

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 251

1. Feiten

- 1.1. De gemeenteraad van X heeft op 9 juli 2009 de "Visie [Q] 2030 'Een warm hart voor [X]'" vastgesteld. Deze Visie is een structuurvisie in de zin van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (Wro).
- 1.2. Tijdens het opstellen van deze Visie is de oude locatie van een school te X aangemerkt als een herontwikkelingslocatie voor woningbouw.
- 1.3. Op 13 november 2012 heeft de gemeenteraad van X ingestemd met het projectplan "Herontwikkeling locatie [naam]school eerste fase: programma van eisen" d.d. 18 september 2012. In dat projectplan is onder andere het volgende bepaald:

'Doelstelling en resultaat

Doel:

(...)

Anderzijds is er de uitdaging om deze toplocatie zo te ontwikkelen dat er een maximaal financieel resultaat wordt behaald.

Resultaat:

(...)

Het resultaat is een gefundeerde keuze voor de specifieke doelgroep ouderen, of een oplossing waaraan [Beklaagde] het meeste kan verdienen (...) dan wel het optimum van deze twee.

Tevens zal er in deze fase van het project duidelijk moeten worden of het perceel van de [Kerkgemeente] verworven kan worden zodat deze grond bij de ontwikkellocatie kan worden getrokken.

(...)

Projectfasering

1. opstellen programma van eisen
2. proefverkaveling
3. bestemmingsplan*
4. selectie marktpartij en opstellen ontwikkelcontract
5. definitieve verkaveling en woningbouwprogramma
6. matenplan en woonomgevingstekening
7. bouw- en woonrijp maken
8. start bouw

* Het nieuwe bestemmingsplan [Q] bevindt zich op dit moment in procedure. Hierin wordt reeds voorzien dat woningbouw mogelijk wordt op deze locatie.

(...)

In dit plan wordt alleen de eerste fase – het opstellen van een programma van eisen – verder uitgewerkt.

De eerste fase is gericht op het opstellen van een programma van eisen: wat voor woningen willen we op deze locatie ontwikkelen. Dit willen we langs vier lijnen scherp krijgen:

1. wensen vanuit [Beklaagde] zelf (o.a. huisvestingsbeleid, duurzaamheid)
2. randvoorwaarden (o.a. financiën, archeologie)
3. wensen / behoeften uit de markt
4. wensen van omwonenden

(...)

Ad 3

Er zal een beknopte marktconsultatie worden uitgevoerd om een idee te krijgen wat de sterke en zwakke punten van deze locatie zijn in de huidige kwetsbare woningmarkt. Dat moet ook een beeld geven van woningtypes die geschikt zijn voor deze locatie. We denken bij een consultatie aan een onderzoeksopdracht en aan informele gesprekken met één of meerdere makelaars en eventueel ontwikkelaars. Uitgangspunt hierbij is dat er vooral een reële inschatting gemaakt moet worden over de afzetbaarheid van de woningen in de huidige marktsituatie.

(...)

Beheersaspecten

Uitgangspunt is zoveel mogelijk te werken met interne mensen. Enerzijds kan gesteld worden dat de benodigde kennis en kunde aanwezig zijn binnen de gemeentelijke organisatie en anderzijds zijn er geen lopende verplichtingen met andere, externe, partijen voor wat betreft de ontwikkeling van dit gebied. (...).'

1.4. Bij brief van 25 januari 2014 hebben een aantal omwonenden die zich in een platform hebben georganiseerd beklagde een aantal vragen gesteld over de herontwikkeling van de locatie van de voormalige school. Beklaagde heeft naar aanleiding van die brief op 6 februari 2014 een gesprek met het platform gevoerd en de vragen van het platform vervolgens schriftelijk beantwoord bij brief van 26 februari 2014.

1.4.1. In die brief is allereerst de volgende inleiding op de beantwoording van de vragen van het platform opgenomen:

'Alvorens de vragen inhoudelijk te beantwoorden hecht ik er waarde aan om vooraf kort iets te melden over de huidige, gemeentelijke, ontwikkelprocedure van ruimtelijke projecten. Door o.a. de kredietcrisis is de methodiek van ruimtelijk ontwikkelen sterk aan het veranderen. Waar er voor de crisisperiode sterk gestuurd werd door de overheid kunnen we nu stellen dat er langzaam maar zeker een ontwikkeling op gang komt van markt gestuurd ontwikkelen. De overheid bepaald minder, de 'markt' bepaald meer. In dit kader gezien is het proces van de herontwikkeling van de [naam] locatie volgens een nieuwe lijn doorlopen. Voordat [Beklaagde] ook maar een idee had over hoe deze locatie in te vullen heeft zich een bewonersgroep bij [Beklaagde] gemeld met de wens hier een eigen plan te ontwikkelen. Nadat het grondgebied van [P] door een ontwikkelaar was aangekocht [*namelijk: door Y, Commissie*] en [Z] zich ook meldde [*een woningbouwvereniging, Commissie*] heeft [Beklaagde] deze drie partijen aan elkaar gekoppeld en gevraagd om met een gezamenlijk plan te komen. De door [Beklaagde] meegegeven voorwaarden waren minimaal en hebben vooral betrekking op de programmatische toevoeging, maatschappelijke betrokkenheid, kwaliteit publieke ruimte en de financiële taakstelling.'

