

eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. De geschiktheidseisen vormen een essentieel onderdeel van de aanbesteding. Naar het oordeel van het hof heeft de voorzieningenrechter dan ook met juistheid overwogen dat het achteraf naar voren schuiven van een andere entiteit om aan deze geschiktheidseisen te voldoen en het achteraf verstrekken van nieuwe stukken om aan te tonen dat aan deze geschiktheidseisen wordt voldaan, verder gaat dan een eenvoudig herstel in de zin van deze rechtspraak. Daaraan doet niet af dat in de aanbestedingstukken niet met zoveel woorden is bepaald dat niet voldoen aan de geschiktheidseisen leidt tot uitsluiting. Dat biedt geen opening om achteraf een verbetering van een inschrijving toe te staan waardoor afbreuk zou worden gedaan aan het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting. Ook de vierde grief van Enri faalt dus. Grieven 5 en 6 bouwen voort op de voorgaande grieven en delen het lot daarvan.

Slotsom

Het voorgaande brengt mee dat het vonnis van de voorzieningenrechter juist is en Enri in eerste aanleg terecht in de kosten is veroordeeld. Het hof zal het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigen en Enri als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in hoger beroep veroordelen.

ENRI HOLDING B.V.,
gevestigd te Den Haag,
appellante,
advocaat: mr. M.S. Houweling te Den Haag,
tegen
SCHIPHOL NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Schiphol (gemeente Haarlemmermeer),
geïntimeerde,
advocaat: mr. C.W. Oudenaarden te Utrecht.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

27

Gronduitgifte en gebiedsontwikkeling

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
19 november 2019, zaaknr. 200.253.579,
ECLI:NL:GHARL:2019:991
(mr. A.A. van Rossum, mr. H.E. de Boer, mr.
G.R. den Dekker)
Noot mr. dr. P. Heijnsbroek

Aanbestedingsplicht. Drempelbedrag. Geen aanbesteding. Rechtsverwerking. Duidelijk grensoverschrijdend belang. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Overheidsopdracht. Gelijkeheidsbeginsel. Vertrouwensbeginsel. Mededingingsrecht. Gebrek aan mededinging. Gronduitgifte en gebiedsontwikkeling.

Appellant 1 B.V. (hierna: appellant 1) is een onderneming die als franchisenemer Albert Heijn-supermarkten exploiteert. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. (hierna: Becedo) legt zich toe op vastgoedontwikkeling. Becedo Vastgoed IV B.V. (hierna: Becedo IV) houdt zich bezig met verhuur van onroerend goed, handel in eigen onroerend goed en aan- en verkoop en verhuur van registergoederen. Zij maken allen deel uit van hetzelfde concern, appellant 1. De gemeente Montferland (hierna: de gemeente) is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam. Op dit perceel staat het oude gemeentehuis van Didam. Geïntimeerde 2 is een onderneming gericht op vastgoedontwikkeling.

De gemeente is voornemen om het dorpscentrum van Didam ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2016 het Masterplan Didam "De samenleving verandert" vastgesteld (hierna: het Masterplan), waarin onder andere staat dat er een supermarkt zal worden geëxploiteerd in het oude gemeentehuis. Deze opdracht is niet aanbesteed.

Aanbestedingsplichtige opdracht

In hetgeen partijen naar voren hebben gebracht noch in de koopovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst kan een aanwijzing worden gevonden voor een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. Voor een overheidsopdracht is in

ieder geval een bezwarende titel vereist. Het vereiste van bezwarende titel kent drie cumulatieve vereisten: (i) de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn, (ii) de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben en (iii) de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten.

Van een in rechte afdwingbare verplichting is geen sprake nu niet aannemelijk is geworden dat aan geïntimeerde 2 daadwerkelijk een bouwplicht is opgelegd.

Evenmin wordt aan de voorwaarde voldaan dat het te realiseren werk een rechtstreeks economisch belang voor de gemeente inhoudt, omdat zij niet de beschikking zal krijgen over de door geïntimeerde 2 te realiseren werken. Geïntimeerde 2 ontwikkelt op het gebied dat zij in eigendom verwerft, zonder dat er openbaar gebied aan de gemeente wordt overgedragen. De gemeente draagt verder niet financieel bij aan de ontwikkeling van het centrum, omdat geïntimeerde 2 de ontwikkeling van het Masterplangebied voor eigen rekening en risico uitvoert, zo heeft de gemeente onweersproken aangevoerd.

Zelfs al zou er sprake zijn van een overheidsopdracht, dan blijft de waarde ervan ruim onder de Europese drempel van € 5.548.000. Bij een opdracht onder de drempelwaarde zou nog sprake kunnen zijn van een transparantieplichting, maar alleen bij een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang kan echter niet louter hypothetisch worden afgeleid uit gegevens die daarvoor in abstracto aanwijzingen zouden kunnen opleveren. Het gaat om een concrete beoordeling van de opdracht. Dit betekent dat het enkele feit dat er een Aldi-supermarkt in het Masterplan voorkomt, dat het project plaatsvindt in een grensstreek (de gemeente grenst direct aan Duitsland) en dat de gemeente een hechte band met Duitse gemeenten nastreeft, onvoldoende is voor het aannemen van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Staatssteun

Volgens appellanten heeft geïntimeerde 2 een voorkeurspositie gekregen op herontwikkeling van de gemeentehuislocatie zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat. Dit is onvoldoende aannemelijk gemaakt. Er is voldoende toegelicht door de gemeente en geïntimeerde 2 dat er een marktconforme prijs is betaald, on-

derbouwd door een taxatie een en ander conform de Mededeling Staatssteun van de Europese Commissie. Een dergelijke gang van zaken is volgens de Mededeling in beginsel voldoende om staatssteun bij verkoop van gronden te voorkomen, zodat van het onrechtmatig verlenen van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU door de gemeente voorshands geen sprake is.

Zelfs al zou komen vast te staan dat de gemeente onrechtmatige staatssteun aan geïntimeerde 2 zou hebben verleend, dan ontstaat daarvoor nog niet de door appellanten gevorderde verplichting van de gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. In een dergelijke situatie dient geïntimeerde 2 immers (slechts) de steun inclusief het tot de terugbetaling genoten rentevoordeel aan de gemeente terug te betalen.

Mededingingsnorm en schaarse vergunningen

Een "mededingingsnorm bij schaarse vergunningen" afkomstig uit de uitspraak van de Raad van State (ECLI:NL:RVS:2016:2927) is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste. Dit laatste hebben appellanten onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Schending gelijkheidsbeginsel en vertrouwensbeginsel (algemene beginselen van behoorlijk bestuur)

Appellanten stellen geen gelijke kans te hebben gehad ten opzichte van geïntimeerde 2 en dat de gemeente daarmee jegens haar in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel.

