

NB: dit is een weergave van de onderwerpen die in het webinar aan bod zijn gekomen, alsmede de vragen en antwoorden in de chat (en de vragen die niet beantwoord konden worden tijdens het webinar in verband met de tijd). Het betreft geen 'advies', noch kunnen er op enige wijze rechten aan worden ontleend. Het betreft een mening van (één van de) leden van de sectie aanbestedingsrecht, zoals besproken tijdens het webinar. Gelet op alle onzekerheden die voortvloeien uit het arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021, is het van belang dat elke situatie op merites wordt beoordeeld. Indien u advies wenst over een concrete casus, kunt u contact opnemen met één van de leden van de sectie aanbestedingsrecht (zie onder voor contactgegevens).

WEBINAR

1. Wat zijn objectieve, toetsbare en redelijke criteria?

Om criteria te bepalen die objectief, toetsbaar en redelijk zijn, kan aansluiting worden gezocht bij het aanbestedingsrecht en de Gids Proportionaliteit gezien de parallellen die bestaan tussen dit rechtsgebied en de selectieprocedures die nu door de Hoge Raad worden vereist voor privaatrechtelijke overeenkomsten. Bij het formuleren van criteria voor verkoop van onroerend goed (en soortgelijke transacties) bestaat ons inziens echter meer ruimte dan in het aanbestedingsrecht en zijn er mogelijkheden om de kring van gegadigden voor de selectieprocedure te beperken.

In zijn algemeenheid valt niet te zeggen welke criteria objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Met betrekking tot objectiviteit moeten concrete criteria geformuleerd worden die ondubbelzinnig en duidelijk zijn. Dit sluit aan op het criterium van de toetsbaarheid. Zowel een overheidslichaam als rechter moet de beoordeling van deze ondubbelzinnige en duidelijke criteria kunnen toetsen. Tevens moeten de criteria redelijk zijn. Er mogen geen onredelijke eisen worden gesteld en rekening dient gehouden te worden met proportionaliteit.

Criteria mogen niet worden toegespitst op één specifieke gegadigde om te bewerkstelligen dat deze partij met zekerheid de selectieprocedure zal winnen. Er kan in een selectieprocedure vermoedelijk wel in overweging worden genomen of sprake is van zwaarwegende belangen van aangrenzende grondeigenaren (bijvoorbeeld in gevallen van snippergroen) of aan de hand van criteria worden bepaald dat sprake moet zijn van een bepaalde lokale betrokkenheid.

2. Wat is een redelijke termijn voor een selectieprocedure en een bezwaartermijn?

Voor termijnen kunnen parallellen worden getrokken met het bestuursrecht en het aanbestedingsrecht. De bezwaartermijn van 20 dagen en de aanmeldingstermijn van 45 dagen die in het aanbestedingsrecht worden gehanteerd, lijken bijvoorbeeld ook voor selectieprocedures op basis van het Didam-arrest redelijk. Dit geldt ook voor de bezwaartermijn van zes weken die in het bestuursrecht wordt gehanteerd. Het is denkbaar dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kortere termijnen worden gehanteerd, bijvoorbeeld in situaties met een beperkte kring van gegadigden of waarin sprake is van een eenvoudige uitvraag. Het is daarbij wel van belang om de termijnen duidelijk kenbaar te maken. Ook is het met betrekking tot het maken van bezwaar van belang om voor te schrijven waar en op welke wijze bezwaar gemaakt kan worden en wat de consequenties zijn als geen bezwaar wordt gemaakt. Er is immers geen wettelijke regeling waarop teruggevallen kan worden.