1.4.2. Daarnaast bevat de brief van beklagde onder andere de volgende passages:

'M Aanbeveling

Geen concrete, aanvullende vragen

Wel roept het [Platform] [Beklaagde] op de ontwikkelende partij zodanig te instrueren dat het plan gaat passen in de omgeving conform de door [Beklaagde] vastgestelde en hiervoor geldende stukken. Indien dat niet gebeurt dan vertrouwt het [Platform] er op dat [Beklaagde] bij eventuele indienen van dit plan tenminste de aangegeven tegenstrijdigheden afkeurt gedurende het WABO traject.

Tijdens het gezamenlijk overleg ([Platform], [Y], Woongemeenschap [Q], architect en [Beklaagde]) op 6 februari jl. heeft u uw bezwaren tegen het huidige plan aangegeven. [Beklaagde] heeft tijdens deze bijeenkomst de initiatief nemende partijen dringend verzocht om te onderzoeken of er mogelijkheden zijn om aan de wensen van de omwonenden tegemoet te komen. Het (mogelijke) resultaat hiervan zal 28 februari aan ons worden voorgelegd.

(...)

P Wet Openbaarheid van bestuur

(de briefschrijvers hebben de onder dit punt genoemde WOB verzoeken op 6 Februari ingetrokken. De vragen worden wel beantwoordt)

(...)

2. De gehele geschiedenis en correspondentie vanaf de totstandkoming van het contact en het lopende proces, tot en met de dag van uw reactie op deze brief, met de volgende partijen: a. Projectontwikkelaar [Y] b. [Z] c. Elke willekeurige andere belanghebbende partij d. Elke willekeurige geïnteresseerde partij in welke vorm dan ook

In augustus 2011 heeft een groep bewoners uit [X] zich gemeld bij [Beklaagde] en gevraagd hoe zij in aanmerking zouden kunnen komen om de locatie Bogermanschool te kopen en ontwikkelen. [Beklaagde] heeft aangegeven dat het deze mensen vrij stond om met een plan te komen (zonder verplichtingen over en weer). Tevens hebben zich in deze periode meerdere ontwikkelaars en een architect contact opgenomen met de vraag of zij het gebied van [Beklaagde] zouden kunnen kopen. [Beklaagde] zelf had toen nog geen concrete ideeën hoe met deze locatie om te gaan, behalve dat er een wens is tot extra ouderenhuisvesting binnen [X] en deze richting reeds was genoemd in diverse visies. Om duidelijkheid te hebben over de uitgangspunten en te voldoen aan de gestelde eis uit de Kwaliteitsleidraad is er een projectopdracht en projectplan gemaakt. De raad heeft deze vastgesteld in september 2012. Belangrijk uitgangspunt hierbij was het verwerven van [P] omdat dit kansen geeft voor een totaal ontwikkeling van het gehele gebied. Eind 2012 bleek echter dat [Y] overeenstemming met de eigenaar van [P] had bereikt en dat zij eigenaren van dit perceel werden.

Tijdens een gesprek tussen [Y] en [Beklaagde] heeft [Beklaagde] aangegeven dat er zich een groep bewoners had gemeld en dat het mogelijk verstandig zou zijn dat [Y] en deze groep zich zouden verenigen. Probleem was nl. dat de groep geen ontwikkelaars zijn en dat [Y] (natuurlijk) op zoek is naar toekomstige bewoners. Er hebben toen enkele gesprekken plaatsgevonden tussen de partijen en [Beklaagde] waarbij [Beklaagde] vooral aangaf wat haar belangen waren (programmatische toevoeging -> ouderenhuisvesting, maatschappelijke betrokkenheid -> toekomstige bewoners in beeld krijgen en bouwen naar behoeftes evenals draagvlak creëren in de omgeving, kwaliteit publieke ruimte -> er moet een 'plus' ontstaan t.o.v. de huidige situatie inclusief openbare toegankelijkheid voor alle inwoners van [X] en de financiële doelstelling -> bijdrage voor nieuwe school en dekking van alle gemeentelijke kosten en bestaande boekwaarde.

