

# **Notitie: Herontwikkeling van het perceel Nico Bovenweg 44 te Oosterbeek in het licht van het aanbestedingsrecht en de regelgeving op het gebied van staatssteun**

*Voor: Gemeente Renkum, Hendrik Jan van Dijk*

*Van: Bregman Advisering, Arjan Bregman*

*Datum: 21 december 2016*

## **1. Inleiding, vraagstelling en opzet van deze notitie**

### *1.1. Inleiding*

De gemeente Renkum heeft in november 2017 een locatie aangekocht, plaatselijk bekend Nico Bovenweg 44 te Oosterbeek. Voor de aankoop is een model NVM koopovereenkomst bedrijfshuisvesting als basis gebruikt.

Deze locatie is momenteel nog in gebruik bij de verkoper, Moviera. Moviera is een opvangtehuis voor mensen die te maken hebben met huiselijk geweld.

De locatie is ruim 2 ha groot. De gemeente wil de functie van de locatie wijzigen van Maatschappelijk naar Wonen ten behoeve van de realisatie van circa 30 - 50 woningen en binnenkort doorverkopen aan een marktpartij. De gemeente wil geen (langdurige) aanbestedingsprocedure. Hier heeft zij in het verleden slechte ervaringen mee opgedaan.

### *1.2. Vraagstelling*

Binnen de gemeente Renkum is de vraag gerezen hoe de beoogde verkoop zich verhoudt tot het aanbestedingsrecht en de regelgeving op het gebied van staatssteun. In dit verband heeft de gemeente aan ondergetekende de volgende vragen voorgelegd:

1. Mag de gemeente de locatie onderhands enkelvoudig doorverkopen aan een marktpartij? *Het betreft immers een verkoop van grond en geen inkoop.*
2. Mag de gemeente eisen stellen aan deze marktpartij buiten haar publiekrechtelijk kader? Hierbij denkt de gemeente aan eisen met betrekking tot de volgende aspecten:
  - a. Woningbouwprogrammering, kwantitatief en kwalitatief programma
  - b. Duurzaamheidseisen, zoals o.a. gasloos bouwen
  - c. Stedenbouw & Architectuur
  - d. Openbare Ruimte
3. Indien ja, in welke mate mogen er eisen aan deze onderdelen worden gesteld?
4. Indien nee, welke mogelijkheden zijn er om dit op te lossen, opdat we de locatie toch enkelvoudig onderhands kunnen doorverkopen?

### *1.3. Opzet van deze notitie*

De opzet van deze notitie is als volgt. In de volgende paragraaf wordt eerst ingegaan op de actuele inzichten in de reikwijdte van het aanbestedingsrecht. Aansluitend komt in paragraaf 3 de regelgeving op het gebied van staatssteun aan de orde. De toetsing van de beoogde verkoop van de grond door de gemeente Renkum aan één marktpartij aan het aanbestedingsrecht vindt plaats in paragraaf 4. In paragraaf 5 wordt de beoogde verkoop bezien in het licht van de staatssteunregelgeving.

## **2. De reikwijdte van het aanbestedingsrecht**

### *2.1. Inleiding; het arrest Müller*

Over de reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling deed het Europese Hof van Justitie op 25 maart 2010 een belangrijke uitspraak. Op die dag wees het

Europese Hof het arrest in de zaak Müller (zaak C-451/08) waarin het gaat om een gronduitgifte in de Duitse gemeente Wildeshausen.

Het Hof maakt duidelijk dat grondverkoop door de overheid en het op eigen gronden door marktpartijen voor eigen rekening en risico realiseren van vastgoed binnen publiekrechtelijke kaders, in beginsel buiten het bereik van het aanbestedingsrecht vallen.

Het Hof maakt ook duidelijk dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, *cumulatief* moet zijn voldaan aan drie voorwaarden voldaan: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.

Op de betekenis van deze drie voorwaarden voor woningbouw en commercieel vastgoed in de Nederlandse praktijk zal hierna worden ingegaan.

