



1. Aanleiding voor en opzet van deze Bouwstenennotitie

1.1. Aanleiding

Ten behoeve van de vervreemding door gemeenten van onroerende zaken hebben gemeenten een eigen grondbeleid. De gemeente Nijkerk heeft dit vastgelegd in haar Nota grondbeleid 2013.

De afgelopen decennia was het in Nederland een gebruikelijke praktijk dat gemeenten hun gronden ofwel via een selectieprocedure verkochten aan de marktpartij met de beste aanbieding, dan wel één op één vervreemden aan een marktpartij. Voor die laatste methode bestonden verschillende motieven: de betreffende marktpartij had al een grondpositie in het betreffende gebied, deze partij had een nog niet ingeloste bouwclaim, deze marktpartij presenteerde de gemeente een aantrekkelijke plan voor een ontwikkeling op een bepaalde locatie of een eerdere goede ervaring met de betreffende marktpartij deed veelal de gemeenten besluiten om bij een volgend project opnieuw met deze partij in zee te gaan.

Al enkele decennia is bekend dat de één op één verkoop van gronden door gemeenten aan marktpartijen uitsluitend mogelijk is indien deze verkoop geen aanbestedingsplichtige overheidsopdracht behelst. Bovendien moet in het licht van de regelgeving op het gebied van staatssteun de marktconformiteit van de door de marktpartijen te betalen grondprijs blijken uit een door een van partijen onafhankelijke deskundige uitgevoerde taxatie.

Een arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 in de casus Didam heeft directe gevolgen voor de bestaande praktijk zoals hiervoor beschreven. Gemeenten moeten volgens de Hoge Raad bij de vervreemding van onroerende zaken het gelijkheidsbeginsel in acht nemen, hetgeen betekent dat als hoofdregel geldt dat aan (potentiële) gegadigden gelijke kansen op de aankoop moeten worden geboden. In alle gevallen moet een beoogde grondverkoop door gemeenten openbaar worden bekend gemaakt, zo besliste de Hoge Raad.

1.2. Opzet

De uitspraak van de Hoge Raad heeft directe gevolgen voor het gronduitgiftebeleid van de gemeente. Die gevolgen worden, vooruitlopend op de nieuw vast te stellen Nota grondbeleid, in deze Bouwstenennotitie worden uiteengezet. Daartoe in paragraaf 2 zal eerst worden ingegaan op het genoemde arrest van de Hoge Raad zelf, in paragraaf 3 gevolgd door een beschrijving van de consequenties van dit arrest op hoofdlijnen. Paragraaf 4 bevat een stappenplan voor een openbare biedprocedure indien genoemde hoofdregel van toepassing is en in paragraaf 5 wordt een aantal situaties benoemd waarin van de hoofdregel kan worden afgeweken. Besloten wordt in paragraaf 6 met een overzicht van de in die gevallen te zetten procedurele stappen.

2. Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam

2.1. De zaak Didam in het kort

De gemeente Montferland is op 1 januari 2005 ontstaan bij een gemeentelijke herindeling toen de gemeenten Bergh en Didam werden samengevoegd. De gemeente is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam. Op dit perceel staat het oude gemeentehuis van Didam. De gemeente wenst in dit voormalige gemeentehuis een supermarkt te vestigen.

De herontwikkeling van de gemeentehuislocatie staat niet op zichzelf. De gemeente Montferland wenst het dorpscentrum van Didam, waarbinnen deze locatie is gelegen, ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2018 het Masterplan Didam “De samenleving verandert” vastgesteld. In het Masterplan is ten aanzien van het onderwerp supermarkten onder meer vermeld dat ten tijde van vaststelling van het Masterplan de supermarkten verspreid liggen over Didam, terwijl bewoners en ondernemers aangeven juist meerwaarde te zien in de concentratie van supermarkten in het centrum. Dat biedt de mogelijkheid dat winkels in het centrum elkaar versterken.

De gemeente Montferland werkt bij de herontwikkeling van het centrum van Didam samen met een ontwikkelaar (Groenstaete). Deze partij verwerft de gronden van de gemeente, woningcorporatie Plavei en de bibliotheek en zorgt vervolgens voor de bouw en de aanleg van de openbare ruimte. Onderdeel daarvan is de bouw van een nieuwe Coop-supermarkt op de locatie van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis. Na verhuizing van de oude Coop naar deze nieuwe winkel, komt er een Aldi-vestiging op de oude Coop-locatie.

