

**Selectieprocedures en vrijwillige verkoop van vastgoed
door de overheid: wat zijn de regels?**

Een praktische analyse van recente jurisprudentie.

Egbert de Groot en Sammie Elbertsen

Deze publicatie verscheen ook in *Bouwrecht* 2021/43.

Inleiding

1. Regelmatig komt de vraag aan de orde welke regels er voor gemeenten gelden bij gronduitgifte. In verschillende uitspraken is geconcludeerd dat een gemeente contractsvrijheid heeft bij de verkoop van grond en niet verplicht is om een openbare aanbestedings- of verkoopprocedure te organiseren (zie bijvoorbeeld rechtbank Midden-Nederland 14 maart 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:1116](#) en rechtbank Amsterdam 18 juni 2015, [ECLI:NL:RBAMS:2015:3966](#)). Ruim een jaar geleden bevestigde het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat het leerstuk inzake de verdeling van schaarse rechten (nog) niet van toepassing is bij gemeentelijke gronduitgifte (gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 november 2019, [ECLI:NL:GHARL:2019:9911](#), [BR 2020/20](#), m.nt. E.W.J. de Groot en S. Elbertsen). Wel wees het gerechtshof op vaste jurisprudentie waaruit volgt dat gemeenten op grond van [artikel 3:14 BW](#) ook bij het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht moeten nemen.

Vrijwillige selectieprocedure

Wat betekent dit voor een gemeente die vrijwillig besluit om in het kader van gronduitgifte een openbare verkoopprocedure te organiseren? Deze vraag staat centraal in het hier gepubliceerde vonnis van de rechtbank Noord-Nederland. De rechtbank oordeelde op dezelfde datum ook in een ander kort geding over dezelfde kwestie (rechtbank Noord-Nederland 27 januari 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:189](#)). In deze noot refereren wij ook naar dat vonnis.

2. De casus is als volgt. Het gemeentehuis in Kollum heeft haar functie verloren als gevolg van een gemeentelijke herindeling. De (nieuwe) gemeente Noardeast-Fryslân onderhandelde ongeveer een half jaar met Fotocadeau B.V. over de verkoop ervan, maar besloot uiteindelijk toch om – conform het gangbare beleid – een verkoopprocedure te organiseren. Drie partijen namen deel, te weten Fotocadeau, KMS Beheer B.V. ('KMS Beheer') en een derde deelnemer. De gemeente koos uiteindelijk voor Fotocadeau

KMS Beheer en de derde deelnemer zijn een kort geding gestart. Zij vinden dat de verkoopprocedure oneerlijk is verlopen, omdat Fotocadeau een aanzienlijke kennisvoorsprong zou hebben gehad, terwijl de andere deelnemers slechts summiere informatie kregen en binnen zeer korte tijd moesten inschrijven. Ook zou de gemeente de spelregels tussentijds hebben veranderd en was de beslissing van de gemeente onvoldoende gemotiveerd.

3. De voorzieningenrechter zet allereerst het toepasselijke juridisch kader uiteen. Dat luidt kort gezegd als volgt:

- Het uitgangspunt is dat de gemeente contractsvrijheid heeft bij de verkoop van het gemeentehuis. Er gold geen verplichting om een verkoop- of aanbestedingsprocedure te organiseren.
- Als de gemeente vrijwillig een verkoopprocedure organiseert, staat het haar 'tot op zekere hoogte' vrij om de wijze waarop en de voorwaarden waaronder zij tot verkoop wilde komen te bepalen.
- Tot op zekere hoogte, want op grond van [artikel 3:14 BW](#) moet de gemeente wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen. Ook is de gemeente gebonden aan de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid.
- De gemeente moet daarom het zorgvuldigheids-, gelijkheids- en transparantiebeginsel in acht nemen bij dit soort verkoopprocedures.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur kun je niet uitsluiten

4. De gemeente stelde dat zij de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deels had uitgesloten. Volgens de voorzieningenrechter is dat gelet op [artikel 3:14 BW](#) echter niet mogelijk. De gemeente had deze beginselen daarom ten volle moeten naleven. De voorzieningenrechter concludeert dat dit niet is gebeurd. De gemeente had al een half jaar onderhandeld met Fotocadeau en besloot pas in een zeer laat stadium om toch een verkoopprocedure te organiseren. De inschrijvingstermijn was daarbij voor de overige inschrijvers te kort en de beschikbare informatie te summier. Er was dus geen sprake van een gelijke behandeling. Bovendien was vooraf noch achteraf kenbaar gemaakt wat de weging tussen de diverse criteria zou zijn. Hiermee had de gemeente niet voldoende inzichtelijk gemaakt hoe zij tot een afweging is gekomen, zodat deze niet controleerbaar was.