3. Wat gebeurt er met lopende projecten waarbij intentieovereenkomsten, samenwerkingsovereenkomsten, etc. zijn gesloten?

Voor wat betreft intentie- en samenwerkingsovereenkomsten zijn in beginsel minder harde afspraken overeengekomen en heeft de daadwerkelijke koop nog niet plaatsgevonden. Er is op dat moment nog niks definitief, aangezien partijen bij bijvoorbeeld een (zuivere) intentieovereenkomst slechts de intentie uitspreken om samen een bepaald doel te bereiken. Het lijkt erop dat in zulke gevallen in principe alsnog een selectieprocedure moet worden gehouden, tenzij sprake is van één serieuze gegadigde. In geval van

gebiedsontwikkeling waar partijen grondposities hebben en gemeentes intentieovereenkomsten hebben gesloten is er mogelijk (meer) ruimte om (alsnog) met deze partijen verder te praten. Dit vergt echter maatwerk en moet per situatie worden beoordeeld.

4. Mag in snippergrond beleid worden opgenomen dat snippergrond alleen aan aanliggende eigenaren wordt verkocht?

Het 'buurman'-criterium kan een objectief criterium zijn. Of een dergelijk criterium redelijk is, kan ter discussie worden gesteld. Het is denkbaar dat het criterium niet in alle gevallen en onder alle omstandigheden werkbaar is. In de meeste gevallen lijkt het echter redelijk om rekening te houden met de (zwaarwegendere) belangen van aangrenzende grondeigenaren.

5. Is het Didam-arrest ook op andere privaatrechtelijke overeenkomsten van overheidslichamen van toepassing?

Uit het arrest volgt 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. Gelet op deze algemene formulering ('privaatrechtelijke overeenkomsten'), moet er rekening mee worden gehouden dat het arrest ook van belang kan zijn voor andere vormen van gronduitgifte, zoals erfpacht- en opstalrechten, maar ook persoonlijke gebruiksrechten zoals huur en bruikleen. Dit volgt overigens ook uit de door de overheid gepubliceerde [Factsheet](#).

6. Huur en erfpacht hebben vaak een bepaalde tijdelijkheid. Wat als een dergelijk recht eindigt? Kan er dan een nieuw recht gevestigd worden?

Als van tevoren geregeld wordt in de overeenkomsten dat verlenging mogelijk is, kan dit een reden zijn om te stellen dat er slechts één serieuze gegadigde is. In algemene zin achten wij lastig voorstelbaar dat dit arrest met zich brengt dat in situaties van tijdelijke verhuur/erfpacht, etc. verlenging niet mogelijk zou zijn zonder andere gegadigden in staat te stellen hun interesse kenbaar te maken en te laten meedingen. De Hoge Raad is hier echter niet duidelijk over.

7. Zijn de gronden die de gemeente verkoopt, verhuurt, verpacht, etc. per definitie schaars?

De Hoge Raad lijkt een andere koers te varen. Het gaat niet om de vraag of het betreffende goed schaars is, maar om de vraag of er meerdere geïnteresseerden zijn. Het betreffende goed is in principe altijd schaars, gezien het specifieke kenmerken bezit en er maar één rechthebbende kan zijn. Voor de vraag of een procedure moet worden doorlopen wordt dus niet zozeer gekeken naar schaarste, maar of er meerdere potentiële belanghebbenden zijn.

8. Terugwerkende kracht? Wat is het effect van het arrest op overeenkomsten die vóór het arrest zijn gesloten?

Uitspraken van de Hoge Raad hebben in beginsel terugwerkende kracht, tenzij de Hoge Raad daar expliciet anders over oordeelt. Terugwerkende kracht houdt in dat de regel zoals deze door de Hoge Raad is geformuleerd, niet enkel geldt vanaf het moment van de uitspraak maar ook voor de periode ervoor. De Hoge Raad heeft in het Didam-arrest niets over terugwerkende kracht bepaald en geeft enkel uitleg aan het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent in principe dat de uitspraak terugwerkende kracht heeft. Gelet op de rechtszekerheid en het leerstuk van de definitief verkregen rechten, lijkt het onwaarschijnlijk dat alle reeds voor het Didam-arrest verkochte en geleverde zaken, terug geleverd moeten worden.

9. Wat gebeurt er in situaties waarin overheidslichamen na de uitspraak onrechtmatig zonder selectieprocedure een overeenkomst sluiten? Vernietigbaarheid of nietigheid?