### *2.2 Rechtstreeks economisch belang: de noodzaak van een marktconforme grondprijs en het gevaar van afroomregelingen*

Ter voorkoming van een rechtstreeks economisch belang van de overheid is van wezenlijk belang dat door de marktpartij een marktconforme grondprijs wordt betaald en dat de ontwikkeling van het vastgoed werkelijk voor rekening en risico van de marktpartij plaatsvindt. In dit verband moet dus voor twee gevaren worden gewaakt: (1) een te lage grondprijs en (2) participatie door de gemeente in de vastgoedexploitatie. Van het door de gemeenten participeren in de opstalexploitatie kan sprake zijn wanneer een ‘afroomregeling’ niet goed is geformuleerd. Als de werkelijk gerealiseerde opbrengsten van vastgoed hoger zijn dan bij ondertekening van het contract was voorzien, moet worden voorkomen dat de gemeenten dit met een bepaald percentage afromen. Er ontstaat anders een gemeentelijk rechtstreeks economisch belang bij het vastgoed. Het is wel mogelijk om bij hogere vastgoedopbrengsten de grondprijs te herberekenen. Die moet immers marktconform zijn en bij hogere vastgoedopbrengsten hoort (als de grondprijs via een residuele methode wordt bepaald) ook een hogere grondprijs.

### *2.3 Rechtstreeks economisch belang: de overheid wordt eigenaar of het werk krijgt een openbare bestemming*

De prestatie van de marktpartij moet volgens het Hof “wegens de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden”. Aansluitend noemt het Hof een aantal situaties waarin van een dergelijk “rechtstreeks economisch belang” sprake is: “Dit economisch belang staat duidelijk vast wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft. Een dergelijk economisch belang kan ook worden vastgesteld wanneer is bepaald dat de aanbestedende dienst krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming”.

### *2.4 De bouwplicht en de afnameplicht*

Volgens het Hof in de zaak Müller moet een marktpartij zich tot de uitvoering van werken verbinden, wil sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht. Een bouwplicht levert een dergelijke verbintenis op, maar een afnameplicht (met terugleverplicht van de grond in het geval niet binnen een bepaalde termijn wordt gestart met de bouw) niet, aangezien een overheid die in die situatie gronden teruggeleverd krijgt, nog steeds niet de realisatie heeft

afgedwongen. De gemeente moet dan op zoek naar een andere partij die wel bereid en in staat is de bestemming te realiseren overeenkomstig de door de gemeente gewenste wijze van planuitvoering en aan wie de gronden kunnen worden verkocht.

### *2.5 Eisen*

Het Hof maakt in het arrest Müller duidelijk dat de uitoefening van ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ - dat wil zeggen inhoudelijke sturing via de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden - niet betekent dat eisen als bedoeld in de richtlijn worden gesteld.

Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat bij ruimtelijke sturing die zich beperkt tot de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, niet leidt tot het stellen van eisen in de zin van de richtlijn. Specifiek voor Nederland is dat, wat het Hof ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ noemt, voor een belangrijk deel contractueel worden uitgeoefend. Een bekend voorbeeld daarvan is de regeling inzake grondexploitatie op grond van de Wet ruimtelijke ordening. Uit de parlementaire behandeling van die regeling is af te leiden dat de wetgever het privaatrechtelijke spoor de voorkeur geeft boven regulering door middel van het exploitatieplan. Het Hof geeft er in de uitspraak Müller blijk van zich niet te willen mengen in de wijze waarop de uitoefening van de ‘regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw’ plaatsvindt, waar het Hof stelt: “In de lidstaten van de Europese Unie is gewoonlijk voor de uitvoering van bouwwerken, althans van een bepaalde omvang, een voorafgaande vergunning van de bevoegde stedenbouwkundige dienst vereist. Deze dienst moet in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden oordelen of de uitvoering van de bouwwerken strookt met het algemeen belang”. Contractuele verplichtingen die de publiekrechtelijke reguleringsmogelijkheden niet overstijgen en gezien de gemeentelijke contractuele positie uitdrukkelijk zijn bedoeld vooruitlopend op (bestemmingsplan, beeldkwaliteitsplan) dan wel als alternatief voor (exploitatieplan) de publiekrechtelijke vastlegging van deze verplichtingen zijn naar mijn opvatting dan ook niet aan te merken als eisen in de zin van de richtlijn.

## **3. De regelgeving op het gebied van staatssteun**

### *3.1. Inleiding; artikel 107 VwEU*

Voor de beantwoording van vragen op het gebied van staatssteun is in de eerste plaats van belang heb bepaalde in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). Dit verdrag is een gewijzigde versie van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (dat meestal verkort wordt weergegeven als het VwEU). Artikel 107, lid 1 van het VwEU luidt als volgt:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt”.

Artikel 107, derde lid, aanhef en onder c luidt als volgt:

“Als verenigbaar met de interne markt kunnen worden beschouwd steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad”.