Ook een franchisenemer van een Albert Heijn-supermarkt wil zich vestigen op de gemeentehuislocatie en benadert daarvoor de gemeente. Die verwijst door naar Groenstaete, omdat de gemeentehuislocatie niet afzonderlijk te koop zou zijn, maar onderdeel zou uitmaken van een grotere gebiedsontwikkeling. Op 3 oktober 2019 sluiten de gemeente en Groenstate zowel een koopovereenkomst als een samenwerkingsovereenkomst voor het gebied waarvan de gemeentehuislocatie deel uitmaakt.

Daarop stappen bedoelde franchisenemer en een ontwikkelaar die onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern als de franchisenemer naar de rechter, De appellanten vorderen in deze spoedappel-procedure een verbod tot levering. Daarbij voeren zij in kort geding bij de Rechtbank Gelderland onder meer het volgende aan: “Deze procedure, die onder meer voorziet in de mogelijkheid een supermarkt te realiseren, verloopt daarmee volstrekt intransparant (...) Bovendien is deze onderhandse toekenning van het recht om deze gemeentelijke gronden te gebruiken in strijd met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. (...) Gemeenten zijn ook bij privaatrechtelijk handelen, zoals het verkopen of in gebruik geven van grond, onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuurlijk (...)”.

De Rechtbank Gelderland¹ verklaart de franchisenemer niet ontvankelijk wegens het ontbreken van een spoedeisend belang. Het Hof Arnhem-Nijmegen² vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart de franchisenemer wel ontvankelijk, maar wijst de verzoeken van de franchisenemer af.

2.2. De uitspraak van de Hoge Raad

Op 26 november 2021 doet de Hoge Raad uitspraak in het cassatieberoep.³ De cruciale overwegingen van de Hoge Raad zijn hieronder weergegeven:

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.

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.

¹ Rechtbank Gelderland, 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46.

² Gerechtshof Arnhem Leeuwarden, 19 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9911.

³ Hoge Raad, 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778.

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.

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.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 19 november 2019 en verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing.

3. De gevolgen van de uitspraak van de Hoge Raad in het algemeen

3.1. Naar een uniforme biedprocedure

De opdracht die de Hoge Raad geeft aan overheden – in het bijzonder aan gemeenten – om ‘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’ betekent in elk geval dat gemeenten zich dienen te bezinnen op het inrichten van een procedure voor dergelijke gevallen. Daarbij moet worden bedacht dat de uitspraak van de Hoge Raad niet betekent dat er in dergelijke gevallen sprake is van een aanbestedingsplicht. Aan gemeenten komt een grote mate van vrijheid toe bij de inrichting van een procedure waarmee (a) voldaan wordt aan de vereiste passende mate van openbaarheid en (b) tegelijk een praktisch hanteerbare werkwijze wordt gekozen, die in vergelijking met de huidige praktijk niet onnodig extra belastend is.

3.2. Naar heldere criteria voor grondverkoop zonder voorafgaande openbare biedprocedure

Voordat gronden waarvan de gemeente vindt dat ‘op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop’ daadwerkelijk aan deze ene partij worden verkocht, dient de gemeente het voornemen daartoe kenbaar te maken, vergezeld van een motivering die steunt op de door de Hoge Raad genoemde objectieve, toetsbare en redelijke criteria.

Het hanteren van de in dit document omschreven werkwijze voor typen gevallen waarin de gemeente juridische ruimte ziet voor een uitzondering op de hoofdregel dat een openbare biedprocedure moet worden gevolgd, geeft een consistente gemeentelijke aanpak bij ruimtelijke ontwikkelingen.

4. Een stappenplan voor een openbare biedprocedure

Indien ingeval van een beoogde vervreemding door de gemeente van onroerende zaken in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad daaraan voorafgaand een openbare biedprocedure dient te worden gevolgd, dan dient een dergelijke procedure de volgende stappen te omvatten:

1. Collegebesluit/mandaatbesluit (voorgenomen) grondverkoop, waarin tot het houden van een openbare biedprocedure wordt besloten;