Nietigheid is van rechtswege en vernietigbaarheid is pas aan de orde als één van de partijen daar een beroep op doet. Het gevolg van zowel nietigheid als vernietigbaarheid is dat er geen overeenkomst tot stand is

gekomen. Het overheidslichaam moet dan alsnog voldoen aan het Didam-arrest en een selectieprocedure doorlopen.

Denkbaar is dat overeenkomsten nietig/vernietigbaar zijn als na de uitspraak van 26 november 2021 ten onrechte geen selectieprocedure wordt georganiseerd. Een en ander zal echter afhangen van de omstandigheden van het geval. Mocht een overheidslichaam bijvoorbeeld willens en wetens afzien van een selectieprocedure terwijl er duidelijke aanwijzingen zijn dat er meerdere potentiële gegadigden zijn, dan ligt nietigheid/vernietigbaarheid ons inziens voor de hand.

Voor reeds voor het Didam-arrest gesloten overeenkomsten, verwachten wij dat dit niet als een voldoende gekwalificeerde schending geldt, zodat geen sprake is van nietigheid/vernietigbaarheid. Wel kan met het Didam-arrest in de hand worden gesteld dat de betrokken overheidsinstelling onrechtmatig heeft gehandeld, als kan worden aangetoond dat - ondanks aantoonbare interesse en een beperkt aantal gegadigden - een overheidsinstelling bewust partijen niet in de gelegenheid heeft gesteld om mee te dingen. Een overheidsinstelling die, in strijd met de eisen in het Didam-arrest, een overeenkomst met een partij sluit, moet er dus wel rekening mee houden dat zij mogelijk aansprakelijk is voor de schade van potentiële andere gegadigden, waarbij wel zij opgemerkt dat het bewijzen van de daadwerkelijke schade voor een eisende partij niet eenvoudig is.

VRAGEN VAN DEELNEMERS

- 1. Ziet het arrest ook op in het verleden gesloten overeenkomsten waarbij de gemeente als "stallingspartij" voor de gronden optreedt?**

De werking van het arrest is in deze gevallen sterk afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval. Er moet onder andere gekeken worden naar het type overeenkomst dat is gesloten, de rechten en verplichtingen van partijen en naar de mate waarin de gemeente betrokken is bij de overdracht van de grond. Het is denkbaar dat in situaties waarin de gemeente enkel als tussenpartij fungeert (althans zo interpreteren we de vraagstelling), en als het ware grond doorgeeft van de ene partij naar de andere, een selectieprocedure niet noodzakelijk is.

- 2. Wat zijn de kansen als een vastgoedeigenaar al drie jaar bezig is met een gebiedsontwikkeling aangrenzend aan zijn huidige bezit? Er is veel tijd en geld met deze planontwikkeling gemoeid. De raad heeft zich onlangs uitgesproken dat het gebied ontwikkeld zal worden. De gemeente en de ontwikkelaar staan op punt van het sluiten van een LOI. Hier wordt dus het criterium 'buurman' wat eerder ter sprake kwam, gecombineerd met een initiatiefplan/ LOI.**

Indien bij de gemeente al een specifiek ontwikkelplan ligt, is het denkbaar dat slechts één specifieke ontwikkelaar hier aan kan beantwoorden. De gemeente zou dan gebruik kunnen maken van de 'tenzij'-bepaling van de Hoge Raad en kan dan opteren voor een publicatie van een één op één gunning. Indien de gemeente dit te riskant vindt en toch besluit een selectieprocedure te houden, kan in de criteria in overweging genomen worden dat de 'buurman' een zwaarwegender belang heeft ten opzichte van andere partijen. Dit kan op een objectieve, redelijke en toetsbare manier worden ingericht.