Uit het eerste lid van artikel 107 blijkt dat er sprake van staatssteun als er aan de volgende *cumulatieve* criteria is voldaan:

- de steun wordt door de overheid verleend of met overheidsmiddelen bekostigd;
- de steun verschaft een economisch voordeel aan onderneming(en) die zij niet langs de normale commerciële weg zouden hebben verkregen;
- dit voordeel is selectief, wat inhoudt dat het ten goede komt aan bepaalde onderneming(en);
- het voordeel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen en een (potentiële) invloed op de tussenstaatse handel hebben.

### 3.2. De *deminimis*-regeling

Evenals bij toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen, gelden ook bij de beoordeling van staatssteunbedragen drempelbedragen. In een Mededeling van de Europese Commissie inzake staatssteun wordt in dit verband verwezen naar de zogenaamde *minimis*-regeling<sup>1</sup>. Daarin overweegt de Commissie onder meer: “In het licht van de ervaring van de Commissie kan worden vastgesteld dat steun waarvan het bedrag over een periode van drie jaar een plafond van 100.000 euro niet overschrijdt, het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedt en de mededinging niet vervalst of dreigt te vervalsen, zodat deze steun niet onder (...) het Verdrag valt”. Het bedrag van € 100.000,- is inmiddels gewijzigd in € 200.000,-.

### 3.3. *Staatssteun en grondtransacties*

In de Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 wordt op pagina 80 over staatssteun onder meer het volgende opgemerkt: “Om staatssteun bij gebiedsontwikkeling te voorkomen, is het ten eerste cruciaal dat grondtransacties geschieden tegen aantoonbaar marktconforme voorwaarden. (...) Ten tweede moeten ook de vergoedingen voor werkzaamheden marktconform zijn. Financiering van een onrendabele top kan dan ook worden opgevat als meldingsplichtige staatssteun”. (...) “Volgens een Mededeling van de Europese Commissie uit 1997<sup>2</sup> kan een marktconforme waarde van gronden en gebouwen op twee manieren worden aangetoond: door middel van een openbare biedprocedure (waarbij meerdere marktpartijen een grondbod mogen uitbrengen) of door een voorafgaande onafhankelijke taxatie van de marktwaarde”.

“Naast grondtransacties kunnen ook andere transacties staatssteunrisico’s in zich hebben. Bij de selectie van marktpartijen kan met name een eventuele tekortfinanciering, of bijdrage van de overheid in een onrendabele top, een staatssteunrisico inhouden.

De regelgeving op het gebied van staatssteun betekent niet dat overheden geen geld meer zouden mogen investeren in onrendabele projecten. Uit het oordeel van de Europese Commissie in de zaak Marktpassageplan Haaksbergen is af te leiden dat het door een gemeente afdekken van een voor-calculatorisch berekend tekort toegestaan is als de overheid daarmee het minimum noodzakelijke bijdraagt om het project - in het algemeen belang – doorgang te laten vinden. Het type tekortfinanciering in de zaak Haaksbergen is wel staatssteun, en daarmee meldingsplichtig, maar de Commissie kan dit verenigbaar verklaren. Wel moet helder zijn en blijven dat wanneer het nacalculatorisch berekende werkelijke resultaat minder negatief (of zelfs positief) uitvalt, het verschil tussen het werkelijke tekort en het oorspronkelijke tekort volledige naar de gemeente dient terug te vloeien. Een terugbetaalclausule in een overeenkomst is dus cruciaal”.

---

<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 69/2001 van de Commissie van 12 januari 2001, betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag op de *minimis*-steun. Publicatieblad van de Europese gemeenschappen van 13 januari 2001, L 10/30 e.v.

<sup>22</sup> Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PbEG 1997, C209/3.

De Commissie herhaalde dit standpunt in de zaak Centrumplan Mill en St. Hubert. Deze zaak betrof onder meer een tekortfinanciering voor de vastgoedontwikkeling als onderdeel van het centrumplan. De Commissie oordeelde dat dit staatssteun vormt, maar keurde deze goed. Deze steun was volgens de Commissie namelijk verenigbaar met de interne markt, omdat ‘een project voor de fysieke, economische en sociale herwaardering van stedelijke gebieden wel degelijk een communautaire doelstelling is’. Het moet dan onder meer gaan om steun die de werkelijke projectverliezen dekt zoals die achteraf door een externe deskundige zijn berekend.

#### *3.4. De casus Damplein Leidschendam-Voorburg*

Begin 2013 sprak de Europese Commissie uit dat de gemeente Leidschendam-Voorburg in de casus Damplein ongeoorloofde staatssteun verleende aan een consortium van een tweetal marktpartijen: Bouwfonds en Schouten De Jong (hierna af te korten tot SJB).