Bij deze belangenafweging speelt een rol dat appellanten naar aanleiding van een gesprek in 2016 geen vervolg aan dit gesprek hebben gegeven en/of anderszins hebben geprobeerd zich als serieus te nemen gegadigde bij de gemeente te positioneren. Pas in juli 2018 hebben zij weer contact opgenomen met de gemeente, waarna zij in december 2018 een kort geding zijn gestart. Het feit dat appellanten aanvoeren dat zij het burgerinitiatief hebben gesteund dat zich heeft gericht tegen het Masterplan, legt onvoldoende gewicht in de schaal om de belangenafweging (alsnog) in hun voordeel te doen uitvallen.

Ten slotte acht het hof het van belang dat appellanten weliswaar hebben gesteld dat zij bereid en

in staat zijn de gehele gebiedsontwikkeling voor hun rekening te nemen, maar dat zij dat niet voldoende feitelijk hebben onderbouwd.

Van strijd met het vertrouwensbeginsel omdat de gemeente openbare kavels normaal gesproken op haar website aanbiedt, is geen sprake. Het gaat in deze zaak, anders dan in de door appellanten genoemde gevallen, niet om de losse verkoop van een openbare kavel, maar om een totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Dit brengt mee dat de gemeente niet in strijd met een bestendige praktijk heeft gehandeld door na te laten om de gemeentehuislocatie op haar website te koop aan te bieden.

Het hof ziet onvoldoende reden om de vordering dat geïntimeerde 2 naast de gemeente onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens appellanten toe te wijzen, indien dit al mogelijk zou zijn. Dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld is voorshands niet voldoende aannemelijk geworden, dit geldt ook voor de stelling dat geïntimeerde 2 dit wel zou hebben gedaan.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*[appellant 1] B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats],*

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*Becedo Vastgoed IV B.V.,
gevestigd te Didam,*

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

*Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V.,
gevestigd te Didam,
appellanten,*

*in eerste aanleg: eiseressen,
advocaat: mr. J.C. van Oosten,
tegen*

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

*Gemeente Montferland,
zetelend te Didam,*

advocaat: mr. B.J.M van Meer,

*2. de vennootschap onder firma
[geïntimeerde 2],
gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerden,*

*in eerste aanleg: gedaagden,
advocaat: mr. T.E.P.A. Lam.*

Partijen worden hierna [appellant 1], de Gemeente en [geïntimeerde 2] genoemd. Appellanten sub

1, 2, en 3 worden tezamen (in enkelvoud) aangeduid als [appellanten]

1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019) dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland (team kanton en handelsrecht, locatie Zutphen) heeft gewezen.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 18 januari 2019 met grieven en producties,
- de memorie van antwoord van de zijde van de Gemeente met producties,
- de memorie van antwoord van de zijde van [geïntimeerde 2],

– de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities. Hierbij is akte verleend van de stukken die bij bericht van 19 september 2019, houdende akte overlegging producties 28 tot en met 36, door mr. Van Oosten namens [appellanten] zijn ingebracht. Tevens is akte verleend van de ter zitting door mr. Van Meer namens de Gemeente overgelegde “Koopovereenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.” en de “Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.” (met bijlagen), die beide op 3 oktober 2019 (één dag vóór de pleitzitting) zijn gesloten.

2.2. Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

3.2. [appellant 1] is een onderneming die als franchisenemer Albert Heijn-supermarkten exploiteert. Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. legt zich toe op vastgoedontwikkeling. Becedo Vastgoed IV B.V. houdt zich bezig met verhuur van onroerend goed, handel in eigen onroerend goed en aan- en verkoop en verhuur van registergoederen. Zij maken alle deel uit van hetzelfde concern, [appellant 1]. Directeur van dit concern is [de directeur] (hierna: “[de directeur]”).

3.3. De Gemeente is eigenaar van een perceel in het dorpscentrum van Didam, kadastraal bekend Didam K 5046, aan de Raadhuisstraat 14 te 6942 BE Didam (hierna: “de gemeentehuislocatie”). Op

dit perceel staat het oude gemeentehuis van Didam.

3.4. [geïntimeerde 2] is een onderneming gericht op vastgoedontwikkeling.

3.5. Eén van de Albert Heijn-supermarkten van [appellant 1] is gevestigd op het adres Leliestraat 45/47 te Didam. Dit is een locatie buiten het dorpscentrum van Didam.

3.6. Ook is een Aldi-supermarkt gevestigd buiten het dorpscentrum van Didam.

3.7. Binnen het dorpscentrum van Didam zijn nog twee supermarkten:

i. een Coöp-supermarkt, op het adres Hoofdstraat 13;

ii. een Nettorama-supermarkt, op het adres Spoorstraat 15.

3.8. De Gemeente is voornemens om het dorpscentrum van Didam ingrijpend te wijzigen. De gemeenteraad heeft daartoe op 26 mei 2016 het Masterplan Didam “De samenleving verandert” vastgesteld (hierna: “het Masterplan”, productie 3 bij inleidende dagvaarding). Het Masterplan luidt, voor zover relevant:

“(…)

2.2. DOEL MASTERPLAN

Het Masterplan dient de visie weer te geven hoe we in Didam in de toekomst aantrekkelijk houden als vestigingsplaats voor bewoners, ondernemers en recreanten.

Daarbij zijn door de gemeente de volgende uitgangspunten meegegeven bij het opstellen van het masterplan.

– Aantrekkelijk en verkeersluw centrum.

– Ondersteunend aan commerciële activiteiten ondernemers.

– Aantrekkelijk voor winkeland en uitgaand publiek.

(…)

4.2.4. WINKELS/SUPERMARKTEN

De huidige situaties

Momenteel liggen de supermarkten nog verspreid over Didam. (...) Bewoners en ondernemers geven aan juist meerwaarde te zien in de concentratie van supermarkten in het centrum. Dat biedt de mogelijkheid dat winkels in het centrum elkaar versterken. (...)

De voorgestelde situaties

Supermarkten en winkels concentreren we zoveel mogelijk in het centrum. (...) Voor de supermarkten zijn zelfs potentiële locaties genoemd (...). Het oude gemeentehuis is ook als potentiële locatie

opgemerkt. Twee supermarkten hebben daadwerkelijk ook plannen. (...)

6.2. RAADHUISPLEIN

(...)

De dynamiek nodigt supermarkten uit

De klankbordgroep benoemde het voormalig gemeentehuis al als potentiële supermarktlocatie. Dit sluit namelijk aan bij hun wens om de supermarkten geconcentreerd in het centrum te vestigen. Dit sluit ook aan bij de visie van de supermarkten. Een tweetal supermarkten is samen aan het bekijken hoe ze elkaar kunnen versterken. De supermarkten hebben goede ervaring met concentratievoordeel van een budgetsupermarkt met een supermarkt uit het hogere segment. Het idee is dat op de locatie van het oude gemeentehuis met aansluitend een supermarkt op de locatie nabij de kruising van de Hoofdstraat en Schoolstraat. De bebouwing van de bibliotheek en het voormalige postkantoor worden gesloopt ten behoeve van een voor beide supermarkten gecombineerd parkeerterrein. Bij de ontwikkeling van de Coöpsupermarkt dient aandacht te zijn voor de aanhaking met het monumentale deel van het oude gemeentehuis. (...)