- 3. Zou je ten aanzien van snippergroen ook een grens/drempelwaarde kunnen opstellen op basis van de Gids Proportionaliteit? Bijvoorbeeld stellen dat onder de €25.000 één op één wordt uitgegeven in verband met de kosten voor een selectieprocedure.**

De Hoge Raad heeft niet aan de Gids Proportionaliteit of drempelwaarden gerefereerd. Er kan dus niet met zekerheid worden gesteld dat het hanteren van drempelwaarden is toegestaan. In beginsel geldt de plicht tot het bieden van mededingingsruimte voor al het privaatrechtelijk handelen van overheidslichamen, en

strikt gezien dus ook voor het aanbieden van snippergroen met een beperkte waarde. Het is daarbij wel denkbaar dat voor dergelijke gevallen gebruik wordt gemaakt van een beperktere en minder veeleisende procedure waarbij ook kortere termijnen gehanteerd worden.

4. Geldt het bepaalde in het Didam-arrest ook voor tijdelijke woningen, bijvoorbeeld verhuren van de grond voor 15 jaar?

Zoals de Hoge Raad het heeft geformuleerd, zijn overheidslichamen in beginsel bij al het privaatrechtelijke handelen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het arrest omvat dus vermoedelijk ook verhuur van grond door overheidslichamen.

5. Hoe strookt het naast je neerleggen van een intentieovereenkomst waarin ook de verkoop wordt afgesproken, met de beginselen van behoorlijk bestuur? De contractpartij mocht toch zeker vertrouwen dat de overheid haar afspraken nakomt?

Indien de overheid onrechtmatig in strijd met de precontractuele redelijkheid en billijkheid handelt, waarbij sprake was van gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij, kan de overheid schadeplichtig zijn. Of hier daadwerkelijk sprake van is, zal veelal afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, met name van de aard en strekking van de intentieovereenkomst. Als deze geen verplichting bevat tot het sluiten van een definitieve overeenkomst is goed verdedigbaar dat de overheid de intentieovereenkomst kan (en wellicht moet) beëindigen. Afhankelijk van de afspraken, kan er aanleiding zijn voor een kostenvergoeding.

6. Wat als er een burgerinitiatief is voor een CPO (Collectief Particulier Opdrachtgeverschap) en de gemeenteraad wilt dat hieraan medewerking wordt verleend, is dit strijdig met het arrest? Kan de gemeente de wens van de gemeenteraad volgen of moet de gemeente de grond aanbieden aan alle CPO's in Nederland?

De gemeente heeft enige speelruimte bij het opstellen van het grondbeleid en de criteria voor de selectieprocedure. Het is daarbij denkbaar dat de gemeente de criteria op dusdanige wijze inricht dat deze zijn toegespitst op CPO's. De gemeente kan proberen de criteria zodanig in te richten, dat enkel CPO's of organisaties met gelijke belangen/doelstellingen in aanmerking komen voor de grond, mogelijk met daarbij een criterium dat ziet op een lokaal karakter, indien deze criteria objectief, redelijk en toetsbaar zijn. Toespitsen van de criteria op één specifieke CPO lijkt echter strijdig met het arrest. De criteria zijn dan niet langer objectief, redelijk en toetsbaar.

7. Welk medium kwalificeert als voldoende transparant ten aanzien van de publicatie?

Om te kunnen spreken van voldoende transparantie moet worden gekozen voor een medium dat in staat is potentiële gegadigden in kennis te stellen van de selectieprocedure. Het precieze medium kan per geval verschillen. Denkbaar is dat bij kleinere procedures die met name lokale gegadigden aantrekken een melding op de website van het overheidslichaam en/of een bericht in de lokale krant zullen volstaan. Voor grote gebiedsontwikkelingen, lijkt een 'nationale publicatie' op TenderNed en/of vergelijkbare website en/of een landelijk nieuwsblad passend, maar ook kan worden gedacht aan vakbladen (Cobouw).

