

## Tender Nieuwsbrief Online editie 4, juni 2022

### Didam: aanleiding voor samenwerking tussen inkoop en verkoop

Auteur(s): mr. J. (Jochem) Berns, Bizob en dr. M.A.J. (Marcel) Stuijts, Bizob

In **Tender Nieuwsbrief Online nr. 1 (2022)** bespreken Gijs Verberne en Philip Juttmann de Didam-uitspraak. Hun verwijzing naar het bestaansrecht van onderhandse aanbestedingsprocedures biedt interessante aanknopingspunten voor een vergelijking tussen inkoop en verkoop. Een veel gehoorde klacht na Didam is namelijk een rem op ontwikkeling. Om vertraging in transitie voor natuur/energie, economische ontwikkeling (vestigingsklimaat), woningbouw, stedelijke vernieuwing te voorkomen, moet er snel een eenvoudige procedure komen voor verkoop van onroerende zaken in het algemeen en uitgifte van private rechten in het bijzonder. Het creëren van maatschappelijke (meer)waarde is daarbij vaak een randvoorwaarde. Dat is voor professionele inkopers geen nieuw fenomeen. Maar wat kunnen we al met (her)gebruik van bestaande inkoop methodieken? Hier volgt een eerste verkenning.

#### Tenderen vóór Didam

Effectieve tenderprocedures, die lage tenderkosten met zich meebrengen, zijn al jaren punt van aandacht<sup>1</sup>. Voorbeelden van eenvoudige tender- en verdeelprocedures worden vaak genoemd, maar zijn als praktisch toepasbare tendermethodiek nauwelijks procedureel uitgewerkt<sup>2</sup>. Traditioneel gezien staan inkoop en verkoop negatief gespiegeld tegenover elkaar<sup>3</sup>. Bij verkoop van onroerend goed zijn er echter ook behoorlijke raakvlakken.

#### Kwalificatie en gevaltypen

Wij richten ons in dit artikel specifiek op de verkoop van onroerende zaken. Gepubliceerde onderzoeken<sup>4</sup> over grond en opstal laten al snel de verbondenheid zien van de grondlocatie (kavel) met datgene wat erop gebouwd is c.q. gebouwd kan worden. Afhankelijk van ambities en doelstellingen voor een kavel is bij verkoop doorgaans sprake van drie gevaltypen, te weten: (I) platte verkoop: kaal zonder opgaven; (II) complexe verkoop: met bepaalde transformatie of exploitatie; en (III) verkoop in combinatie met overheidsopdracht. Het laatste type verkoop kwalificeert doorgaans als 'werk', onder meer omdat de verkopende overheid in de regel eisen aan de ontwikkeling stelt, die verder gaan dan de bestuursrechtelijke bevoegdheden.

Voor alle gevaltypen geldt dat overheden verkoopactiviteiten bij zich houden of uitbesteden, gedifferentieerd naar economische waarde, mate van strategische positie, mate van complexiteit en mate van regulariteit.

#### Inkoop versus verkoop; positie binnen de organisatie

Na Didam zijn veel gemeenten bezig met het aanpassen van hun nota's grondbeleid of het maken van een allonge<sup>5</sup>. Het pleidooi hierbij is dat inkopers en verkopers elkaar vaker opzoeken.

Misschien kunnen zij zelfs gebruik (gaan) maken van dezelfde beleidsdoelstellingen. Dat heeft de volgende redenen. De meeste inkopende organisaties hebben een eigen inkoopafdeling en inkoopbeleid met economische, sociale en maatschappelijke uitgangspunten. Hun inkoopbeleid is een afgeleide van hun algemene beleid<sup>6</sup>. Bij de verkoop van onroerend goed is doorgaans géén sprake van een (algemeen) verkoopbeleid, laat staan een verkoopafdeling.

Grondbedrijfstakingen<sup>7</sup> en specifiek het (actief) grondbeleid, zijn na de economische crisis vaak op de achtergrond komen te staan<sup>8</sup>. Er is, enkele uitzonderingen daargelaten<sup>9</sup>, geen gestandaardiseerd verkoopbeleid bij de verkoop van decentraal onroerend goed. Grondbeleid is bij gemeenten meestal (wel) het middel om beleidsinhoudelijke doelstellingen te verwezenlijken voor gebruik, beheer en ontwikkeling van de fysieke leefomgeving. Het is noodzakelijk voor het bereiken van de maatschappelijke doelen. Als eerder aangegeven is het creëren van maatschappelijke (meer)waarde bij overheidsopdrachten niet nieuw. Inkopers doen dit al op regelmatige basis.