2. Publicatie met daarin de aankondiging van de openbare biedprocedure. 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 biedprocedure deelnemen moeten voldoen, gelet op de op activiteiten die ten aanzien van de onroerende zaken zijn toegestaan,
 - (d) het verloop van de biedprocedure en
 - (e) de door de gemeente te hanteren selectiecriteria;
3. De openbare biedprocedure. 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 biedprocedure met als enig criterium de hoogste prijs als ook (b) een getrapte biedprocedure met als criterium zowel de aangeboden prijs als de door de aanbidders voorgestelde kenmerken van genoemde activiteiten worden gehouden.
 Ad (a): in het eerste geval krijgen alle gegadigden die voldoen aan de minimumeisen de gelegenheid om gedurende een zekere periode na publicatie een aanbieding te doen en kondigt de gemeente aan om binnen een zekere termijn na het sluiten van mogelijkheid om een aanbieding te doen een besluit tot voorgenomen vervreemding te nemen.
 Ad (b): in het tweede geval kan de gemeente bepalen dat gedurende de eerste fase van biedprocedure alle gegadigden die voldoen aan de minimumeisen de gelegenheid krijgen om gedurende een zekere periode na publicatie hun ervaring met vergelijkbare projecten te presenteren. Eventueel kan hierbij ook om een eerste, zeer beknopte reflectie op het verzoek tot het doen van een bieding worden gevraagd. Op basis van de resultaten van deze eerste fase beslist de gemeente welke partijen in de gelegenheid worden gesteld om daadwerkelijk een aanbieding te doen, bestaande in een prijs voor de onroerende zaak, gekoppeld aan een beschrijving van de activiteiten die de gegadigde ten aanzien van de te vervreemden onroerende zaken wil uitvoeren. De gemeente zal binnen een zekere termijn na het sluiten van mogelijkheid voor het beperkte aantal partijen om een aanbieding te doen een besluit tot voorgenomen vervreemding nemen. Het aantal partijen dat de gemeente tot de tweede fase van de openbare biedprocedure wil toelaten zal in de publicatie moeten worden aangegeven. Alle termijnen dienen helder te zijn. De minimumeisen alsmede de criteria om toegelaten te worden tot fase twee dienen objectief, toetsbaar en redelijk te zijn. Dat geldt ook voor de selectiecriteria (hoogste prijs, beste prijs/kwaliteitsverhouding);
4. De beoogde verkoop aan de gegadigde met de beste aanbieding wordt medegedeeld aan alle deelnemers aan de biedprocedure;
5. Een termijn (van 20 dagen) gedurende welke de andere deelnemers aan de biedprocedure dan de gegadigde met de beste aanbieding in de gelegenheid worden gesteld beroep (en eventueel ook bezwaar) tegen de beoogde grondverkoop in te stellen;
6. Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van ontvangen beroep of bezwaar: ondertekening van de overeenkomst;
7. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten;
8. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van bezwaar, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten.

5. Uitzonderingen op een openbare biedprocedure

5.1. Inleiding

In deze paragraaf zullen de typen gevallen worden benoemd waarin een gemeentelijke vervreemding van onroerende zaken kan plaatsvinden zonder dat daaraan voorafgaand een openbare biedprocedure wordt gehouden, maar wordt volstaan met een publicatie waarin wordt aangegeven dat redelijkerwijs sprake is van slechts één gegadigde voor de aankoop van de betreffende gemeentelijke

onroerende zaak. In al deze gevallen dient in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad sprake te zijn van een objectief, toetsbaar en redelijk criterium.

Daaraan voorafgaand zal worden ingegaan wanneer het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam bij vastgoed- en gebiedsontwikkeling in het geheel geen toepassing vindt.

5.2. Het arrest Didam mist toepassing bij zelfrealisatie

Voor gebieden waarbinnen alle onroerende zaken zijn verworven door marktpartijen vindt het arrest van de Hoge Raad geen toepassing. De gemeente verkoopt in dergelijke gebieden in het geheel geen onroerende zaken aan marktpartijen. De marktpartijen die alle onroerende zaken hebben verworven, hebben bovendien op de gehele gebiedsontwikkeling een wettelijk recht op zelfrealisatie, indien en voor zover dit in overeenstemming is met het aanbestedingsrecht. Mogelijk is de realisatie van bepaalde onderdelen van de gebiedsontwikkeling (met een publiek karakter) namelijk aanbestedingsplichtig, maar dat was ook voor de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam al het geval.

Ook wanneer de eigendomsverdeling wordt vergeleken met de verkaveling in het stedenbouwkundige plan voor de betreffende gebiedsontwikkeling en marktpartijen onroerende zaken in eigendom hebben waarop een deel van het stedenbouwkundige plan zelfstandig kan worden ontwikkeld, dan hebben de marktpartijen op dat deel van het stedenbouwkundige plan een zelfrealisatierecht en mist het arrest van de Hoge Raad voor die onroerende zaken betekenis.