8. Kan een gemeente zonder problemen het bloot eigendom verkopen aan de zittende erfpachter?

Dat kan op basis van het arrest van de Hoge Raad niet eenduidig met 'ja' of 'nee' worden beantwoord. Als sprake is van een erfpacht, met een vergelijkbare positie als eigendom (vgl. eeuwigdurende, afgekochte erfpacht), zou dit ons inziens mogelijk moeten zijn. In geval van een erfpacht met een bepaalde (tijdelijke) duur, ligt dit mogelijk anders.

9. Kan het nog meespelen of de verkrijgende partij al begonnen is met het ontwikkelen van het gebied?

Het is denkbaar dat voor een bepaalde ontwikkeling slechts één ontwikkelplan redelijkerwijs in aanmerking komt. Indien er één partij is die aan dit specifieke plan kan beantwoorden, kan er gesteld worden dat sprake is van slechts één serieuze gegadigde. Dit dient wel met de nodige mate van openbaarheid tijdig vooraf kenbaar gemaakt te worden. Ook dient te worden toegelicht hoe het overheidslichaam tot deze conclusie is gekomen en aan de hand van welke objectieve, redelijke en toetsbare eisen. Vaak liggen aan een ontwikkeling afspraken tussen een gemeente en de ontwikkelaar ten grondslag, waaraan een en ander kan worden getoetst.

- 10. Bij kleine, ondergeschikte stroken grond die verkocht worden (of zelfs geruild) aan een partij die een grotere grondpositie heeft en dat een betere ruimtelijke invulling als doel heeft, zal de tenzij-regel ongetwijfeld goed te motiveren zijn. De stroken grond zouden zonder die ontwikkeling waarschijnlijk überhaupt niet verkocht worden. Moet zelfs dan de voorgenomen koop kenbaar worden gemaakt?**

In principe moet het overheidslichaam op grond van het Didam-arrest bij alle privaatrechtelijke transacties (overeenkomsten) mededingingsruimte bieden. Is dit niet het geval vanwege slechts één serieuze gegadigde, dan moet ook dit door het overheidslichaam gemotiveerd en transparant kenbaar gemaakt worden.

- 11. Uit de uitspraak van de Hoge Raad maak ik op dat de uitspraak niet enkel van toepassing is op de verkoop van overheidseigendommen, maar ook o.a. op de verhuur daarvan. Kun je een selectieprocedure voorkomen door aan de voorkant strikt beleid te maken en te kaderen?**

Een selectieprocedure kan enkel worden voorkomen in gevallen waarin sprake is van slechts één serieuze gegadigde. Het lijkt dus mogelijk om aan de voorkant (objectieve, redelijke en toetsbare) criteria op te stellen aan de hand waarvan wordt beoordeeld of sprake is van één serieuze gegadigde en op grond daarvan per geval te bepalen of een selectieprocedure is vereist. Het vooraf uitsluiten van een selectieprocedure voor bijvoorbeeld al het verhuur van overheidseigendommen is hoogstwaarschijnlijk niet in overeenstemming met het Didam-arrest.

- 12. Hoe zit het met 'oude' afspraken zoals bouwclaimovereenkomsten?**

Bouwclaims zijn in principe een vertaling van grondposities van marktpartijen naar uitgeefbare grond. De aanwezigheid van een bouwclaim lijkt een objectief, toetsbaar en redelijk criterium te zijn op grond waarvan slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Ook hier geldt dat bij toepassing van de tenzij-regel voor één serieuze gegadigde, transparantie gewaarborgd moet worden en er dus tijdig en openbaar aangekondigd moet worden waarom slechts één partij in aanmerking komt voor de betreffende transactie.

- 13. Zou je gedwongen kunnen worden om je verkoopbeleid aan te passen als gemeente?**

Indien het huidige verkoopbeleid mogelijkheden bevat om zonder openbaarheid één-op-één privaatrechtelijke handelingen te verrichten, dan dient dit beleid uiteraard te worden aangepast. Sinds het Didam-arrest is onderhandse gronduitgifte zonder een selectieprocedure niet meer toegestaan en kan dit dus in principe ook niet langer in het verkoopbeleid zijn opgenomen c.q. niet meer als zodanig worden toegepast.