#### Aanbestedingsprocedure versus tenderprocedure

Hoe een selectie- of tenderprocedure bij verkoop moet worden ingericht, hangt vermoedelijk af van de inhoud (gevaltype), aard en omvang van de verkoopopdracht. Zoals hiervoor gezien, geldt bij gevaltype III boven het Europese drempelbedrag een (openbare) aanbestedingsprocedure. Ervaring en studie leert dat een sterk eenvoudige selectie- of tenderprocedure – zoals een loting, het first-come-first-served-principe of een 'beauty contest'<sup>10</sup> – enkel zal passen op type verkoopactiviteiten met een platte verkoop, zonder opgaven (zie hiervoor gevaltypen I en II).

Een belangrijk raakvlak bij elke te volgen procedure (in- en verkoop) is daarnaast de toepassing van soortgelijke uitgangspunten en beginselen ten aanzien van transparantie, openbaarheid en marktconformiteit. De objectieve, toetsbare en redelijke criteria die na Didam gebruikt moeten worden om een koper te

selecteren, vertonen sterke gelijkenissen met algemene beginselen en uitgangspunten uit het aanbestedingsrecht<sup>11</sup>. Dat geldt ook voor gebruik van eisen en/of criteria voor de kwalitatieve geschiktheid (selectie) en toepasselijke uitsluitingsgronden uit het aanbestedingsrecht.<sup>12</sup>

Het is daarom realistisch om bij de processuele uitvoering van een selectie- of tenderprocedure aan te haken bij de 'conventionele' uitgangspunten van een openbare aanbesteding. De Hoge Raad spreekt zich hier overigens niet expliciet over uit. Met het oog op de proportionaliteit van een transparant en objectief proces zou ook bij gevaltypen I en II een ondergrens zeer welkom zijn ten aanzien van (bijvoorbeeld) het aantal vierkante meter grond waarvoor mededinging nodig is. Dit om de sterk oplopende tender- en transactiekosten niet verder uit de hand te laten lopen.

### **Kunnen enkelvoudige en meervoudige procedures in stand blijven?**

De slotvraag die Verberne en Juttmann opwerpen, is inmiddels ook uitvoerig behandeld door Chris Jansen e.a.<sup>13</sup> Zeker de een-op-een-gunning (de enkelvoudige onderhandse procedure) komt onder druk te staan. Na Didam ligt de focus bij verkoop van onroerend goed op de vraag hoe 'uniciteit' en/of aantoonbare leegte in de markt is vast te stellen. Immers, indien op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, hoeft geen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure te worden geboden. Aanbestedingsrechtelijk komen hierbij vergelijkbare uitzonderingen in beeld. Te denken valt aan de mogelijkheid om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen omdat er maar één ondernemer technisch in staat is de opdracht uit te voeren of omdat een partij zich beroept op uitsluitende rechten<sup>14</sup>. De vraag in hoeverre het bij dit soort (uitzonderings)vraagstukken mogelijk is om leentjebuur te spelen bij het aanbestedingsrecht, zal duidelijk moeten worden aan de hand van nadere rechtspraak. Op het eerste gezicht lijkt het criterium van één serieuze gegadigde soepeler dan voornoemde uitzondering uit de Aanbestedingswet.

Net als in het aanbestedingsrecht ligt een ex ante-aankondiging voor de hand als er twijfel bestaat over de rechtmatigheid van een in te roepen uitzondering. Hierdoor kan door bekendmaking van een periode gedurende twintig dagen worden getoetst of er potentiële (serieuze) interesse aanwezig is<sup>15</sup>. Aankondigingsplatformen als Tenders en de eNotices van Tenders European Daily (TED) bevatten inmiddels bruikbare formulieren voor het (vrijwillig) aankondigen om de verkoop van onroerend goed passend openbaar te maken.