3.9. Over het voorgenomen Masterplan is herhaaldelijk gepubliceerd in lokale media (productie 7 bij conclusie van antwoord). Zo heeft Montferland Nieuws op 22 april 2016 op haar website een artikel geplaatst, dat voor zover relevant luidt:

“(…) *Raadhuisplein*

(...) Rond het oude gedeelte van het oude gemeentehuis komt een parkachtige setting met ruimte voor een terras (...). Het nieuwe gedeelte gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoöp. De Aldi betreft het pand van de huidige Coöp. (...)”

Ook heeft Montferland Nieuws op 11 juli 2016 een artikel op haar website gepubliceerd met de kop “ [geïntimeerde 2] trapt af in Masterplan”. Dit artikel luidt, voor zover relevant:

“(…) [geïntimeerde 2] gaat het eerste deel van het Masterplan Didam herontwikkelen. Het gaat om het gebied rondom het voormalige gemeentehuis en de bibliotheek. (...)

[geïntimeerde 2] gaat de gronden verwerven van de gemeente, woningcorporatie Plavei en de bibliotheek. En zorgt vervolgens voor de bouw en de aanleg van de openbare ruimte. Stap 1 is de bouw van een nieuwe Coop-supermarkt op de locatie van het niet monumentale gedeelte van het oude gemeentehuis. Het monumentale gedeelte

blijft wél bestaan. Dat pand krijgt een horecabestemming. Na verhuizing van de oude Coop naar deze nieuwe winkel, komt er een Aldi-vestiging op de oude Coop-locatie. Beide supermarkten kunnen hun exploitatie dus gewoon voortzetten tot de verhuizing. De Coop en de Aldi gaan de nieuwe panden huren van [geïntimeerde 2]. (...)” Op 17 oktober 2016 heeft Montferland Nieuws een artikel op haar website gepubliceerd met de kop “Ondernemers omarmen Masterplan Didam”. Dit artikel luidt, voor zover relevant: “(...) Ook het Raadhuisplein ondergaat een metamorfose. Het nieuwe gedeelte van het gemeentehuis gaat plat en wordt de vestigingsplek van de nieuwe Supercoop. De Aldi betreft het pand van de huidige Coop. Op de plek van de bibliotheek en het voormalig postkantoor komt een parkeerplaats (...)”

3.10. Medio 2016 heeft [appellanten] mondeling aan de Gemeente laten weten dat zij geïnteresseerd is in de gemeentehuislocatie. [de directeur] heeft daarover gesproken met de Gemeente en onder meer met een wethouder tijdens de Prova-da (een vastgoedbeurs). Ook heeft er een gesprek plaatsgehad tussen [de directeur] en een wethouder van de Gemeente op 7 juli 2016. De Gemeente heeft [de directeur] toen doorverwezen naar [geïntimeerde 2] met de mededeling dat de gemeentehuislocatie niet solitair te koop is, maar onderdeel uitmaakt van de totale ontwikkeling van het Raadhuisplein.

3.11. Op 18 juli 2018 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen [de directeur] en de wethouder grondzaken van de gemeente, [de wethouder]. Onderwerp van dit gesprek was de herontwikkeling van de gemeentehuislocatie en de door [appellanten] gewenste verplaatsing van haar Albert Heijn-supermarkt naar het dorpscentrum van Didam. De Gemeente heeft [de directeur] toen weer doorverwezen naar [geïntimeerde 2].

3.12. [appellanten] heeft de Gemeente bij brief van 7 augustus 2018 (productie 4 bij inleidende dagvaarding), voor zover relevant, bericht:

“(...) [appellant 1] heeft kennis genomen van het Masterplan Didam “De samenleving verandert” (...).

Het Masterplan is buiten medeweten van [appellant 1] tot stand gekomen: [appellant 1] is daar generlei wijze bij betrokken. Dit terwijl het Masterplan onder meer beoogt dat supermarkten die buiten het centrum zijn gelegen – zoals de Albert

Heijn-supermarkt van [appellant 1] – verhuizen naar het centrum.

(...)

Als een van de potentiële locaties voor verplaatsers wordt het oude gemeentehuis genoemd, een locatie die in eigendom is van de gemeente (...). In lijn met het Masterplan wil [appellant 1] zich graag vestigen in het centrum van Didam en wel op de locatie van het oude gemeentehuis (...).

[appellant 1] heeft evenwel vernomen dat de Gemeente met [geïntimeerde 2]

(...) onderhands in overleg is over de herontwikkeling van Gemeentehuislocatie. Daarbij is het streven, zo begrijpt [appellant 1], dat de COOP-supermarkt wordt verplaatst naar de Gemeentehuislocatie; een supermarkt die reeds in het centrum gevestigd is. Net als het geval was bij de totstandkoming van het Masterplan is [appellant 1] op generlei wijze in kennis gesteld over het voornemen tot en invulling van deze herontwikkeling.

Deze procedure, die onder meer voorziet in de mogelijkheid een supermarkt te realiseren, verloopt daarmee volstrekt intransparant (...), terwijl bovendien onduidelijk is in hoeverre de prijs die [geïntimeerde 2] voor de grond betaalt, marktconform is en dus niet in strijd is met staatssteunregels. 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 handelen, waaronder het gelijkheidsbeginsel (...).

Gelet op het voorgaande verzoek ik u en zo nodig sommeer ik u binnen veertien dagen na verzending van deze brief mij te bevestigen dat ieder overleg tussen (medewerkers van) de Gemeente met [geïntimeerde 2] of aan haar gelieerde (rechts)personen over de herontwikkeling van de Gemeentehuislocatie wordt gestaakt en dat een openbare biedprocedure wordt gestart met betrekking tot de herontwikkeling van in ieder geval de Gemeentehuislocatie.

Bij het uitblijven van de bevestiging acht [appellant 1] zich vrij om zonder voorafgaande aankondiging rechtsmaatregelen te treffen. (...)”

3.13. Bij brief van 4 oktober 2018 (productie 5 bij inleidende dagvaarding) heeft de Gemeente laten weten dat zij geen gevolg zal geven aan de sommatie van [appellanten]

3.14. Bij brieven van 26 oktober 2018 (productie 6 bij inleidende dagvaarding) en 9 november 2018 (productie 7 bij inleidende dagvaarding) hebben partijen hun standpunten nader aan elkaar uiteengezet.

3.15. [geïntimeerde 2] heeft een koopovereenkomst gesloten met Stichting Plavei ter verkrijging van de locatie “Oude Postkantoor” en met de Stichting Bibliotheek ter verwerving van de “Bibliotheeklocatie”.

3.16. Op 3 oktober 2019 zijn zowel de “Koopovereenkomst voormalige gemeentehuislocatie Didam e.o.” als de “Samenwerkingsovereenkomst Locatie voormalig gemeentehuis Didam e.o.” tussen de Gemeente en [geïntimeerde 2] tot stand gekomen.