- 14. Hoe dient te worden omgegaan met het verlengen van huurovereenkomsten indien de huurder heeft geïnvesteerd? Normaliter zouden wij een huurovereenkomst verlengen, maar kan dat nu zomaar? Is investering een objectief criterium?**

Ook hier geldt dat deze problematiek mogelijk met de selectiecriteria kan worden opgelost. Zolang de criteria objectief, toetsbaar en redelijk zijn, is het denkbaar dat aan bijvoorbeeld zittende huurders of erfpachters een soort voorrangpositie wordt gegeven gezien hun zwaarwegende belang bij verlenging. Het meenemen van reeds uitgevoerde investeringen als criterium lijkt objectief, redelijk en toetsbaar te zijn.

15. Wat voor een clause zou je in overeenkomsten kunnen opnemen over dit onderwerp bij lopende onderhandelingen (één-op-één) om je wat in te dekken?

Voor lopende onderhandelingen één-op-één geldt sinds het arrest van de Hoge Raad ook dat mededinging mogelijk moet zijn en sprake moet zijn van transparantie. Indien er sterke redenen zijn voor het sluiten van een overeenkomst met deze betreffende partij, zal dit gemotiveerd kenbaar gemaakt moeten worden aan de hand van objectieve, redelijke en toetsbare criteria. Het risico bestaat dat andere partijen zich zullen melden en interesse zullen uiten in de betreffende transactie. Indien niet tijdig aan de hand van objectieve, redelijke en toetsbare criteria kenbaar kan worden gemaakt waarom slechts sprake is van één serieuze gegadigde waarmee wordt onderhandeld, lijkt het verstandig om toch een selectieprocedure te houden en te voorkomen dat na sluiting van de overeenkomst geïnteresseerde partijen naar de rechter zullen stappen. Als er niettemin voor wordt gekozen om verder te gaan met de onderhandelingen en een overeenkomst te sluiten, is het aan te bevelen om een vrijwaring van de verkrijgende partij te verlangen en een vrijwaringsclausule op te nemen voor alle schade, risico's, etc. Of zo'n afspraak uiteindelijk stand houdt is uiteraard wel de vraag, maar een dergelijke afspraak is niet per definitie ongeldig en/of ongebruikelijk.

Contact



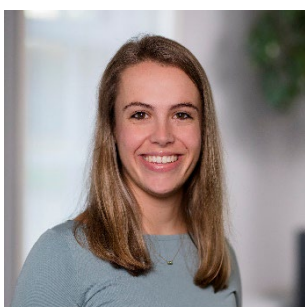
Pieter van den Oord
p.vandenoord@lgga.nl
06-23418447

Specialismen
Aanbestedingsrecht
Mededingingsrecht
Staatssteunrecht



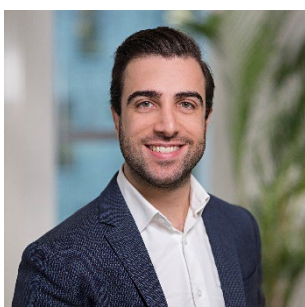
Niek Hoogwout
n.hoogwout@lgga.nl
06-43829762

Specialismen
Aanbestedingsrecht
Civiel bouwrecht



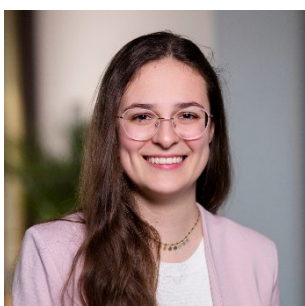
Dewi Britsemmer
d.britsemmer@lgga.nl
06-34142494

Specialismen
Aanbestedingsrecht
Civiel bouwrecht



Alwin Farahani
a.farahani@lgga.nl
06-28911503

Specialismen
Aanbestedingsrecht
Civiel bouwrecht
Vastgoedrecht



Monika Beck
m.beck@lgga.nl
06-38214271

Specialismen
Aanbestedingsrecht
Mededingingsrecht
Staatssteunrecht