

Overheid moet gelijke kansen bieden bij gronduitgifte

De Hoge Raad heeft [recent](#) geoordeeld dat een overheid die voornemens is om een onroerende zaak te verkopen, mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden. Die verplichting is nieuw en heeft verstrekkende gevolgen. Het arrest heeft namelijk directe werking en is zodoende dus niet alleen rechtstreeks van invloed op toekomstige gronduitgiftes door de overheid, maar ook op al lopende onderhandelingen of zelfs recent gesloten overeenkomsten.

In dit blog lichten wij dit verstrekkende arrest van de Hoge Raad nader toe. Daarbij staan wij in het bijzonder stil bij de gevolgen van dit arrest voor de praktijk.

De kern van het arrest

De kern van het arrest is aldus dat een overheid die voornemens is om een onroerende zaak te verkopen, mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden. Als gezegd is deze verplichting nieuw en gold die tot het moment van het wijzen van dit arrest niet.

De verplichting tot het bieden van mededingingsruimte geldt zowel in de situatie dat er meerdere gegadigden voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak zijn, als in de situatie dat redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In de praktijk zal dat dus vrijwel altijd het geval zijn. De te doorlopen selectieprocedure moet in dat geval objectief, toetsbaar en redelijk zijn. Ook moet de overheid hierover vooraf informatie bekendmaken. Denk daarbij aan informatie omtrent de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Gelijk aan de eerdere [rechtspraak](#) van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“de Afdeling”) inzake schaarse vergunningen, baseert de Hoge Raad zijn oordeel op het door overheden te respecteren gelijkheidsbeginsel.

Uitzondering

De Hoge Raad laat slechts voor één situatie een uitzondering toe, namelijk: als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Is dat het geval, dan moet de overheid dit voornemen tot onderhandse verkoop publiceren én motiveren. Aan welke gevallen de Hoge Raad bij het formuleren van deze uitzondering heeft gedacht, volgt helaas niet uit het arrest. Nieuwe (lagere) rechtspraak over de invulling van die norm zal ongetwijfeld volgen. Evenals het antwoord op de vraag wat er dient te gebeuren als zich – na de bekendmaking – toch een andere partij meldt.

Striktere maatstaf dan in het aanbestedingsrecht?

Opvallend is dat de door de Hoge Raad geformuleerde verplichting tot het bieden van mededingingsruimte ogenschijnlijk strikter is dan de mededinging die overheden gehouden zijn te betrachten bij de inkoop van werken, leveringen en diensten. Anders dan bij de verkoop van onroerend goed, kent het aanbestedingsrecht namelijk diverse gevallen waarin onderhandse inkopen van werken, leveringen en diensten zijn toegestaan. En, wanneer een overheid wel gehouden is tot het creëren van mededingingsruimte is ‘maatwerk’ mogelijk. Het aanbestedingsrecht kent per slot van rekening een heel spectrum aan procedures waaruit een overheid kan ‘kiezen’, rekening houdend met (onder meer) de geraamde waarde van de opdracht, de omvang van de opdracht, de transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenst eindresultaat, de complexiteit van de opdracht, het type van de opdracht, het karakter van de markt en de aanwezigheid van een grensoverschrijdend belang. Deze nuances uit het aanbestedingsrecht ontbreken (vooralsnog) in de maatstaf die door de Hoge Raad is aangelegd voor de verkoop van onroerende zakendoor overheden.

Lichtpuntje: oordeel Hoge Raad is beperkt tot ‘overheidslichamen’

De door de Hoge Raad geformuleerde verplichting tot het bieden van mededingingsruimte geldt enkel voor ‘overheidslichamen’. Het arrest ziet uitdrukkelijk niet op het [ruimere begrip](#) ‘publiekrechtelijke instelling’ in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Zorg- en onderwijsinstellingen, voor zover geen bestuursorgaan, vallen daarmee buiten de reikwijdte van het arrest.

Gevolgen voor de praktijk

Nu het door de Hoge Raad gewezen arrest directe werking heeft, geldt de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte niet alleen voor toekomstige vastgoedtransacties (waaronder gronduitgiftes) door de overheid, maar óók voor al lopende onderhandelingen of zelfs recent gesloten overeenkomsten. Recent gesloten overeenkomsten zijn namelijk nog aantastbaar als de klachtplicht en/of verjaringstermijn van (in beginsel) 5 jaar nog niet is verstreken. Oplettendheid is dus vereist!

In dat kader rijst ook direct de vraag of, en zo ja, welke gevolgen dit arrest heeft voor de uitvoerbaarheid van nog niet onherroepelijke bestemmingsplannen, indien aan die uitvoerbaarheid een gronduitgifte van overheidswege als bedoeld in dit arrest ten grondslag ligt. Hierover merken wij nu alvast op dat een en ander minstens op deugdelijke wijze gemotiveerd zal moeten worden door de bestemmingsplanwetgever. Gebeurt dat niet of onvoldoende, dan sluiten wij niet uit dat een ongeldige gronduitgifte-overeenkomst haar doorwerking krijgt in bestemmingsplanprocedures.

Afsluiting: Openbare verkoopprocedure vormt de nieuwe standaard

De praktijk van gronduitgifte door de overheid moet als gevolg van dit arrest van de Hoge Raad stevig op de schop. Een één-op-één of onderhandse gunning is nog slechts bij uitzondering mogelijk. De nieuwe standaard is nu – ook buitende aanbestedingsrechtelijke context – de openbare verkoopprocedure. Wenst u advies over de gevolgen van dit arrest voor uw organisatie of het vormgeven van een openbare verkoopprocedure? Neem dan contact op met [Anouk Hofman](#) of [Vera Brouns](#).

Factsheet

Naar aanleiding van het veelbesproken Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november jl. heeft het Ministerie van BZK de factsheet “Uitgifte onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen” uitgebracht. Deze factsheet is [hier](#) te raadplegen en bevat praktische tips over hoe om te gaan met het arrest.

December 2021