4. *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*

4.1. [appellanten] heeft in eerste aanleg, in de kern genomen, gevorderd dat de voorzieningenrechter primair de Gemeente zal verbieden de gemeentehuislocatie te verkopen en te leveren anders dan na het doorlopen van een voorafgaande openbare en non-discriminatoire biedingsprocedure, subsidiair de Gemeente zal bevelen aan haar een schriftelijke uitnodiging te sturen om een bod te doen op de gemeentehuislocatie en uiterst subsidiair voorzieningen beveelt en/of verbiedt die hem juist voorkomen.

4.2. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019) het verzoek van [geïntimeerde 2] om tussen te komen toegestaan, [appellanten] niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen vanwege het ontbreken van spoedeisend belang en haar veroordeeld in de proceskosten en de wettelijke rente ten aanzien van de Gemeente en in de proceskosten, de wettelijke rente en in de nakosten ten aanzien van [geïntimeerde 2].

5. *De motivering van de beslissing in hoger beroep*

5.1. Onder aanvoering van vijf grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, is [appellanten] tegen het oordeel van de voorzieningenrechter in hoger beroep gekomen.

5.2. Anders dan de Gemeente betoogt, heeft [appellanten] ook in hoger beroep een spoedeisend belang bij haar vorderingen. [appellanten] wil daarmee bereiken dat het de Gemeente wordt verboden om de gemeentehuislocatie zonder nadere procedures of besprekingen met onder meer [appellanten] te verkopen en te leveren. Hoewel

de koopovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst (zie rov. 3.16) inmiddels tot stand zijn gekomen, heeft levering van de gemeentehuislocatie nog niet plaatsgevonden, waarmee het spoedeisend belang voor [appellanten] is gegeven. Dat [appellant 1] enige tijd heeft gewacht met het aanspannen van een kort geding doet in de ogen van het hof niet af aan de spoedeisendheid van haar belang daarbij. In zoverre wijkt de visie van het hof af van die van de voorzieningenrechter en zijn de grieven gegrond. Het hof vindt echter niet dat de vorderingen van [appellant 1] hadden moeten worden toegewezen en legt hieronder uit waarom het tot dat oordeel komt. Daarbij speelt de late reactie van [appellanten], die de voorzieningenrechter redengevend vond om haar niet-ontvankelijk te verklaren, nog wel een rol van betekenis doordat de gevolgen daarvan worden betrokken bij de afweging van de belangen die partijen over en weer hebben bij de toe- dan wel afwijzing van de vorderingen van [appellanten]

5.3. Verder heeft de Gemeente eveneens ten onrechte aangevoerd dat (ook) Becedo Vastgoed IV niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat zij geen projectontwikkelaar of supermarktexploitant is. Dit laatste maakt nog niet dat zij geen belang bij deze zaak zou hebben. [appellanten] hoeft niet, zoals de Gemeente voorstaat, aan te tonen waarom Becedo Vastgoed IV naast [appellant 1] en Becedo Ontwikkeling B.V. belang heeft bij deze procedure, om als procespartij op te kunnen treden.

5.4. Gelet op de huidige stand van zaken waarin de gemeentehuislocatie aan [geïntimeerde 2] is verkocht, maar nog niet geleverd, zal het hof eerst de vordering van [appellanten] behandelen om de Gemeente te verbieden om de eigendom van de gemeentehuislocatie, anders dan na het doorlopen van een procedure waarin ook andere geïnteresseerde partijen dan [geïntimeerde 2] een kans krijgen deze locatie te verwerven, over te dragen. Voor zover de vordering van [appellanten] ziet op het verbod van verkoop, is deze vordering door de feiten achterhaald en zal deze bij gebrek aan belang worden afgewezen.

5.5. Aan de vordering tot het verbod tot levering legt [appellanten] een verscheidenheid aan argumenten ten grondslag, die het hof hierna zal bespreken.

Aanbestedingsplichtige opdracht

5.6. Naar het oordeel van het hof heeft [appellanten], in het licht van het gemotiveerde verweer van de Gemeente en [geïntimeerde 2], onvoldoende concreet gesteld dat de opdracht die de Gemeente aan [geïntimeerde 2] heeft gegeven om het centrum van Didam te herontwikkelen aanbestedingsplichtig is.

Het aanbestedingsrechtelijke régime is (pas) aan de orde bij een overheidsopdracht (of bij een concessieopdracht, waarvan hier ook geen sprake is). Een verplicht element voor het bestaan van een overheidsopdracht is dat de desbetreffende overeenkomst onder bezwarende titel is aangegaan. Uit het arrest Helmut Müller van het Europese hof van Justitie (HvJEU 24 maart 2010, ECLI:EU:2010:168, C-451/08) blijkt dat aan het vereiste van een “bezwarende titel” is voldaan als er sprake is van ten minste drie cumulatieve vereisten: (i) de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn, (ii) de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben en (iii) de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten.

In hetgeen partijen naar voren hebben gebracht noch in voornoemde koopovereenkomst en samenwerkingsovereenkomst kan een aanwijzing worden gevonden dat aan [geïntimeerde 2] die cumulatieve eisen zijn opgelegd die tot een aanbestedingsplichtige opdracht leiden. Van een in rechte afdwingbare verplichting is geen sprake nu niet aannemelijk is geworden dat aan [geïntimeerde 2] daadwerkelijk een bouwplicht is opgelegd. Volgens [appellanten] bevat artikel 8 van de koopovereenkomst een dergelijke plicht, maar de Gemeente heeft dit voldoende weersproken. Volgens de Gemeente is artikel 8 een standaard bepaling (“Koper zal het verkochte aanwenden voor de realisering van de aangegeven plannen welke passen binnen het ontwikkelingskader van de gemeente.”). Verder zijn in artikel 3 lid 2 van de koopovereenkomst de artikelen 25 en 26 van de Algemene verkoopvoorwaarden van toepassing uitgezonderd, die zien op de realisatieverplichtingen, aldus de Gemeente.

Evenmin wordt aan de voorwaarde voldaan dat het te realiseren werk een rechtstreeks economisch belang voor de Gemeente inhoudt, omdat zij niet de beschikking zal krijgen over de door [geïntimeerde 2] te realiseren werken. [geïntimeerde 2] ontwikkelt op gebied dat zij in eigendom verwerft, zonder dat er openbaar gebied aan

de Gemeente wordt overgedragen. De Gemeente draagt verder niet financieel bij aan de ontwikkeling van het centrum, omdat [geïntimeerde 2] de ontwikkeling van het Masterplangebied voor eigen rekening en risico uitvoert, zo heeft de Gemeente onweersproken aangevoerd.