5.3. Grondeigendom en integrale planvorming

Zodra voor het realiseren van een vastgoed- of gebiedsontwikkeling onroerende zaken nodig zijn die de gemeente in eigendom heeft, dan is het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam van toepassing.

Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin alle benodigde onroerende zaken eigendom zijn van de gemeente en situaties waarin sprake is van een gemengd eigendom. In deze paragraaf gaat het om de tweede situatie: ook de marktpartij heeft eigendom, maar de gemeente ook en van beide partijen zijn onroerende zaken nodig om de beoogde ruimtelijke ontwikkeling te laten plaatsvinden.

Het is belangrijk om in dergelijke gevallen een vergelijking te maken tussen de eigendomsverdeling en de verkaveling in het stedenbouwkundige plan. Indien een gedeelte van het stedenbouwkundige plan is geprojecteerd op onroerende zaken die gedeeltelijk in eigendom bij de gemeente en gedeeltelijk in eigendom zijn van marktpartijen die bereid en overigens in staat zijn om het betreffende deel van het stedenbouwkundige plan te realiseren in overeenstemming met de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering, dan kan het volgen van een openbare biedprocedure in redelijkheid niet van de gemeente worden gevraagd, omdat de gemeente de onroerende zaken die nodig zijn om het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundige plan te realiseren niet via een openbare biedprocedure kan verkopen aan derden.

Voor het realiseren van het betreffende gedeelte van het stedenbouwkundig plan is immers de medewerking van de private grondeigenaren noodzakelijk. Het is daarom verdedigbaar dat de gemeente in die situatie, ter bevordering van een integrale, samenhangende ontwikkeling van het betreffende gebied (kijkend naar o.a. de gewenste omvang en situering van (bepaalde typen) woningen, parkeren ontsluiting etc.), ten aanzien van het gedeelte van het plangebied waar van een dergelijke eigendomsverdeling sprake is, een vorm van publiek-private samenwerking aangaat met de marktpartijen die daarbinnen onroerende zaken in eigendom hebben verworven. Hierbij kan een bouwclaimovereenkomst worden gesloten, een gezamenlijke grondexploitatie maatschappij worden opgericht, een concessieovereenkomst worden aangegeven of (onder de Omgevingswet) gebruik worden gemaakt van het instrument van stedelijke kavelruil. Op basis van die samenwerking kan de gebiedsontwikkeling dan zo spoedig mogelijk ter hand worden genomen, uiteraard mits het voornemen tot het sluiten van in het kader van de samenwerking te sluiten overeenkomsten op de door de Hoge Raad beschreven wijze is kenbaar gemaakt.

De redelijkheid van deze benadering blijkt wanneer wordt gekeken naar het alternatief dat de gemeente in deze situatie heeft: het vragen aan de betreffende marktpartij of marktpartijen om hun onroerende zaken aan de gemeente te verkopen, zodat deze - samen met de gemeentelijke onroerende zaken - kunnen worden betrokken in een openbare biedprocedure. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zullen de marktpartijen dit weigeren. Mocht de gemeente deze lijn dan toch willen doortrekken, dan rest de gemeente niets ander dan deze onroerende zaken te onteigenen. Dit alternatief is niet alleen geen noodzakelijk gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Didam, maar is reeds op grond van de factor tijd ook bepaald niet bevorderlijk voor de voortgang van vastgoed- en of gebiedsontwikkeling.

Zeker indien voor de betreffende ruimtelijke ontwikkeling om beleidsmatige redenen een spoedige realisering wenselijk is, valt niet in te zien waarom de gemeente er niet in redelijkheid voor zou kunnen kiezen om de eigen onroerende zaken te verkopen aan de marktpartij of marktpartijen die in het betreffende gebied al onroerende zaken in eigendom hebben, om zo een integrale, samenhangende gebiedsontwikkeling mogelijk te maken.

In dit verband is van belang dat de Hoge Raad in het arrest van 26 november 2021 nadrukkelijk ruimte heeft gelaten voor gemeentelijke beleidsvrijheid bij het bepalen van criteria. Zo spreekt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.1.4. van de 'beleidsruimte' die de overheid toekomt voor het hanteren van

selectiecriteria. In het verlengde hiervan is die beleidsruimte er ook bij het hanteren van criteria op basis waarvan wordt geconcludeerd dat er maar één serieuze gegadigde is (zie rechtsoverweging 3.1.6). De vrijheid die de overheid in de hem toekomende beleidsruimte heeft om publieke belangen via het privaatrecht te behartigen, kan er toe leiden dat maar één gegadigde serieus voor de aankoop in aanmerking komt. Dit is in dit geval ingegeven door het gemeentelijk belang bij een snelle en efficiënte verwezenlijking van de gebiedsontwikkeling.

