

## MEMORANDUM

Aan : [REDACTED] Gemeente Dronten

Van : [REDACTED] KienhuisHoving (met branchegroep "Bouw")

Datum : 26 januari 2022

Inzake : Dronten, gem./ De Regt

---

### I. Achtergrond en vraagstelling

1. De gemeente Dronten (hierna: "**Gemeente**") is in gesprek met de familie De Regt (hierna: "**De Regt**") over een grondtransactie waarbij de Gemeente een kavel aan De Regt zou verkopen voor de realisatie van huisvesting voor arbeidsmigranten. In ruil daarvoor zou De Regt onder meer enkele studentenwoningen in Dronten opheffen. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1778) is AKD door de Gemeente verzocht te adviseren over (i) of het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021 consequenties heeft voor de onderhandelingen met De Regt, (ii) een omschrijving van de risico's indien de grond – zonder dat mededingingsruimte wordt geboden – wordt verkocht en (iii) of het arrest ook geldt in het geval van de verkoop van een erfpachtrecht. Dit (concept) advies is op 28 december 2021 uitgebracht.
2. In het advies van AKD worden voornoemde drie vragen beantwoord en wordt ook een oplossingsrichting aangedragen. Deze oplossingsrichting komt er – kort gezegd – op neer dat de Gemeente bij de verkoop van het onroerend goed wel ruimte voor mededinging biedt (gronduitgifteprocedure), maar met inachtneming van de aan haar toekomende beleidsruimte criteria stelt die zo goed mogelijk kunnen bijdragen aan het door de Gemeente nagestreefde belang: het verminderen van studentenwoningen. Op dat moment is volgens AKD sprake van *"een transparante procedure, waarbij de (eventuele) gegadigden op basis van dezelfde criteria worden beoordeeld en achteraf valt na te gaan waarom de grond aan de desbetreffende partij is verkocht."*
3. De Gemeente stelt naar aanleiding van het advies van AKD vast dat het hanteren van criteria

die tegemoet komen aan het door de Gemeente nagestreefde belang (het verminderen van studentenwoningen) ertoe zal leiden dat De Regt in de kaart wordt gespeeld. De Gemeente stelt: *“Feitelijk komt deze constructie erop neer dat De Regt als enige in aanmerking komt, omdat zij de meeste studentenwoningen in Dronten-Noord heeft.”* De Gemeente vraagt KienhuisHoving daarom (i) of de door AKD voorgestelde oplossingsrichting juridisch houdbaar is. Indien dat niet het geval is, wil de Gemeente weten (ii) hoe de juridische houdbaarheid meer geborgd kan worden en indien dat niet mogelijk is (iii) of een andere juridisch houdbare oplossing te bedenken is die leidt tot hetzelfde resultaat.

4. In dit memo concluderen wij dat (i) er een zeker risico kleeft aan de door AKD voorgestelde oplossingsrichting, (ii) de juridische houdbaarheid meer geborgd zou kunnen worden middels criteria die maken dat er sprake is van daadwerkelijke mededinging en geen kunstmatige beperking van de mededinging optreedt en (iii) het tijdig, voorafgaand aan de verkoop, kenbaar maken van het voornemen daartoe een andere juridische oplossing zou kunnen zijn.
5. Alvorens onze antwoorden toe te lichten, staan wij in paragraaf II. van dit memo kort stil bij het juridisch kader.

## **II. Juridisch kader**

### *Didam-arrest*

6. Op 26 november 2021 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in de zaak ‘Didam’. In deze zaak heeft de Hoge Raad – kort gezegd – geoordeeld dat uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit dat een overheidslichaam bij verkoop van onroerend goed ruimte voor mededinging moet bieden, indien er meerdere geïnteresseerde gegadigden zijn of indien het 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. Om gelijke kansen te kunnen bieden moet het overheidslichaam een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot (i) de beschikbaarheid van de onroerende zaak, (ii) de selectieprocedure, (iii) het tijdschema en (iv) 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.
7. De Hoge Raad formuleert in het arrest ook een uitzondering op deze hoofdregels. De 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.