Zelfs al zou sprake zijn van een overheidsopdracht, dan blijft de waarde ervan blijkens de daarin opgenomen koopsom en exploitatiebijdrage ruim onder de Europese drempel van € 5.548.000,-. Bij een opdracht onder de drempelwaarde zou nog sprake kunnen zijn van een transparantieplichting, maar alleen bij een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het criterium “duidelijk grensoverschrijdend belang” voorkomt dat elke opdracht (hoe gering ook) transparant zou moeten worden gegund. De gedachte achter deze rechtstreekse verplichting is dat zonder gelijke kansen ondernemers uit andere lidstaten naar nationaliteit zouden worden gediscrimineerd, hetgeen in strijd zou zijn met de vrij-verkeerbepalingen uit het VWEU. Het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang kan echter niet louter hypothetisch worden afgeleid uit gegevens die daarvoor in abstracto aanwijzingen zouden kunnen opleveren. Het gaat om een concrete beoordeling van de opdracht (zie de arresten Tecnoedi (HvJ EU 6 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:747) en Oftalma Hospital (HvJ EU 19 april 2018, ECLI:EU:C:2018:263)). Dit betekent dat het enkele feit dat er een Aldi-supermarkt in het Masterplan voorkomt, dat het project plaatsvindt in een grensstreek (de Gemeente grenst direct aan Duitsland) en dat de Gemeente een hechte band met Duitse gemeenten nastreeft, onvoldoende zijn voor het aannemen van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

Staatssteun

5.7. Dat de Gemeente in strijd zou handelen met het staatssteunrecht – volgens [appellanten] hierin gelegen dat [geïntimeerde 2] een voorkeurspositie heeft gekregen op herontwikkeling van de gemeentehuislocatie zonder dat daar een marktconforme vergoeding tegenover staat – is evenmin voldoende aannemelijk gemaakt. De Gemeente en [geïntimeerde 2] hebben voldoende toegelicht dat voor de gemeentehuislocatie een marktconforme prijs is betaald, die door middel van een taxatie is onderbouwd, een en ander conform de Mededeling Staatsteun van de Europese Commissie in de

zin van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C262/01). Een dergelijke gang van zaken is volgens de Mededeling in beginsel voldoende om staatssteun bij verkoop van gronden te voorkomen, zodat van het onrechtmatig verlenen van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU door de Gemeente voorshands geen sprake is.

Onder bijkomende omstandigheden zou niettemin van staatssteun sprake kunnen zijn, maar dat dergelijke omstandigheden zich hier voordoen heeft [appellanten] niet voldoende aannemelijk gemaakt. Bovendien: zelfs al zou komen vast te staan dat de Gemeente onrechtmatige staatssteun aan [geïntimeerde 2] zou hebben verleend, dan ontstaat daarvoor nog niet de door [appellanten] gevorderde verplichting van de Gemeente om alle geïnteresseerden een kans te geven de gemeentehuislocatie te verwerven. In een dergelijke situatie dient [geïntimeerde 2] immers (slechts) de steun inclusief het tot de terugbetaling genoten rentevoordeel aan de Gemeente terug te betalen.

Mededingingsnorm en schaars recht

5.8. [appellanten] betoogt verder dat de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927) geïntroduceerde norm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte moet worden geboden, naar analogie mede van toepassing is op de uitgifte van schaarse grond. Daarvan is volgens [appellanten] sprake bij een toplocatie midden in het centrum van Didam waar een supermarkt kan worden gevestigd, zodat het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel vergen dat alle potentiële gegadigden een kans krijgen die schaarse grond te verkrijgen.

Het hof ziet dat anders. Een dergelijke “mededingingsnorm bij schaarse vergunningen” is (nog) niet van toepassing op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context. Voor zover deze norm wél op grondverkoop door de overheid zou zien, dan geldt deze bovendien enkel bij schaarste. [appellanten] heeft in dit kort geding niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte die in het centrum van [appellant 1] beschikbaar is voor een supermarkt, ook niet met de verklaring van makelaar [makelaar] van 7 december 2018 (productie 19 van de zijde van [appellanten] in eerste

aanleg) dat er op dit moment geen vergelijkbare locatie te koop wordt aangeboden. Een beroep op het arrest van dit hof van 3 december 2013 (ECLI:NL:GHARL:2013:9210) faalt reeds omdat de gemeente die in die zaak was betrokken een potentiële koper (Bouwmarkt Epe) niet had laten meedingen in weerwil van gedane toezeggingen. Van dergelijke toezeggingen van de Gemeente tegenover [appellanten] is geen sprake.

Schending van het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (algemene beginselen van behoorlijk bestuur)

5.10. Volgens [appellanten] heeft de Gemeente jegens haar in strijd met het gelijkheidsbeginsel gehandeld nu zij geen gelijke kans ten opzichte van [geïntimeerde 2] heeft gekregen. Toen [geïntimeerde 2] vóór de vaststelling van het Masterplan het “principeverzoek” aan de Gemeente voorlegde om de gemeentehuislocatie te herontwikkelen om daarin een Coöp-supermarkt te verwezenlijken, had de Gemeente zichzelf de vraag moeten stellen of andere partijen in deze locatie geïnteresseerd zouden zijn én had zij alle partijen in de gelegenheid moeten stellen deze locatie te verwerven. Voor deze ongelijke behandeling is geen rechtvaardigingsgrond aanwezig omdat [appellanten] bereid is de gemeentehuislocatie volledig in lijn met het Masterplan te realiseren, wat betreft alle geldende planologische eisen, welstandscriteria en voorschriften voor een goede ruimtelijke ordening. Zij beschikt in het bijzonder met Becedo Vastgoed Ontwikkeling B.V. over de ervaring om dit soort projecten uit te voeren.

De Gemeente handelt tevens in strijd met het vertrouwensbeginsel omdat zij een vast beleid heeft dat inhoudt dat de uitgifte van gronden of de verkoop van onroerend goed vooraf op haar website wordt gepubliceerd en waarbij alle geïnteresseerden een bod mogen doen.

Door exclusief met [geïntimeerde 2] in onderhandeling te treden over de verkoop van de gemeentehuislocatie wijkt de Gemeente zonder goede grond af van haar eigen bestendige praktijk, hetgeen in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dus onrechtmatige jegens [appellanten], aldus [appellanten]