Kortom: het bestaan van een belemmerende grond- of vastgoedpositie van marktpartijen voor de realisatie van (een of meer afgeronde delen van) het stedenbouwkundige plan, die slechts door middel van onteigening kan worden verkregen, kan worden aangemerkt als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente met deze marktpartijen een samenwerking kan aangaan.

5.4. Bouwclaims

Een bouwclaimovereenkomst (waarbij marktpartijen door hen verworven onroerende zaken vervreemden aan de gemeente en op een later moment bouwrijpe gronden kopen van de gemeente teneinde deze voor eigen rekening en risico te bebouwen) kan betrekking hebben op een door marktpartijen in te leven grondpositie in een gebied, waarbij deze marktpartijen in hetzelfde gebied, maar op een andere plek, andere gronden van de gemeente kunnen kopen. Het kan ook zo zijn dat de gronden die de marktpartij aan de gemeente verkoopt in een ander gebied zijn gelegen dan de gronden die de gemeente aan de marktpartij verkoopt.

Als objectief, toetsbaar en redelijk criterium op grond waarvan de gemeente aan marktpartijen die een bouwclaim hebben onroerende zaken kan verkopen, zonder dat een openbare biedprocedure behoeft te worden gevolgd, geldt dan dat sprake is van door de gemeente te verkopen gronden die niet los kunnen worden gezien van andere gronden die door de gemeente van marktpartijen zijn verkregen met het oogmerk dat die partijen elders gronden krijgen waarop een deel van het plan kan worden ontwikkeld. Een dergelijke handelwijze valt ook binnen de gemeentelijke beleidsvrijheid, waarover in paragraaf 5.3. reeds werd gesproken.

5.5. Compensatie

In het kader van verwerving van onroerende zaken door gemeenten is het een gebruikelijke praktijk om – bijvoorbeeld bij de aankoop van onroerende zaken van bedrijven – te proberen om in plaats van een aankoopbedrag (of een schadeloosstelling bij onteigening) vervangende grond elders aan te bieden. De verkoop van de gronden op de vervangende locatie vindt dan plaats in het kader van een - beleidsmatig wenselijke - uitplaatsing een bedrijf.

Het niet via een openbare biedprocedure maar via een enkelvoudige aanbieding aan het te verplaatsen bedrijf aanbieden van de grond vindt naar dan plaats op basis van een objectief, toetsbaar en redelijk criterium.

5.6. Grondruil

In feite zijn zowel situaties waarin sprake is van een bouwclaim (als besproken in paragraaf 5.4.) als de verplaatsing van een bedrijf naar een andere locatie voorbeelden van grondruil tussen de gemeente en een of meer marktpartijen.

Meer in het algemeen kan grondruil ook plaatsvinden ingeval van een vastgoed- of gebiedsontwikkeling waarbij een vergelijking tussen de verdeling van de eigendom binnen de te ontwikkelen locatie en de beoogde eigendomsverdeling na realisatie van het project betekent dat partijen over en weer een of meer onroerende zaken aan elkaar verkopen. Ook hier geldt: de betreffende ruimtelijke ontwikkelingen, die de gemeente beleidsmatig wenselijk acht kunnen uitsluitend plaatsvinden indien de gemeente en de marktpartij(en) onroerende zaken ruilen.

Zoals in paragraaf 5.3. reeds aangegeven, eerbiedigt de Hoge Raad de gemeentelijke beleidsruimte en betekent dit dat de grondruil die noodzakelijk is voor een beleidsmatig wenselijke ruimtelijke ontwikkeling een objectief, toetsbaar en redelijk criterium oplevert om de gemeentelijke onroerende zaken die daarin zijn betrokken niet via een openbare biedprocedure maar via een enkelvoudige aanbidding aan de betreffende marktpartij(en) aan te bieden.

5.7. Nabijheid bij het toevoegen van gronden

Bedrijven kunnen de wens hebben om hun bedrijfspercelen te vergroten om meer ruimte te bieden aan hun bedrijfsvoering en eigenaren/bewoners kunnen de wens hebben om hun tuin uit te breiden. In beide typen gevallen kan het zijn dat de gemeente in de gelegenheid is om aan de betreffende wensen te voldoen door verkoop van aangrenzende onroerende zaken aan deze bedrijven dan wel particulieren.