### **Tot slot: marktkennis en rechtsbescherming**

Een belangrijk verschil tussen in- en verkoop is dat inkoop een repeterend karakter heeft. Om de zoveel jaar wordt een opdracht opnieuw in de markt gezet. Dat is bij verkoop niet het geval. Weg is weg. Er is weinig ruimte tot leervermogen. Als inkopers zich gaan bezig houden met de verkoop van onroerende zaken zullen zij nieuwe kennis moeten opdoen van veel verschillende marktsegmenten. Want, zoals Segeren<sup>16</sup> het helder toelicht: de grondmarkt bestaat niet. Er bestaan duidelijk los van elkaar opererende deelmarkten voor landbouwgrond, natuur, bedrijventerreinen, woningen et cetera. Dat inkopers deze kennis nieuw moeten opdoen, heeft ook te maken met de bestaande situatie binnen de aanbestedingsregelgeving. De verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken is namelijk uitgezonderd van de (Europese) aanbestedingsplicht voor diensten.<sup>17</sup>

De afwezigheid van de kans om de verkoopopdracht in de toekomst (wél) te winnen, betekent ook dat teleurgestelde afgewezen kopers alles in het werk zullen stellen om de verkoopopdracht te bemachtigen. Het is niet uit te sluiten dat er met name door het eenmalige karakter van een verkoop, veel (meer) juridische procedures gevoerd zullen worden. Afgezien van de rechtsonzekerheid, leiden dit soort procedures tot vertraging. Veel onduidelijkheid op het gebied van rechtsbescherming kan bij verkoop mogelijk weggenomen worden als aansluiting wordt gezocht bij een soortgelijk kader van rechtsbescherming uit de Aanbestedingswet 2012.<sup>18</sup>

### **Conclusie**

De actualiteit van Didam biedt aanleiding voor meer samenwerking tussen inkoop en verkoop. Dit kan vertraging bij (gebieds)ontwikkeling voorkomen. Vóór de Didam-uitspraak was het voor overheden mogelijk hun onroerend goed een-op-een te verkopen. Nu is duidelijk dat in veel gevallen eerst een (openbare) selectie- of tenderprocedure moet worden doorlopen. Op basis van dit arrest zullen veel (decentrale) overheden hun beleid en handelwijze moeten aanpassen. Met wat (beperkte) aanpassingen zien de auteurs zeker een wisselwerking met inkoop. Het is een gemiste kans als inkoop en verkoop hier niet samen optrekken en als parallelle leerstukken naast elkaar blijven bestaan.

1. NEPROM: Houd het simpel, met vlag en wimpel (2015) en Reiswijzer gebiedsontwikkeling (2019).
2. Uitzondering hierop: Roadmap Circulaire Gronduitgifte, Amsterdam (2017).
3. Rietveld, G., 'Inkoop: een nieuw paradigma', Vakmedianet, Alphen a/d Rijn (2009).
4. De werking van de grondmarkt en de rol van de overheid, Verkenning en reflectie, PBL, Buitelaar (2021).
5. Zie publicaties website vereniging van grondbedrijven (<https://www.vvg.nl/>).
6. Zie PIANOo-website: Beleidsdoelen bij inkoop.

7. Term voor grondbeleid, eventueel in combinatie met projectmanagement en beheer van (maatschappelijke) vastgoed.
8. Handboek Grondbeleid 2019. 'Grondbeleid, grondexploitaties en grondbedrijven grondig bekeken.' Deloitte, 2019.
9. Zie bijvoorbeeld 'Beleidskader voor selectie marktpartijen', Haarlem, 2017 en 'Utrechts Selectiebeleid bij gronduitgifte', juni 2021.
10. Q&A over het arrest-Didam – Houthoff advocaten. Zie antwoord vraag 7.
11. Mr. W.H.E. Parlevliet BSc., prof. mr. dr. A.D.L. Knook & mr. M.J.E. Boudesteijn, Gelijke kansen bieden bij gronduitgifte door de overheid, BR 2022/25, afl. 4, april 2022 p. 150.
12. Factsheet Uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen, BZK (2022).
13. C. Jansen, F. van Ommeren & W. van Boom, 'De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte bij privaatrechtelijk overheidshandelen', NJB 2022/746.
14. Zie Aanbestedingswet 2012, art. 2.32 lid 1 sub b 2° en 3°.
15. Zie Van der Swan, Didam-arrest: terugblik Rondetafelgesprek (VNG, VVG, BZK, NEPROM).
16. A. Segeren, De grondmarkt voor woningbouwlocaties. Belangen en strategieën van grondeigenaren, RPB, Den Haag (2007).
17. Zie art. 2.24 sub b Aanbestedingswet 2012.
18. Het betreft hier (voornamelijk) een implementatie van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.

## **VIND Inkoop en Aanbesteding**

