlijking van het werk deelneemt en of risico's loopt bij de economische mislukking van het werk. Op het eerste gezicht lijken deze of soortgelijke situaties in het onderhavige niet aan de orde. De Gemeente heeft er op zich wel een algemeen belang bij dat er wordt ontwikkeld maar heeft geen rechtstreeks economisch belang bij de ontwikkeling.

De Gemeente zou zich, gelet op het bovenstaande, op het standpunt kunnen stellen dat zij geen rechtstreeks economisch belang bij de ontwikkeling heeft en dat er dus ook geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Dit zou met zich meebrengen dat er geen verplichting zou bestaan om een Europese aanbestedingsprocedure op te tuigen. De Gemeente zou dan kunnen volstaan met een beperkte procedure waarbij een partij wordt geselecteerd aan de hand van een ingediend plan. Uiteraard moeten partijen ook in een dergelijke procedure wel gelijk worden behandeld. De plannen zullen op een transparante manier moeten worden beoordeeld. Let wel, de jurisprudentie op dit vlak is van recente aard en bevat een niet limitatieve opsomming. Of in een voorkomend geval ook daadwerkelijk geoordeeld zal worden dat er geen sprake is van een rechtstreeks economisch belang valt niet met zekerheid te zeggen.

Indien één van de partijen die meedoet aan de (bied)procedure van mening zou zijn dat er toch sprake is van een overheidsopdracht voor werken, hetgeen niet wordt veronderstelt, dan kan die partij zich tot de rechter wenden. Die partij kan in dat geval tot 6 maanden na het sluiten van de overeenkomst vernietiging vorderen. Indien de rechter

ook van mening zou zijn dat er sprake is van een overheidsopdracht voor werken dan zal de overeenkomst inderdaad (in beginsel) worden vernietigen. Indien vernietiging achterwege blijft, bijvoorbeeld op grond van het algemeen belang, dan wordt aan de Gemeente een boete opgelegd door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

De Gemeente kan overigens voorkomen dat de overeenkomst wordt vernietigd door vrijwillig haar voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan te publiceren in het publicatieblad van de Europese Unie. Indien bij het verstrijken van de termijn van 15 kalenderdagen geen procedure aanhangig is gemaakt kan de overeenkomst niet langer worden vernietigd.

Bij het onderhavige scenario loopt er al een (bied)procedure waardoor marktpartijen toch al op de hoogte zijn van de details van de verkoop. Zekerheidshalve zou het dus de voorkeur hebben om het voornemen tot sluiting van de overeenkomst bekend te maken.

#### **Artikel 122 Woningwet**

Tot slot schuilt er nog een zeker risico in artikel 122 Woningwet. Uit dit artikel vloeit voort dat de Gemeente langs privaatrechtelijke weg geen eisen kan verbinden aan bouwwerken die verder gaan dan de eisen van het bouwbesluit of het omgevingsvergunningstelsel. Een partij zou zich, nadat de gronden zijn geleverd, dan dus op het standpunt zou kunnen stellen dat de gemaakte afspraken over het plan nietig zijn.

Dit risico wordt in de praktijk echter (grotendeels) afgedekt door gezamenlijke afspraken te maken op basis van vrijwilligheid en gelijkwaardigheid. In het onderhavige geval zou dit vermoedelijk ook aan de orde zijn aangezien de marktpartij het plan in kwestie zelf indient, in het kader van de (bied)procedure, welke procedure op zichzelf beschouwd een aanbestedingsprocedure is.

#### **Conclusie**

Zoals wij eerder hebben geadviseerd zijn er twee (relatief) veilige scenario's, te weten het scenario van de traditionele gronduitgifte en het scenario van de Europese openbare aanbesteding.

Mocht gekozen worden voor het onderhavige scenario, dan begeeft men zich in een meer grijs gebied. Hoewel het standpunt dat er geen sprake is van een aanbestedingsplichte opdracht op zich verdedigbaar is, loopt de Gemeente wel een aantal risico's.

Uiteraard zijn wij bereid om in de uitvoeringsfase samen met u te kijken hoe de geschetsde risico's zoveel mogelijk beperkt kunnen worden.

Met vriendelijke groet,



S.G. Tichelaar