Juist dit aangrenzende karakter levert een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op, op grond waarvan redelijkerwijs slechts één gegadigde in aanmerking komt voor de koop van de gemeentelijke onroerende zaken en derhalve een openbare biedprocedure in dergelijke gevallen niet behoeft te worden gevolgd.

Hierbij wordt er vanuit gegaan dat evident duidelijk is welk bedrijf of welke particulier aan wiens onroerende zaken de gemeentelijke onroerende zaken grenzen voor de koop in aanmerking komt. Mocht het in voorkomende gevallen zo zijn dat meerdere bedrijven c.q. particulieren eigendommen hebben die grenzen aan het gemeentelijke eigendom dat de gemeente wil vervreemden en meerdere van deze eigenaren aangeven interesse te hebben in de aankoop van de gemeentelijke onroerende zaken, dan is de gemeente uiteraard wel gehouden om deze eigenaren allen gelijke kansen te bieden op verwerving. Denkbaar is dat de gemeente in een dergelijke situatie kiest voor een zekere verdeling van de gemeentelijke onroerende zaken over de diverse geïnteresseerde eigenaren met aangrenzende onroerende zaken. Indien dit, gelet op de verkaveling die daarvan het resultaat zou zijn, geen redelijke oplossing biedt, dan zou de gemeente over kunnen gaan tot loting. Het verdient aanbeveling om in situaties waarin mogelijk sprake is van meerdere percelen waarvan de eigenaren wellicht allemaal als potentiële gegadigden zijn aan te merken, de kenmerken van het betreffende geval goed in kaart te brengen voordat een werkwijze wordt gekozen.

5.8. Gesloten contracten

Bedoeld worden hier gesloten contracten, op grond waarvan de gemeente onroerende zaken vervreemdt aan marktpartijen, zonder dat een voorafgaande, openbare biedprocedure is gehouden, terwijl dat op grond van de criteria die de Hoge Raad in de casus Didam heeft geformuleerd wel had moeten. De vraag is onder welke omstandigheden dergelijke overeenkomsten nog in rechte kunnen worden aangetast.

Omdat de verplichting om bij grondverkoop in beginsel een openbare biedprocedure te houden niet voortvloeit uit een expliciete daartoe strekkende wetsbepaling, maar de Hoge Raad het bestaan van

deze verplichting uit het gelijkheidsbeginsel heeft afgeleid, kan niet met volledige zekerheid worden gesteld binnen welke termijn na het sluiten van een overeenkomst deze nog in rechte zou kunnen worden aangetast.

Hoewel een openbare biedprocedure geen formele aanbestedingsprocedure is, is het, vanwege de gelijkenis in opzet en strekking tussen een aanbestedingsprocedure en een openbare biedprocedure, denkbaar en verdedigbaar om voor de lengte van een dergelijke aansluiting te zoeken bij de termijn gedurende welke marktpartijen in de gelegenheid zijn om beroep in te stellen tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht te gunnen aan een marktpartij, zonder dat een aanbestedingsprocedure is gehouden.

Op grond van artikel 4.15, lid 2, aanhef en onder b Aanbestedingswet geldt hiervoor een termijn van een half jaar. Uitgaande van die termijn is verdedigbaar dat na ommekomst van een termijn van een half jaar na het sluiten van een overeenkomst voor vastgoed- of gebiedsontwikkeling, het risico van een succesvolle claim van een derde om de overeenkomst aan te tasten minimaal is geworden.

Anders dan de situaties die in de paragrafen 5.2. tot en met 5.7. zijn beschreven, gaat het hier om gevallen die op den duur zullen verdwijnen, omdat alle overeenkomsten die zijn gesloten voor 26 november 2022 op zeker moment zijn uitgevoerd.

5.9. Lopende onderhandelingen

Bij lopende onderhandelingen is in de eerste plaats van belang of de gemeente bij de onvermijdelijke openbare publicatie van de beoogde verkoop van onroerende zaken aan de onderhandelingspartner, gemotiveerd kan stellen dat sprake is van een objectief, toetsbaar en ook redelijk criterium op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Dit het geval zijn indien de onderhandelingspartner van de gemeente er – gezien de stand van de onderhandelingen – los van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Didam op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen.

Voor de omvang van het risico dat een derde zich naar aanleiding van de publicatie zal melden met een bezwaar tegen de beoogde grondverkoop, is van belang of derden – net zoals in Didam – zich eerder als geïnteresseerden (bij de gemeente) hebben gemeld en zijn afgewezen. Indien dit zo is, dan is de kans dat er naar aanleiding van de publicatie bezwaren zullen worden ingediend, beduidend groter dan wanneer derden nimmer tegen de samenwerking tussen de gemeente en de onderhandelingspartner hebben geageerd.