*Link met het (Europese) aanbestedingsrecht*

8. In het arrest van de Hoge Raad wordt enkele keren verwezen naar de Hommerson-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927). In deze uitspraak oordeelde de Afdeling – kort gezegd – dat de overheid op grond van het gelijkheidsbeginsel bij schaarse vergunningen ruimte voor mededinging moet bieden, maar ook dat de verplichting daartoe *“kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van mededingingsruimte is meegewogen.”*
  
9. In de juridische vakliteratuur is naar aanleiding van de hiervoor geciteerde tekst uit de Hommerson-uitspraak een link gelegd met het Europese aanbestedingsrecht.<sup>1</sup> Zo stelt Wolswinkel bijvoorbeeld dat deze constructie *“doet denken aan art. 32 van de nieuwe Aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2014/24/EU), op grond waarvan de zogeheten ‘onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking’ weliswaar wordt toegestaan – onder meer – indien de opdracht alleen door een bepaalde ondernemer kan worden verricht omdat mededinging ontbreekt om technische redenen, mits er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. Deze kunstmatige beperking komt ook terug in art. 18 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn, waar onder de aanbestedingsbeginselen naast de klassieke beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit afzonderlijk het zogeheten ‘mededingingsbeginsel’ wordt genoemd: ‘Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel [...] om de mededinging op*

---

<sup>1</sup> C.J. Wolswinkel, Schaarse vergunning. Bestuursorgaan moet reële mededingingsruimte bieden en passende mate van openbaarheid verzekeren voor alle gegadigden, AB 2016/426.



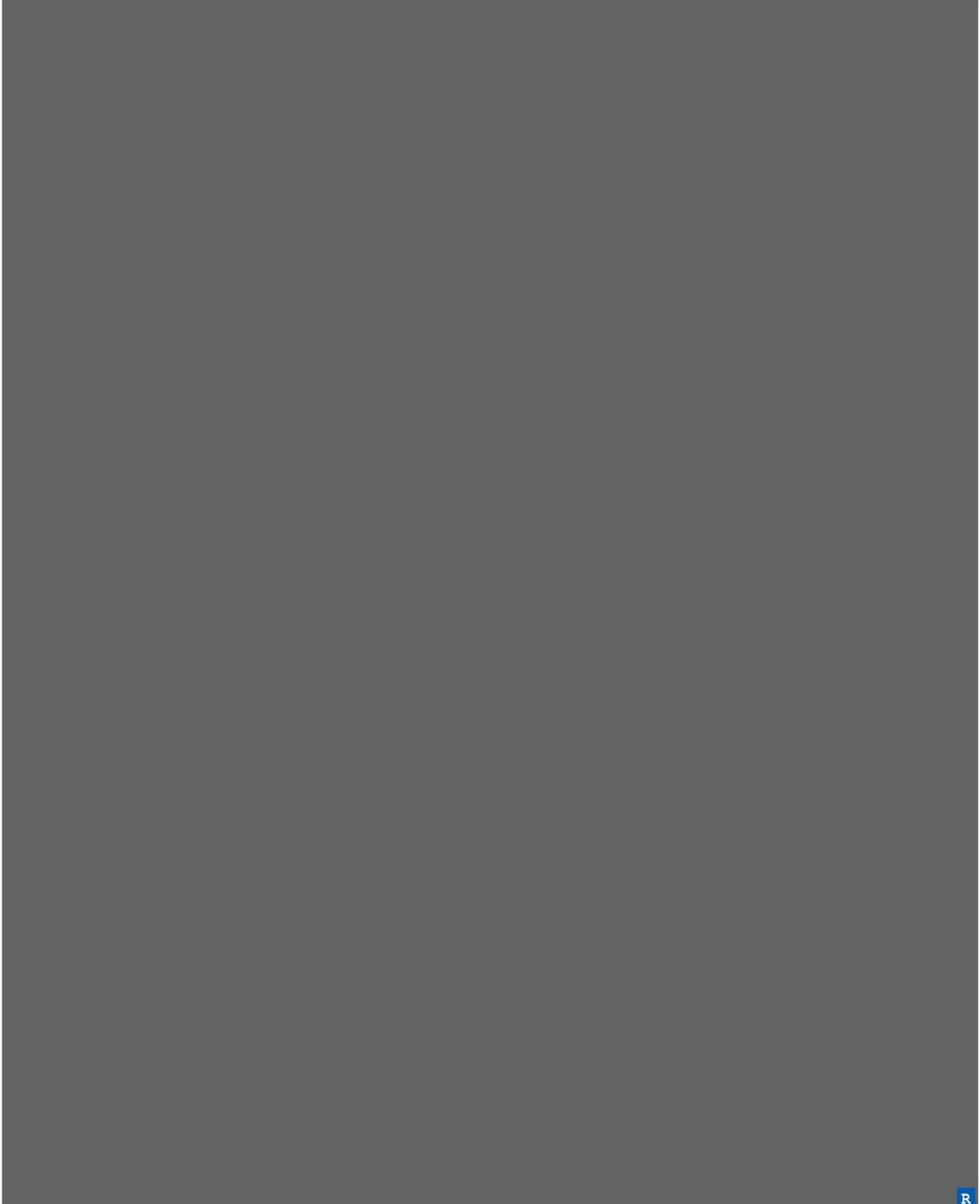
*kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.’”*