5.11. Vaste rechtspraak is dat (een entiteit zoals) de Gemeente bij het aangaan en uitvoeren van privaatrechtelijke overeenkomsten (hier: de verkoop van de gemeentehuislocatie) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht dient te

nemen. Dit volgt ook uit artikel 3:14 BW. Voor zover de Gemeente in 2012 jegens [appellanten] onrechtmatig (namelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel) heeft gehandeld door [geïntimeerde 2] exclusief onderdeel te laten uitmaken van het Masterplan, levert dat onder de huidige omstandigheden onvoldoende reden op om het door [appellanten] gevorderde (voorlopige) verbod tot levering van de gemeentehuislocatie uit te spreken, of om de gemeente te verplichten om [appellanten] mee te laten dingen naar de verkoop en levering daarvan. Dat de Gemeente de gemeentehuislocatie inmiddels (daags voor het pleidooi in hoger beroep) heeft verkocht geeft daarvoor evenmin voldoende reden. In het kader van de belangenafweging dienen de belangen van de Gemeente bij doorgang van de inmiddels vergaande samenwerking met [geïntimeerde 2] mede gezien de ter verwezenlijking van het Masterplan benodigde grondposities die [geïntimeerde 2] inmiddels in de loop van de tijd ten aanzien van de locaties van de bibliotheek en het voormalige postkantoor heeft verworven, te prevaleren boven de belangen van [appellanten] bij blokkering hiervan. Bij de belangenafweging speelt mee dat [appellanten] reeds in 2016 op de hoogte was van de lopende onderhandelingen tussen de Gemeente en [geïntimeerde 2] om het Raadhuisplein e.o. door [geïntimeerde 2] te laten ontwikkelen en over de verkoop van de gemeentehuislocatie, en zij pas in juli 2018 (weer) contact met de Gemeente heeft opgenomen waarna zij in december 2018 een kort geding tegen de Gemeente is gestart. Dat zij in 2016 in gesprek is getreden met de Gemeente waarbij de Gemeente haar naar [geïntimeerde 2] heeft doorverwezen, doet hier onvoldoende aan af nu [appellanten] kennelijk geen vervolg aan dit gesprek heeft gegeven en/of anderszins heeft geprobeerd zich als serieus te nemen gegaan bij de Gemeente te positioneren. Ook het feit dat [appellanten], zoals zij heeft aangevoerd, in 2016 actie heeft ondernomen door het burgerinitiatief gericht tegen het Masterplan te steunen, legt onvoldoende gewicht in de schaal om de belangenafweging (alsnog) in haar voordeel te doen uitvallen. Hierbij speelt mee dat het burgerinitiatief zich vooral richtte op (bezorgdheid omtrent) de verkeersdrukte in het centrum met de komst van supermarkten, en dat daarmee niet werd gestreefd naar vestiging van een Albert Heijn-supermarkt op de gemeentehuislocatie. Ten slotte acht het hof het van belang dat [appellanten]

weliswaar heeft gesteld dat zij bereid en in staat is de gehele gebiedsontwikkeling voor haar rekening te nemen, maar dat zij dat niet voldoende feitelijk heeft onderbouwd.

5.12. Van strijd met het vertrouwensbeginsel omdat de Gemeente openbare kavels normaal gesproken op haar website aanbiedt, is geen sprake. Het gaat in deze zaak, anders dan in de door [appellanten] genoemde gevallen, niet om de losse verkoop van een openbare kavel, maar om een totale herontwikkeling van het dorpscentrum van Didam. Dit brengt mee dat de Gemeente niet in strijd met een bestendige praktijk heeft gehandeld door na te laten om de gemeentehuislocatie op haar website te koop aan te bieden.

5.13. [appellanten] heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat ook [geïntimeerde 2] (naast de Gemeente) jegens haar onrechtmatig handelt. Om deze onrechtmatige daad te voorkomen, heeft [appellanten] voorwaardelijk (voor zover de gemeentehuislocatie aan [geïntimeerde 2] is verkocht of geleverd) gevorderd dat de Gemeente en [geïntimeerde 2] hoofdelijk worden veroordeeld de koop en de levering van de gemeentehuislocatie ongedaan te maken.

Zoals uit al het voorgaande volgt, ziet het hof in dit kort geding onvoldoende reden om deze vordering toe te wijzen, indien dit al mogelijk zou zijn. Dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld is, zoals hierboven uiteengezet, voorschans niet voldoende aannemelijk geworden, en dat geldt evenzeer voor de stelling dat [geïntimeerde 2] onrechtmatig heeft gehandeld en dreigt te gaan handelen door eigenaar te worden van de gemeentehuislocatie of anderszins. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven of de vordering van [appellanten] jegens [geïntimeerde 2] heeft te gelden als een eis in reconventie, die gelet op artikel 353 lid 1 Rv niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld en reeds daarom niet toegewezen zou kunnen worden.

De slotsom

De slotsom luidt dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover [appellanten] niet-ontvankelijk is verklaard in haar vorderingen, dat die vorderingen alsnog als ongegrond zullen worden afgewezen en dat het vonnis voor het overige zal worden bekrachtigd. Het hof zal [appellanten] als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in het hoger beroep

aan de zijde van de Gemeente worden vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 3.222,- (3 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief. Als gevorderd en niet afzonderlijk weersproken zal het hof [appellanten] ook in de wettelijke rente over de begrote proceskosten en de nakosten jegens de Gemeente veroordelen. De kosten voor de procedure in het hoger beroep aan de zijde van [geïntimeerde 2] worden vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 3.222,- (3 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland, locatie Zutphen) van 8 januari 2019 (hersteld bij vonnis van 7 maart 2019), voor zover [appellanten] niet-ontvankelijk in haar vorderingen is verklaard en in zoverre opnieuw rechtdoende;

wijst de vorderingen van [appellanten] zowel tegen de Gemeente als tegen [geïntimeerde 2] af;

Ten aanzien van de Gemeente:

veroordeelt [appellanten] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 3.222,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt [appellanten] in de nakosten, begroot op € 157,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval [appellanten] niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

Ten aanzien van [geïntimeerde 2]:

veroordeelt [appellanten] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde 2] vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 3.222,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

Ten aanzien van de Gemeente en van [geïntimeerde 2]:

verklaart dit arrest zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Nog geen transparantieplichting bij gronduitgifte

In deze annotatie bespreek ik het oordeel van het hof dat (i) geen sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht en dat (ii) de verplichting om gelijke kansen te bieden bij schaarse vergunningen hier niet naar analogie hoeft te worden toegepast. Ten aanzien van het staatssteunargument volsta ik met de opmerking dat het arrest de indruk wekt dat het hof te makkelijk denkt over de gevolgen van staatssteun bij grondverkoop door de gemeente. Uit zijn eerdere arrest in de zaak Harlingen blijkt dat een niet-marktconforme koopprijs tot nietigheid van de koopovereenkomst kan leiden¹ – hetgeen veel verder gaat dan het terugbetalen van de steun en het rentevoordeel.

Geen overheidsopdracht

De dag voor pleidooi in hoger beroep heeft de gemeente de grond verkocht aan Groenstaete,² die in het kader van de beoogde herontwikkeling openbaar gebied zal aanleggen (in elk geval het parkeerterrein) maar dat niet zal overdragen aan de gemeente. Het verbaast in dat licht niet dat het hof oordeelt dat geen sprake is van een rechtstreeks economisch belang en de aanleg van het openbaar gebied (reeds daarom) niet kwalificeert als overheidsopdracht van de gemeente aan Groenstaete. Ten aanzien van de private vastgoedontwikkeling op de verkochte gemeentegrond (Supercoöp en horeca) oordeelt het hof om begrijpelijke redenen dat evenmin

1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9636. Zie daarover J.F. van Nouhuys en P. Heijnsbroek, 'De zaak Harlingen en de consequenties van het niet aanmelden van een steunmaatregel', TA 2018/89.