Wanneer de gemeente in de situatie van eerder afgewezen derden geen goede motivering kan bedenken waarom aan de onderhandelingspartner wordt verkocht zonder dat een openbare biedprocedure wordt gehouden, dan kan de gemeente overwegen om de onderhandelingen af te breken en de betreffende onroerende zaken in een openbare biedprocedure te betrekken, waarbij het de onderhandelingspartner vrij staat om mee te dingen. Omdat een gemeente daarmee niets anders doet dan zich conformeren aan het volgens de Hoge Raad geldende recht, kan dit niet lijden tot een succesvolle schadeclaim van de onderhandelingspartner jegens de gemeente.

Evenals aan het einde van paragraaf 5.8. past ook bij de betekenis van lopende onderhandelingen dat het hierbij in het licht van het Didam-arrest gaat om gevallen die op den duur zullen verdwijnen, omdat alle onderhandelingen die het betreft binnen afzienbare tijd ofwel zullen leiden tot het sluitend van een overeenkomst, dan wel tot het beëindigen van de onderhandelingen zonder dat overeenstemming is bereikt.

5.10. Specifiek vastgoed

Voor het vervreemden van sommige typen vastgoed- of gebiedsontwikkelingen zoekt de gemeente specifieke typen marktpartijen. Zo zoekt de gemeente bij de vervreemding van kavels voor het

realiseren van woningbouw door middel van (collectief) particulier opdrachtgeverschap uitsluitend (collectieven van) natuurlijke personen. Voor vastgoed op het gebied van zorg of onderwijs heeft de gemeente ook kopers met expertise ten aanzien van het realiseren en exploiteren van dergelijk vastgoed op het oog. Bij grondverkoop ten behoeve van het realiseren van sociale huurwoningen zoekt de gemeente wellicht bij voorkeur een woningcorporatie die deze woningen realiseert. En bij de verkoop van gronden voor publieke voorzieningen wenst de gemeente te vervreemden aan andere overheden of bedrijven die werkzaam zijn in bijvoorbeeld de nutssector.

In een aantal situaties waarin de realisatie van bijzondere typen vastgoed aan de orde is, zal de gemeente op voorhand een bepaalde partij op het oog hebben dan wel in de loop van het planproces in beeld krijgen die zich bereid verklaart de benodigde onroerende zaken van de gemeente te verwerven en die bereid en in staat is om het betreffende vastgoed te realiseren.

Op grond van rechtsoverweging 3.1.5. van het arrest van de Hoge Raad in de casus Didam kan een gemeente zodanige selectiecriteria formuleren, dat alleen die partijen voor verwerving in aanmerking komen die voldoende zijn geëquipeerd om het door de gemeente gewenste type vastgoed te realiseren. Indien er meerdere partijen zijn die aan zulke selectiecriteria voldoen, dan zullen deze alle in de gelegenheid moeten worden gesteld om mee te dingen naar de verwerving. Wanneer het gaat om sociale huurwoningen dient daarbij te worden bedacht dat het realiseren daarvan niet exclusief is voorbehouden aan woningcorporaties.

In bepaalde omstandigheden is het denkbaar dat voor het realiseren van vastgoed met een bepaald karakter redelijkerwijs maar één serieuze gegadigde beschikbaar is. Dit kan bij voorbeeld het geval zijn wanneer de gemeente weet dat van alle partijen die (in theorie) interesse zouden kunnen hebben voor de aankoop, slechts één partij (bij voorbeeld een groep zorgverleners) werkelijk belangstelling heeft en bereid en in staat is het beoogde project te realiseren. In een dergelijk geval kan worden volstaan met een publicatie van de beoogde grondverkoop zonder dat daaraan voorafgaand een openbare biedprocedure wordt gehouden. Het specifieke karakter van het vastgoed en de beperkte beschikbaarheid van partijen die daartoe op de betreffende locatie kunnen en willen realiseren kan dan objectief, toetsbaar en redelijk criterium opleveren op grond waarvan een openbare biedprocedure niet hoeft te worden gevolgd.