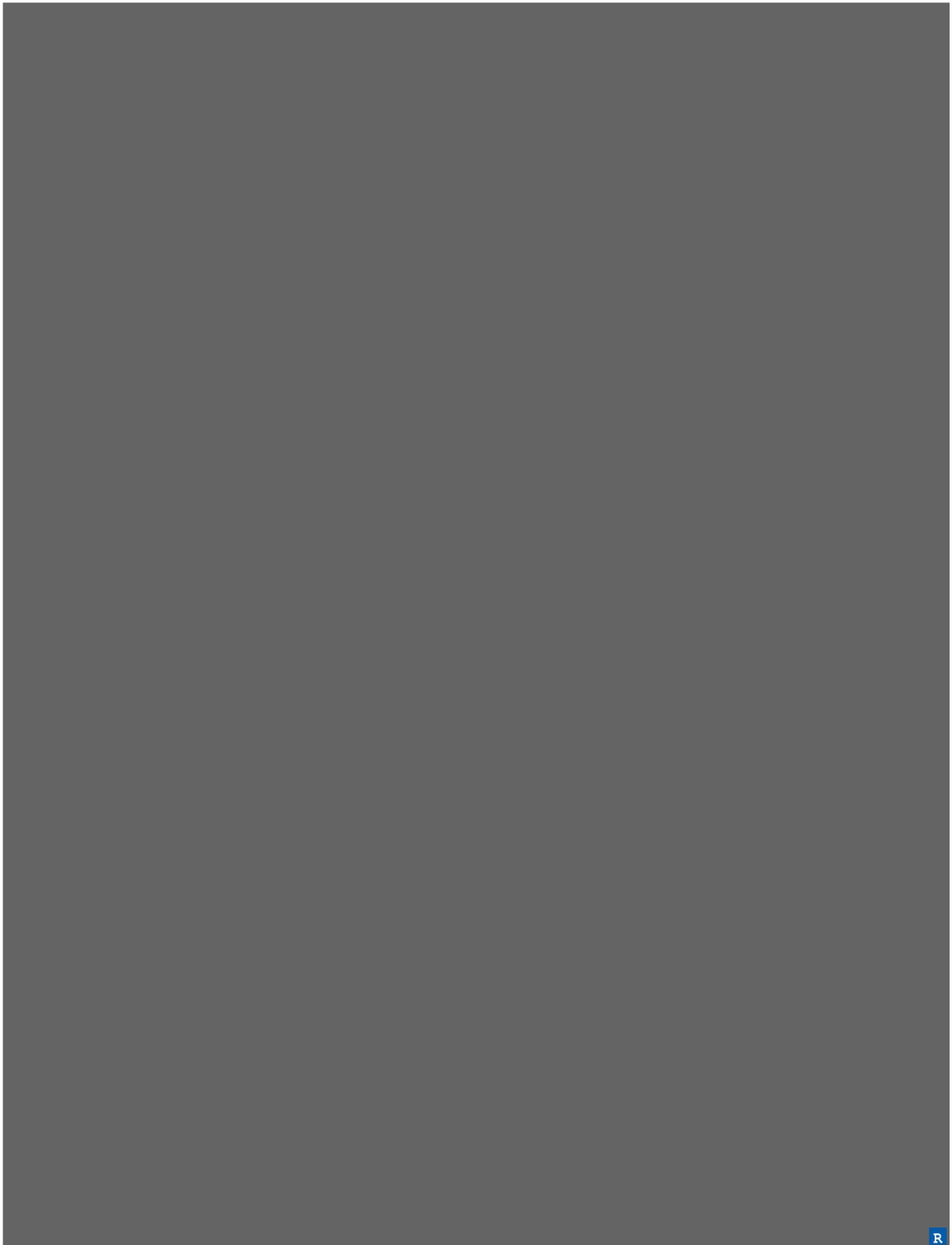
10. Ook naar aanleiding van het Didam-arrest is in de vakliteratuur een link met het (Europese) aanbestedingsrecht gelegd. Dat is gebeurd, omdat het Didam-arrest vragen onbeantwoord laat, terwijl diezelfde vragen ook in het aanbestedingsrecht spelen en in dat kader wel beantwoord worden. We noemen een voorbeeld. Volgens het Didam-arrest hoeft er geen ruimte voor mededinging 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 zal het overheidslichaam (i) zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend dienen te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen en (ii) daarbij dienen 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 vragen hoe dit voornemen kenbaar moet worden gemaakt, en welke termijn het overheidslichaam de (potentiële) gegadigden moet bieden om zich tegen dit voornemen te verzetten beantwoordt de Hoge Raad niet. In de rechtsliteratuur en in de praktijk wordt betoogd dat aansluiting kan worden gezocht bij artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012. Op grond van dit artikel kunnen aanbestedende diensten, die van mening zijn dat een opdracht niet (Europees) aanbesteed hoeft te worden, een zogenoemde ‘ex ante bekendmaking’ (gunningsvoornemen) publiceren, waarin zij (onder andere<sup>2</sup>) motiveren waarom zij de opdracht niet (Europees) aanbesteden. De aanbestedende dienst mag de overeenkomst dan niet sluiten voor het verstrijken van een termijn van ten minste twintig kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van de bekendmaking van de aankondiging. In de praktijk zien wij dat aanbestedende diensten in ex ante bekendmakingen een vervaltermijn hanteren. Deze vervaltermijn komt erop neer dat de (potentiële) gegadigden zich binnen deze twintig kalenderdagen kunnen verzetten tegen het gunningsvoornemen door middel van het aanhangig maken van een kort geding. Indien de (potentiële) gegadigden niet binnen deze termijn een kort geding aanhangig maken, achten de aanbestedende diensten zich vrij de overeenkomst te sluiten en is de overeenkomst niet langer vernietigbaar op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012.