2 De naam van Groenstaete is in hoger beroep geanonimiseerd, maar wordt in eerste aanleg en in de pers wel genoemd.

sprake is van een overheidsopdracht. Een bouwplicht en rechtstreeks economisch belang ontbreken volgens het hof (het hof gaat niet expliciet in op eventuele eisen vanuit de gemeente), hetgeen overigens ook gebruikelijk is.³ Het hof ziet in artikel 8 van de koopovereenkomst geen bouwplicht. Kennelijk was niet in detail omschreven wat de daarin bedoelde “aangegeven plannen” inhouden.⁴ Een dergelijke bepaling zal in andere omstandigheden mogelijk wél tot een bouwplicht leiden en is dus niet zonder meer “veilig”

Het hof wijdt ten overvloede nog een overweging aan de geraamde waarde van de vermeende opdracht. Daarbij verwijst het hof mijns inziens ten onrechte slechts naar de koopsom en de exploitatiebijdrage. Bepalend is de omzet die met de opdracht kan worden behaald.⁵

Geen analoge toepassing transparantieverplichting bij schaarse “private” rechten

Het hof oordeelt dat de transparantieverplichting op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) zoals die geldt bij schaarse vergunningen (en schaarse subsidies), niet naar analogie geldt voor de onderhavige grondverkoop door de gemeente.⁶ Dit lijkt op het eerste gezicht wellicht een principieel oordeel over het bestaan van een nationale transparantieverplichting voor gronduitgifte, maar dat is het in mijn ogen niet. De overwegingen van het hof zijn op dit punt zeer summier en bieden weinig inzicht in de achterliggende argumenten, terwijl er in het algemeen juist goede argumenten zijn om een dergelijke transparantieverplichting wél aan

te nemen.⁷ Mijn indruk is dat bij dit oordeel en de motivering meespeelde dat het hier een kort geding betreft en het hof in het kader van de daarbij behorende belangenafweging vervolgens oordeelt dat de belangen van de gemeente bij doorgang van de samenwerking met Groenstae te prevaleren boven die van Didam Have⁸ bij blokkering daarvan. Het heeft er daarom alle schijn van dat de vorderingen in de visie van het hof hoe dan ook afstuiten op de belangenafweging.

Ter onderbouwing stelt het hof allereerst dat een mededingingsnorm bij schaarse vergunningen “(nog) niet van toepassing [is] op gronduitgifte buiten de (in dit geval) aanbestedingsrechtelijke context”. Door het woord “nog” tussen haakjes te plaatsen wordt duidelijk dat het hof hiermee geen principieel oordeel velt over de toepasbaarheid van de transparantieverplichting, maar veeleer bedoelt dat deze in rechte nog niet is toegepast op gronduitgifte door de overheid (en in elk geval niet door de hoogste rechter). Dat is een juiste constatering,⁹ maar geen inhoudelijk argument tegen een dergelijke analoge toepassing. Hetzelfde geldt voor de link met de aanbestedingsrechtelijke context. De transparantieverplichting bij schaarse vergunningen is gebaseerd op de algemene beginselen van behoorlijk be-

3 Zie over de cumulatieve criteria van een overheidsopdracht uitgebreid P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2013.

4 Vgl. HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-213/13, Pizzarotti, waarin het Hof overweegt dat vereist is “dat de verwezenlijking van het geplande bouwwerk voldoet aan nauwkeurig omschreven eisen van de aanbestedende dienst”.

5 Zie HvJ EG 18 januari 2007, zaak C-220/05, Roanne/Auroux, pt. 53-54.

6 In de onderhavige zaak wordt niet ingegaan op een dergelijke transparantieverplichting uit hoofde van het VWEU. Zie in dat verband P. Heijnsbroek, ‘Aanbestedingsplichten op en over de randen van de Aanbestedingswet 2012’, TA 2017/43.

7 Zie E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht* nr. 38, Den Haag: IBR 2010, p. 49; Heijnsbroek 2013, a.w.; J.R. Vermeulen en C.N. van der Sluis, ‘Schaarse rechten bij gebiedsontwikkeling: de rol van beleid en grondeigendom’, TO 2018/3.4; A.B.B. Gelderman en L.J. Vermeulen, ‘Waarom ook huurovereenkomsten aanbestedingsplichtig kunnen zijn’, TBR 2019/64.

8 Appellanten in dit kort geding zijn Didam Have, de exploitant van de Albert Heijn in Didam (gemeente Montferland), en twee vastgoedentiteiten uit hetzelfde concern. De naam van de eerste appellant is in het arrest geanonimiseerd, maar Didam Have heeft zelf over deze zaak in de pers verklaard. Ik duid de appellanten gemakshalve gezamenlijk aan als “Didam Have”.

9 Zie ook AG Widdershoven in zijn conclusie van 6 juni 2018 over het windpark Zeewolde, ECLI:NL:RVS:2018:1847, par. 4.5.

stuur, die eveneens gelden bij grondverkoop door een gemeente. Deze transparantieverplichting vloeit derhalve niet voort uit het aanbestedingsrecht en is ook niet beperkt tot de aanbestedingsrechtelijke context.

Vervolgens overweegt het hof dat een transparantieverplichting bij gronduitgifte enkel zou gelden indien sprake is van schaarste. Dat is terecht, aangezien pas bij schaarste – d.w.z. als de vraag groter is dan het aanbod – ongelijke behandeling en willekeur dreigt.¹⁰ Minder goed te begrijpen is dat het hof vervolgt met de overweging dat Didam Have onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het hier gaat om schaarse ruimte. Op dit punt zou een nadere motivering van het hof zeer welkom zijn geweest. Van schaarste bij gronduitgifte is mijns inziens sprake indien vooraf de reële mogelijkheid bestaat dat de vraag het aanbod zal overtreffen. Het gaat om de *verwachting* van schaarste, omdat op voorhand vaak niet te bepalen is wat de daadwerkelijke vraag zal zijn – potentieel geïnteresseerde partijen zijn immers meestal nog niet bekend met het aanbod en kunnen zich dan ook nog niet kenbaar maken.¹¹ Bij de verkoop van één perceel is derhalve van belang of vooraf de reële mogelijkheid bestond dat er meer dan één potentiële koper zou zijn. In het arrest wordt hier echter niets over gezegd.