5.11. Unsolicited proposals

Een andere omstandigheid waarvan de vraag rijst of die zou kunnen leiden tot een objectief, toetsbaar en redelijk criterium op om onroerende zaken te vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare biedprocedure wordt gehouden, is het door die marktpartij in een eerder stadium indienen van een zogenaamd *unsolicited proposal*, waarbij deze marktpartij de gemeente een concreet voorstel doet voor de ontwikkeling van een bepaald gebied waarbinnen de onroerende zaken in eigendom zijn van de gemeente en waarbij deze marktpartij aangeeft dat hij bereid en in staat is om het gebied te ontwikkelen en een bouwprogramma overeenkomstig het gepresenteerde voorstel te realiseren.

Indien de gemeente op zo'n aanbod ingaat, worden de voor realisatie van het ingediende voorstel benodigde onroerende zaken door de gemeente vervreemd aan de marktpartij die het voorstel heeft ingediend. De vraag die voorligt is derhalve of de gemeente als criterium om onroerende zaken te vervreemden aan een marktpartij zonder dat een voorafgaande openbare biedprocedure wordt gehouden het ontvangen van een voor de gemeente aantrekkelijk *unsolicited proposal* van die marktpartij zou kunnen hanteren.

Wanneer wordt voldaan aan twee voorwaarden bestaat ruimte voor het honoreren van *unsolicited proposal*. De eerste voorwaarde is dat er overeenstemming is tussen de randvoorwaarden en beleidsuitgangspunten die de gemeente ten aanzien van het betreffende gebied hanteert enerzijds en de kenmerken van *unsolicited proposal* anderzijds.

Een voorwaarde is dat een marktpartij een voorstel doet voor de ontwikkeling van een project of gebied, terwijl een dergelijke ontwikkeling in geen enkel gemeentelijk beleidsstuk voorkomt, kortom: het is werkelijk een uniek idee dat de marktpartij presenteert. Ook dan zal sprake moeten zijn van een zekere uniciteit van het idee. Het is de vraag of een idee voor een standaard woningbouwproject in het deel van het buitengebied dat nog in geen enkel gemeentelijk plan voorkomt, hieraan voldoet.

In dergelijke situaties loopt de gemeente met het honoreren van een *unsolicited proposal* het risico dat andere marktpartijen zich naar aanleiding van de publicatie van het voornemen om onroerende zaken te vervreemden aan de marktpartij die de *unsolicited proposal* heeft ingediend, op het standpunt stellen dat zij evenzeer in staat zijn om binnen genoemde randvoorwaarden en – dan inmiddels gewijzigde – beleidsuitgangspunten een voorstel op te stellen en daarom een kans wensen te krijgen om naar de onroerende zaken mee te dingen.

Gelet op een en ander verdient het aanbeveling om de ruimte die de gemeente beleidsmatig wil bieden aan *unsolicited proposals* zo objectief mogelijk te omschrijven.

Naarmate een te ontwikkelen project of gebied gecompliceerder en een voor het betreffende gebied ingediend voorstel unieker is, stijgt de kans dat het zonder voorafgaande biedprocedure vervreemden van onroerende zaken met als criterium dat sprake is van aan een marktpartij die een *unsolicited proposal* heeft ingediend, voldoet als een objectief, toetsbaar en redelijk criterium zoals bedoeld door de Hoge Raad.

6. Een stappenplan voor uitzonderingen op een openbare biedprocedure

Indien ingeval van een beoogde vervreemding door de gemeente van onroerende zaken sprake is van een van de hiervoor in paragraaf 5 beschreven situaties waarin de gemeente van mening is dat in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad het volgen van een daaraan voorafgaande openbare biedprocedure niet behoeft te worden gevolgd, dan zouden in een dergelijk geval de volgende stappen kunnen worden gezet:

1. 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 biedprocedure te houden;
2. Publicatie van het voornemen van vervreemding op (in elk geval) de gemeentelijke website. Ook hierin dient de motivering waarom zonder voorafgaande openbare biedprocedure de onroerende zaken aan één partij te vervreemden te worden vermeld. Een verwijzing naar officiëlebekenmakingen.nl is denkbaar;
3. Een termijn (van 20 dagen) gedurende welke derden die eveneens voor de verwerving in aanmerking zouden willen komen in de gelegenheid worden gesteld beroep (en eventueel ook bezwaar) tegen de beoogde grondverkoop in te stellen;
4. Indien binnen genoemde termijn geen sprake is van ontvangen beroep of bezwaar: ondertekening van de overeenkomst;
5. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van beroep: het oordeel van de rechter afwachten;
6. Indien binnen genoemde termijn wel sprake is van bezwaar, maar niet van beroep: het oordeel van het college afwachten.

Nijkerk, 3 juni 2022