Volgens een in 2004 gesloten samenwerkingsovereenkomst van 2004 zou SJB met de bouw van het project Damplein van start gaan wanneer de gronden bouwrijp waren gemaakt en de nodige bouwvergunningen waren afgegeven. Voor de bouw van de vrijesectorwoningen mochten de particuliere ontwikkelaars de bouwwerkzaamheden echter uitstellen tot 70 % van deze woningen, al dan niet in combinatie met sociale woningen, van de deellocatie in kwestie waren voorverkocht. Volgens de afspraken uit 2004 zou SJB op het Damplein een groot aantal woningen en commerciële ruimten en een ondergrondse parkeergarage met naast een particulier gedeelte ook een openbaar gedeelte bouwen. Zowel de commerciële ruimten als de wooneenheden zouden boven op de ondergrondse parkeergarage worden gebouwd. Voor deze onderdelen gold geen voorverkoop percentage.

Omdat het voorverkooppercentage voor de woningen niet werd behaald, weigerde SJB te starten met de bouw. In die context hebben de gemeente en SJB beslist om eind 2008 onderhandelingen te gaan voeren over wijziging van de samenwerkingsovereenkomst van 2004. Na een beoordeling door een van partijen onafhankelijke deskundige heeft de gemeente zijn partijen een aangepaste (lagere) grondprijs overeengekomen. Ook werden door SJB verschuldigde bijdragen kwijtgescholden. De prijsverlaging werd vastgesteld in een overeenkomst die op 1 maart 2010 werd ondertekend. De Europese Commissie oordeel begin 2013 dat een en ander een bedrag aan ongeoorloofde staatssteun oplevert van € 6,9 miljoen, dat door SJB aan de gemeente moet worden terugbetaald.

Op 30 juni 2015 deed het Europese Hof een uitspraak in deze casus. Het Hof heeft daarin het oordeel van de Commissie nietig verklaard. De Commissie moest derhalve een nieuw besluit nemen over het project Damplein.

De Commissie merkt bij de hernieuwde beoordeling van de publiek-private afspraken op 15 januari 2016 (Besluit 2016/649, Publicatieblad L 109/27) onder meer op dat volgens vaste rechtspraak economische transacties die worden aangegaan door een overheidsinstantie of een overheidsbedrijf, geen voordeel verlenen “aan de andere partij bij die transactie — en vormen zij dus geen steun — indien zij onder normale marktvoorwaarden plaatsvinden. Om te beoordelen of een economische transactie onder normale marktvoorwaarden plaatsvindt, moet het gedrag van de overheidsinstanties of -bedrijven worden vergeleken met dat van vergelijkbare particuliere economische marktdeelnemers onder normale marktomstandigheden, om te bepalen of met de economische transacties welke die instanties of bedrijven aangaan, een voordeel wordt verleend aan de andere partij. Dit is het zogenoemde „criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie”. Om vast te stellen of

de gemeente, door in te stemmen met een verlaging van de oorspronkelijk overeengekomen verkoopprijs voor de aan SJB verkochte grond en de kwijtschelding van bijdragen, SJB een economisch voordeel heeft verleend, moet worden nagegaan of de gemeente voldeed aan het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie, d.w.z. of een hypothetische particuliere verkoper in dezelfde situatie als de gemeente zou hebben ingestemd met dezelfde prijsverlaging en kwijtschelding, zodat het bestaan van een uit de betwiste maatregelen voortvloeiend voordeel kan worden uitgesloten”.

Met toepassing van dit criterium, dat voor komt de Commissie tot het besluit dat de op 1 maart 2010 door de gemeente Leidschendam-Voorburg overeengekomen verlaging van de verkoopprijs voor grond en kwijtschelding van de grondexploitatie- en kwaliteitsbijdrage ten gunste van SJB geen staatssteun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

### *3.5. Een nieuwe Mededeling van de Europese Commissie*

In 2016 verscheen een nieuwe Mededeling Staatssteun van de Europese Commissie. In deze Mededeling verduidelijkt de Commissie diverse elementen met betrekking tot het begrip staatssteun<sup>3</sup>.

Met de inwerkingtreding van de Mededeling is de in paragraaf 3.3. van deze notitie genoemde ‘Mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties’ vervallen.