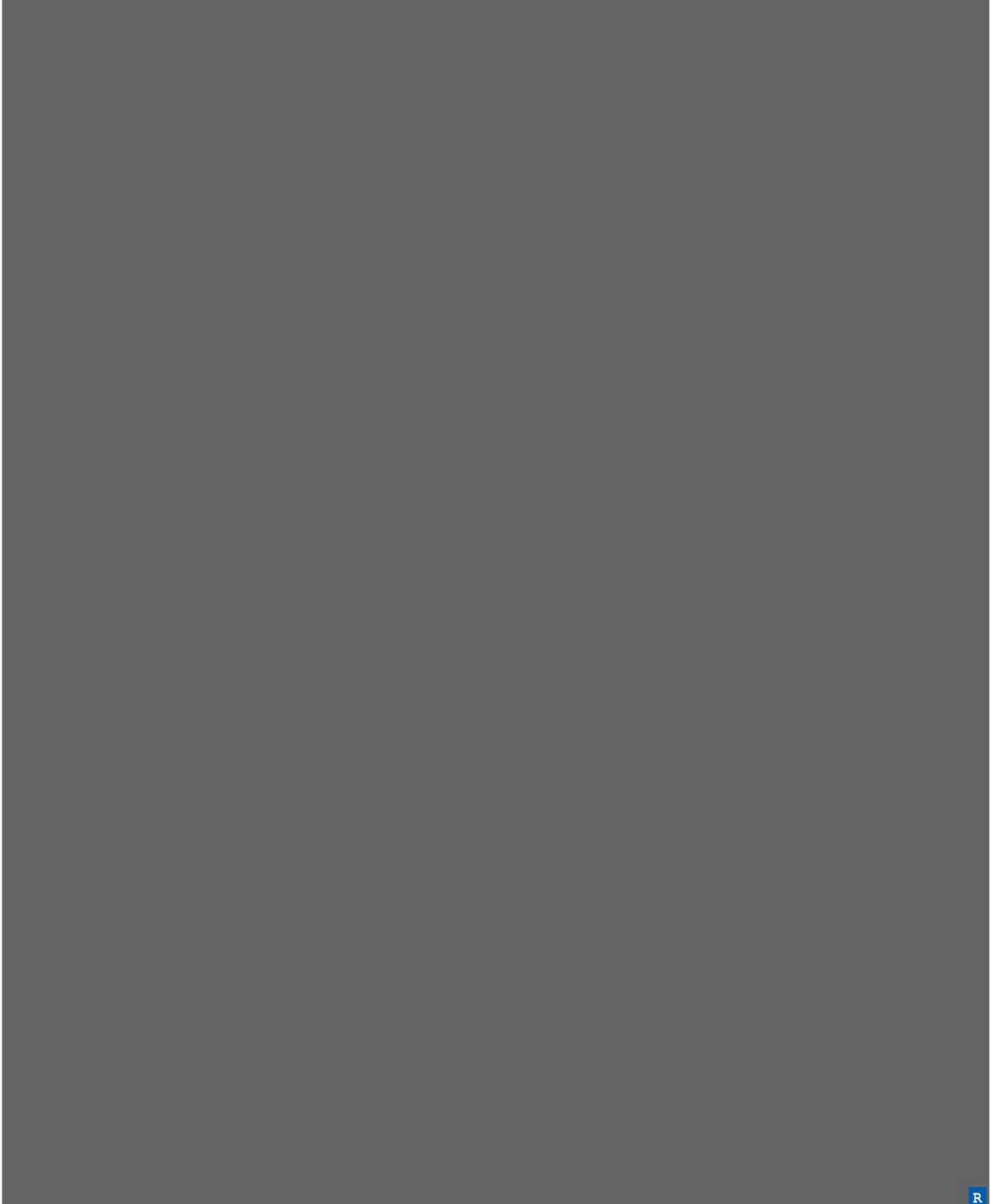
---

<sup>2</sup> Zie artikel 4.17 Aw 2012 waar deze motivering aan moet voldoen.

### III. Beantwoording vragen









R

#### **IV. Afrondend**

22. In het Didam-arrest is uitgemaakt dat:

- a) gelet op het gelijkheidsbeginsel, een overheidslichaam bij verkoop van onroerend goed ruimte voor mededinging moet bieden, indien er meerdere geïnteresseerde gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten zijn;
- b) op deze hoofdregel een uitzondering geldt als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde voor de aankoop in aanmerking komt;
- c) een overheidslichaam dat zich op deze uitzondering wil beroepen het voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop zodanig bekend dient te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen én daarbij moet motiveren waarom er, op basis van de in b genoemde criteria, maar één serieuze gegadigde is.

23. Voor de vragen die de Hoge Raad in het arrest onbeantwoord laat – (i) hoe moet het



voornemen kenbaar worden gemaakt en (ii) welke termijn moet het overheidslichaam (potentiële) andere gegadigden bieden om zich tegen de voorgenomen verkoop te verzetten – zoekt de praktijk aansluiting bij het aanbestedingsrecht.

24. Gelet op de handvaten die het aanbestedingsrecht biedt én de overeenkomsten die wij zien tussen “bouwclaims” en de kwestie “De Regt” geven wij u in overweging om:

- a) het voornemen tot verkoop tijdig bekend te maken op de wijze als hiervoor (onder 22b) beschreven;
- b) daarbij (op basis van “bouwclaimachtige” argumenten, zie **punt 17**) te motiveren waarom, naar uw oordeel, vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde is;
- c) in het voornemen te vermelden dat (potentiële) gegadigden zich binnen een redelijke termijn (twintig kalenderdagen) kunnen verzetten tegen het voornemen door middel van het aanhangig maken van een kort geding én dat de Gemeente zich, na ommekomst van deze termijn en het uitblijven van een kort geding, vrij acht de overeenkomst met De Regt te sluiten.



26. Ook voor de door ons aangedragen oplossingen geldt dat, nu het Didam-arrest van recente datum is, (nog) niet zeker is of deze in rechte stand zullen houden.

27. Wij hopen dat wij de vragen van de gemeente Dronten op een duidelijke manier beantwoord hebben. Mocht er behoefte zijn aan een nadere toelichting, dan zijn wij uiteraard graag bereid die te verstrekken.

\*\*\*