5. Omdat de inschrijving van de derde deelnemer niet voldeed aan de door de gemeente gestelde uitgangspunten, mocht de gemeente ondanks de procedurele gebreken besluiten het gemeentehuis niet aan haar te verkopen. Toch mocht de gemeente op basis van deze procedure niet tot verkoop aan Fotocadeau overgaan. Naast de eerdergenoemde gebreken concludeert de voorzieningenrechter in het hier gepubliceerde vonnis dat het door de gemeente gehanteerde criterium inzake het aantal arbeidsplaatsen onvoldoende duidelijk was. KMS Beheer had bij haar inschrijving dus geen rekening kunnen houden met de wijze waarop de gemeente dit criterium zou toepassen. De gemeente moet de huidige verkoopprocedure intrekken en – indien zij het gemeentehuis nog steeds wil verkopen – een nieuwe verkoopprocedure organiseren.

Beperkte contractsvrijheid

6. Dit vonnis biedt een praktisch voorbeeld voor de vastgoedpraktijk. Het uitgangspunt is dat gemeenten contractsvrijheid hebben bij gronduitgifte en niet verplicht zijn een openbare verkoopprocedure te organiseren (zie onze noot in [BR 2020/20](#) over de uitzonderingen). Natuurlijk staat het gemeenten vrij om uit eigen beweging een verkoopprocedure te organiseren. Wel moet de gemeente zich realiseren dat de contractsvrijheid daarmee (aanzienlijk) wordt beperkt. Hoewel de gemeente nog steeds aardig wat vrijheid heeft om te bepalen hoe zij de verkoopprocedure inricht en welke criteria zij hanteert, zullen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid altijd in acht genomen moeten worden. Praktisch gezien betekent dat in ieder geval het volgende:

- i. Er moet een *level playing field* worden gecreëerd en deelnemers moeten gelijk worden behandeld.
- ii. De gemeente moet vooraf duidelijk maken welke criteria er zullen worden gehanteerd.
- iii. Bij de beoordeling van inschrijvingen mag de gemeente niet afwijken van de bekendgemaakte criteria.
- iv. De gemeente moet haar beslissing voldoende motiveren. De beslissing moet inzichtelijk en controleerbaar zijn.

Aanbestedingsbeginselen versie algemene beginselen van behoorlijk bestuur

7. Gelet op deze vonnissen kan de vraag worden gesteld of er voor gemeenten nog een praktisch verschil bestaat tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. De Hoge Raad heeft de toepasselijkheid van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht geplaatst in het licht van de precontractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid (HR 4 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF2830](#), [BR 2003/190](#), m.nt. H. de Nijholt). In ieder geval private aanbesteders hebben daarom de mogelijkheid om de toepasselijkheid van de algemene

beginselen van het aanbestedingsrecht uit te sluiten (HR 3 mei 2013, ECLI:NLHR:2013:BZ2900, [NJ 2013/572](#), m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooyen).

akd

8. In deze vonnissen gaat de voorzieningenrechter niet in op de aanbestedingsrechtelijke beginselen, maar 'enkel' op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De gemeente Noardeast-Fryslân stelde zich op het standpunt dat zij de toepasselijkheid van dé algemene beginselen van behoorlijk bestuur deels had uitgesloten, maar dat was volgens de voorzieningenrechter dus niet mogelijk. De toepasselijkheid volgt namelijk uit de wet. Zeker nu de voorzieningenrechter ook het transparantiebeginsel onder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur schaaft, resulteert dat praktisch gezien inderdaad in een procedure die – in de woorden van de voorzieningenrechter – 'nauwe verwantschap vertoont met het aanbestedingsrecht'. De mogelijkheden voor gemeenten om dat te voorkomen door bijvoorbeeld voorbehouden op te nemen in de verkoop- c.q. selectiedocumenten, lijken dus beperkt te zijn. Reden temeer voor gemeenten om niet lichtzinnig om te gaan met dit soort verkoopprocedures, ondanks het feit dat het aanbestedingsrecht formeel niet van toepassing is.