Het overkoepelende beginsel waaraan afspraken tussen overheden en marktpartijen op grond van de nieuwe Mededeling dienen te worden getoetst is het beginsel van een marktdeelnemer in een markteconomie (market economy operator, vaak afgekort als ‘MEO-beginsel’).

Uit de invulling hiervan in de nieuwe Mededeling blijkt dat de methodiek, waarbij door middel van een taxatie door een van partijen onafhankelijke deskundige de marktconformiteit van een grondtransactie wordt aangetoond, ook onder vigeur van de nieuwe Mededeling als een in beginsel voldoende waarborg wordt beschouwd. In de Mededeling wordt in dit verband letterlijk gesteld: “In het geval van de verkoop van gronden is een taxatie die een onafhankelijke deskundige vóór de aanvang van de onderhandelingen uitvoert om de marktwaarde te bepalen op grond van algemeen aanvaarde marktindicaties en taxatiecriteria, in beginsel voldoende”<sup>4</sup>.

## **4. Toetsing van de beoogde verkoop aan het aanbestedingsrecht**

### *4.1. De beoogde verkoop en de criteria uit het arrest Müller*

De kernvraag vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief is of de te sluiten koopovereenkomst tussen gemeente en een marktpartij voldoet aan de kwalificatie overheidsopdracht. Ter voorkoming van strijd met het Europese aanbestedingsrecht cruciaal dat niet cumulatief wordt voldaan aan drie voorwaarden die door het Europese Hof in het Müller-arrest zijn genoemd: (1) er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid, (2) er wordt een bouwplicht opgelegd en (3) er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.

Aan deze criteria zal hierna worden getoetst.

---

<sup>3</sup> Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, (2016/C 262/01), gepubliceerd op 19 juli 2016.

<sup>4</sup> Mededeling (2016/C 262/01), onderdeel 103.

#### *4.2. Rechtstreeks economisch belang*

Een rechtstreeks economisch belang van de overheid bij een te realiseren werk kan ontstaan als gevolg van het door de overheid verstrekken van financiële bijdragen aan het te realiseren vastgoed of door het afspreken van zogenaamd afroomregelingen. Ondergetekende is op basis van de gegevens die aan hem met betrekking tot de ontwikkeling van de locatie zijn verstrekt van mening dat hiervan geen sprake is. Evenmin is sprake van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente Renkum bij het vastgoed vanwege een publiek karakter van het te realiseren vastgoed. Woningen hebben immers een private bestemming.

Een en ander maakt dat bij de beoogde verkoop door de gemeente Renkum aan een marktpartij ten behoeve van het realiseren van 30-50 woningen, geen sprake is van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente.

#### *4.3. De realisatieplicht en de afnameplicht*

Ondergetekende wil in dit verband in de eerste plaats benadrukken dat hem in de contacten met de Europese Commissie bij herhaling gebleken is dat de bouwplicht voor de Europese Commissie een belangrijk ijkpunt is voor het al dan niet in actie komen naar aanleiding van een klacht over een overeenkomst die volgens de klager(s) in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht.

Het is derhalve van groot belang om te waarborgen dat door de gemeente aan de marktpartij die bereid is en in staat moet worden geacht om de woningen te realiseren geen bouwplicht wordt opgelegd. Mogelijk zal de gemeente wel de wens hebben dat de marktpartij serieus de intentie heeft om te gaan realiseren.

Indien deze wens er inderdaad is dan kan de gemeente daaraan invulling geven, zonder in problemen te komen met het Europese aanbestedingsrecht. Dit kan worden bereikt door het in de koopovereenkomst met de marktpartij een afnameplicht op te leggen en ook een verplichting om uiterlijk voor een bepaalde datum een ontvankelijke vergunning voor de aanvraag van omgevingsvergunning voor de bouw van de woningen aan te vragen, maar geen directe bouwplicht op te nemen en evenmin een indirecte bouwplicht in de vorm van een boete voor de marktpartij ingeval van niet (tijdig) bouwen.

De marktpartij kan er ook na het ondertekenen van de samenwerkingsovereenkomst voor kiezen om na verlening van de vergunning niet (tijdig) te starten met de bouw. Voor die situatie heeft de gemeente de bevoegdheid om de aan de marktpartij geleverde gronden terug te kopen. Daarmee is de realisatie van de op de te verkopen gronden voorziene woningbouw niet juridisch afdwingbaar.