De formulering van het hof (“schaarse ruimte die in het centrum van [Didam]¹² beschikbaar is voor een supermarkt”) sluit aan bij zijn eerdere arrest in de zaak Bouwmarkt Epe uit 2013, waarnaar het

hof ook verwijst.¹³ In die zaak overwoog het hof dat de zorgvuldigheid die de gemeente Epe moest betrachten bij gronduitgifte werd ingevuld door de schaarse ruimte die in de gemeente Epe beschikbaar was voor bouwmarkten.¹⁴ In mijn optiek gaat de opmerking over schaarse ruimte uit Bouwmarkt Epe echter niet precies over hetzelfde als de schaarste zoals de Afdeling die bedoelt in haar uitspraak in de Vlaardingens-zaak uit november 2016, waarin zij een transparantieverplichting voor schaarse vergunningen aanneemt.¹⁵ Het gaat in mijn ogen bij de analoge toepassing van deze transparantieverplichting niet om de (beperkte) ruimte die er is om een supermarkt te vestigen in het centrum van Didam (vanuit het perspectief van de klagende marktpartij en ongeacht op wiens grond),¹⁶ maar om de verhouding tussen vraag en aanbod voor het specifieke perceel grond dat de gemeente verkoopt (dus vanuit het perspectief van het te verlenen “private recht”).

Schaarste ontbreekt bij gronduitgifte als er meer aanbod dan vraag is. Dat is het geval als het aanbod uit meer percelen bestaat dan er (potentieel) geïnteresseerde kopers zijn, mits de aangeboden percelen onderling vergelijkbaar zijn. Zodra dat niet het geval is – bijvoorbeeld omdat het ene perceel in het centrum ligt en het andere aan de rand van de gemeente – zal de schaarste per (type) perceel moeten worden beoordeeld. De aangeboden percelen hoeven daarnaast niet zonder meer van de gemeente te zijn. Ook als private verkopers vergelijkbare percelen aanbieden als de gemeente, kan dat ertoe leiden dat er geen schaarste is (hetgeen in het onderhavige geval kennelijk niet het geval was, gelet op de verkla-

10 Vgl. F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

11 Net zozeer als dat een reële mogelijkheid van buitenlandse belangstelling reeds voldoende is om een duidelijk grensoverschrijdend belang aan te nemen; zie HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722, r.o. 3.6 en HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12, Belgacom, pt. 30. Niet is vereist dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben geuit.

12 Het arrest vermeldt hier “[appellant 1]”, maar dat lijkt een typo te zijn als gevolg van het feit dat in de naam van de appellant (Didam Have) ook de plaatsnaam “Didam” voorkomt.

13 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9210, r.o. 4.16.

14 De parallel met die zaak gaat verder niet goed op, omdat de gemeente Epe toezeggingen had gedaan en de gemeente Montferland niet, zoals het hof ook vaststelt in r.o. 5.8.

15 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, «JAAN» 2017/901 m.nt. P. Heijnsbroek. Zie voor schaarse subsidies: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310 (Geobox).

16 Zie daarover o.a. A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015; Vermeulen en Van der Sluis 2018, a.w.

ring van de makelaar dat er op dat moment geen vergelijkbare locatie te koop werd aangeboden). De vergelijkbaarheid zal in de regel afnemen naar mate de verkopers meer verschillen en mede daardoor verschillende voorwaarden verbinden aan de verkoop. Bovendien is de tijd een belangrijke factor voor de vergelijkbaarheid: veelal zal het voor de potentiële kopers een relevant verschil zijn of een perceel nu wordt verkocht of pas over een jaar.

Schaarste ontbreekt in feite ook als er maar één marktpartij is die in aanmerking komt om de grond te verwerven ("uniciteit").¹⁷ In eerste aanleg overwoog de voorzieningenrechter dat Groenstaete een unieke positie leek te hebben omdat zij inmiddels een substantiële grondpositie had opgebouwd (door grond te verwerven van de woningcorporatie en bibliotheek ten behoeve van het te realiseren parkeerterrein).¹⁸ Alleen Groenstaete zou daarom de gehele herontwikkeling kunnen uitvoeren. Dit type argument is mijns inziens op zichzelf valide, maar in het onderhavige geval is dat minder duidelijk aan de orde. Groenstaete had immers haar unieke positie kunnen verkrijgen nadat zij door de gemeente was aangewezen als beoogd koper voor de gemeentegrond. In zekere zin had de gemeente daarmee de unieke positie van Groenstaete zelf (mede) gecreëerd. De bibliotheek en de woningcorporatie hadden hun grond wellicht net zo goed aan een ander willen verkopen (zoals Didam Have). Mogelijk is dit de reden dat het hof niet expliciet op dit argument ingaat.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het arrest laat zien dat de discussie over aanbestedingsverplichtingen bij gronduitgifte door de overheid springlevend is. Zolang de betrokkenheid van de overheid bij de ontwikkeling van de grond maar beperkt blijft, zal de gronduitgifte niet snel binnen de reikwijdte van het aanbestedingsrecht vallen. Voor een analoge toepassing van de transparantieverplichting uit hoofde van

de abbb lijkt echter nog steeds alle redenen te bestaan. Het arrest toont aan dat die stap nog niet zomaar is gezet en onder meer een nadere beschouwing vergt van wat "schaarste" in dit verband inhoudt. Voor de rechtsontwikkeling is het daarom goed nieuws dat Didam Have inmiddels heeft aangekondigd cassatie te zullen instellen en de berichtgeving lijkt te suggereren dat ook een bodemprocedure zal volgen.¹⁹

mr. dr. P. Heijnsbroek
advocaat bij Straatman Koster advocaten

28

AMvB Reële prijs Wmo en Open House procedure

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
21 januari 2020, nr. 200.264.486/01,
ECLI:NL:GHARL:2020:437
(mr. M.M.A. Wind, mr. M.W. Zandbergen, mr. I.F. Clement)

Open house. Rechtsverwerking. Reële prijs. Overeenkomst.

[Aw 2012; AMvB Reële prijs Wmo art. 2.6.4, art. 2.6.6, art. 5.4; BW art. 6:162]

Thuiszorg Gooi en Vechtstreek Services B.V. (hierna: TGVS) levert huishoudelijke hulp aan ouderen. Sinds 2007 bestaat er tussen (de rechtsvoorganger van) TGVS en de gemeenten een overeenkomst op grond waarvan TGVS thuiszorg levert in de regio Gooi en Vechtstreek in de zin van de Wmo. De gemeenten Blaricum, Eemnes, Gooise Meren, Hilversum, Huizen, Laren, Weesp en Wijdemeren (hierna: de gemeenten) kopen hulp in de zin van de Wmo in via hun samenwerkingsverband, genaamd Regio Gooi en Vechtstreek (hierna: de Regio).

In 2016 hebben de gemeenten een Open House procedure gevoerd met betrekking tot de inkoop van huishoudelijke hulp. TGVS kon niet akkoord

17 Zie V zr. Rb. Zwolle 15 februari 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7320 (Gronduitgifte Dalfsen), r.o. 4.4; Heijnsbroek 2013, a.w., p. 392. Vgl. A-G Widdershoven, ECLI:NL:RVS:2018:1847, para. 4.24.

18 V zr. Rb. Gelderland 8 januari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:46, r.o. 4.12.

19 Zie <https://www.gelderlander.nl/montferland/albert-heijn-gaat-naar-hoogste-rechter-om-plek-in-centrum-didam-te-bemachtigen-a545c65c/>.