Vanuit economisch oogpunt bezien zal de marktpartij een koopovereenkomst met leveringsverplichting met de gemeente echter niet ondertekenen indien hij niet daadwerkelijk zal gaan bouwen. Externe financiers zullen aan het verlenen van krediet voor de bouw de voorwaarde verbinden dat een zekere afzet van de woningen is gewaarborgd. Deze economische prikkel acht ondergetekende in de praktijk van beduidend grotere betekenis dan een juridisch afdwingbare bouwplicht, aangezien. De praktijk van gebiedsontwikkeling van de afgelopen jaren heeft laten zien dat aan bouwplichten in contracten die dateren van voor de economische crisis, in crisistijd regelmatig niet werd voldaan. Ondergetekende kent echter geen enkel geval waarin een gemeente een marktpartij in rechte heeft gedaagd wegens verzaking van een contractuele bouwplicht voor woningbouw.

Een en ander maakt dat bij de beoogde verkoop door de gemeente Renkum aan een marktpartij ten behoeve van het realiseren van 30-50 woningen ingeval van de afwezigheid van een bouwplicht niet wordt voldaan aan de tweede van de drie cumulatieve voorwaarden voor het ontstaan van een overheidsopdracht.

#### *4.4. Eisen*

Omdat de gronduitgifte door de gemeente aan de marktpartij geschiedt ten behoeve van een specifiek bouwplan waarvan de kenmerken niet alle langs publiekrechtelijke weg kunnen worden afgedwongen zal een gemeente bij de beoogde verkoop zodanige eisen aan de te realiseren woningen stellen, dat sprake is van eisen als bedoeld in het aanbestedingsrecht.

Uit de vraagstelling in paragraaf 1.3. blijkt dat de gemeente wat betreft diverse aspecten, te weten:

- a. Woningbouwprogrammering, kwantitatief en kwalitatief programma
- b. Duurzaamheidseisen, zoals o.a. gasloos bouwen
- c. Stedenbouw & Architectuur
- d. Openbare Ruimte

eisen wil stellen die uitgaan boven de eisen die de gemeente langs publiekrechtelijke weg zou kunnen stellen.

Een en ander maakt dat bij de beoogde verkoop door de gemeente Renkum aan een marktpartij ten behoeve van het realiseren van 30-50 woningen ingeval van het op grond van de koopovereenkomst stellen van eisen op genoemde onderwerpen die verder gaan dan wat de gemeente publiekrechtelijk zou kunnen eisen, wordt voldaan aan de derde van de drie cumulatieve voorwaarden voor het ontstaan van een overheidsopdracht.

#### *4.5. Conclusie ten aanzien van het aanbestedingsrecht*

Indien geen sprake is van een directe of indirecte bouwplicht in een koopovereenkomst, te sluiten tussen de samenwerkingsovereenkomst tussen een gemeente Renkum en een marktpartij ten behoeve van het realiseren van 30-50 woningen aan de drie voorwaarden uit het arrest Müller evident niet cumulatief wordt voldaan. Dat op grond van de koopovereenkomst ook eisen aan de woningbouw worden gesteld die inhoudelijk verder gaan dan hetgeen de gemeente langs publiekrechtelijke weg zou kunnen opleggen doet daaraan niet af, omdat immers sprake is van cumulatieve voorwaarden waaraan moet worden voldaan wil sprake zijn van een overheidsopdracht.

Omdat een koopovereenkomst tussen een gemeente en de marktpartij niet kan worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht, is het aangaan van zo'n overeenkomst zonder dat ook andere marktpartijen in de gelegenheid zijn gesteld om een aanbieding te doen niet in strijd met het (Europese) aanbestedingsrecht.

### **5. Toetsing van de beoogde verkoop aan de regelgeving op het gebied van staatssteun**

In paragraaf 3 is gebleken dat er twee manieren zijn om aan te tonen dat geen sprake is van staatssteun, namelijk het houden van een openbare biedprocedure dan wel het baseren van de grondprijs op een door een onafhankelijke taxateur bepaalde marktconforme waarde.



Nu ten behoeve van het aangaan van een koopovereenkomst met een marktpartij geen (Europese) aanbesteding en evenmin voor een openbare biedprocedure wordt beoogd – er wordt immers gedacht aan een enkelvoudige onderhandse verkoop aan een marktpartij - is ter voorkoming van het risico van ongeoorloofde staatssteun derhalve noodzakelijk dat de door de marktpartij aan een gemeente te betalen gronduitgifteprijs dient te zijn gebaseerd op het resultaat van een taxatie door een van partijen onafhankelijke deskundige.

*Naaldwijk, 21 december 2017*

Prof. dr. ir. A.G. Bregman