Op papier is alleen een programma van eisen / stedenbouwkundige randvoorwaarden opgesteld (zie bijlage). Van de gesprekken zijn geen verdere notulen / aantekeningen gemaakt.

Omdat [Z], tijdens een overleg met [Beklaagde] ook aangaf interesse te hebben in deze locatie is ook deze partijen (op een later tijdstip) gekoppeld aan de andere twee partijen.

Dit alles heeft geresulteerd in enkele ruwe schetsen zonder dat hier inhoudelijke consensus over was tussen de partijen. Uiteindelijk heeft [Beklaagde] een 'deadline' aan de partijen gesteld: 1 november 2013 moest er een plan aan [Beklaagde] worden aangeboden waar alle partijen achterstonden en wat haalbaar was (zowel voor partijen als [Beklaagde]). Zoals bekend is het uiteindelijke plan in december door de partijen ingediend en ligt dit nu voor.

Behoudens de u bekende documenten (inclusief de bij deze brief toegevoegde) zijn er geen inhoudelijke documenten.

Wel beschikken wij over verslagen van overleggen tussen de partijen (gemaakt door de bewonersvereniging). Indien u deze wenst te ontvangen zult u zich tot die partij moeten richten.'

- 1.5. Op 10 juli 2014 heeft de gemeenteraad van X ingestemd met het voorstel van het college van burgemeester en wethouders van 13 mei 2014 met betrekking tot de vaststelling van de nieuwe invulling van de locatie van de voormalige school. In het hiervoor genoemde voorstel van 13 mei 2014 is onder andere het volgende bepaald:

'Samenvatting:

In opdracht van de gemeenteraad is er een plan ontwikkeld voor de herontwikkeling van de locatie [naam] school (...). Het plan dat hierbij wordt voorgelegd is een appartementengebouw. Het gebouw bestaat uit drie woonlagen op een half-verdiepte parkeergarage omgeven door een zeer ruime tuin welke openbaar toegankelijk is. In het gebouw zal, naast 44 woonappartementen voor ouderen, ook ruimte zijn voor een gezamenlijke ontmoetingsruimte. De [Kerkgemeente] krijgt een vergaderruimte in het gebouw, alsmede een woning voor haar predikant.

(...)

Aanleiding:

(...)

In een vroeg stadium, nog voordat er concrete plannen waren, heeft een groep oudere bewoners uit [X] (Stichting Woongemeenschap [Q]) zich bij [Beklaagde] gemeld met de vraag of het mogelijk was deze locatie particulier te ontwikkelen. Korte tijd later werd bekend dat [Y] eigenaar was geworden van het naastliggende terrein ([P]) en interesse had het gehele gebied te ontwikkelen.

Ook is in die periode woningbouwvereniging [Z], eigenaar van het naastliggende [wooncomplex] betrokken en heeft [Beklaagde] deze drie partijen gevraagd om een gezamenlijk plan te maken om te komen tot een voorstel voor invulling van de gehele locatie. Als uitgangspunten zijn meegegeven de criteria uit de Kwaliteitsleidraad Veranderlocaties [X] Noord en 'Visie [Q]'. Aanvullend hierop is de financiële doelstelling meegegeven dat uit de eventuele grondverkoop minimaal alle gemeentelijke kosten moeten worden gedekt, alsmede een afdracht van € 0,5 mln. ten behoeve van de aankoop van de grond voor de nieuwe school. Ook is aangegeven dat [Beklaagde] zeer hecht aan participatie van alle betrokkenen tijdens het proces.

De uitwerking van de partijen heeft geleid tot bijgaand voorstel, wat in het kort neerkomt op:

- 44 nieuwe, levensloopbestendige appartementen voor ouderen;
- 1 gemeenschappelijke ruimte met een openbare buurtfunctie;
- 1 vergaderruimte voor de [Kerkgemeente] (separate ingang);
- 1 appartement voor de predikant van de [Kerkgemeente];
- halfverdiepte parkeergarage en bergingen onder het gebouw;
- ruim 4.000 m2 tuin rondom het complex (openbaar toegankelijk in privé eigendom, welke de fysieke verbinding vormt met het bestaande wooncomplex van [Z] en toegang tot het hier aanwezige zorgkantoor van [S]).

(...)

Argumenten per beslispunt:

(...)

1.2 Het voorliggende plan voldoet maximaal aan de gestelde criteria uit het projectplan: de Kwaliteitsleidraad Veranderlocaties [X] Noord en Visie [Q] met bijbehorende Beeldkwaliteitsplan.

Het voorliggende plan voldoet maximaal aan de gestelde criteria: bouwhoogte valt binnen de maximaal in het bestemmingsplan vastgestelde hoogte, gewenste voorziening voor ouderenhuisvesting, versterking van de stedenbouwkundige kaders van [Q] (herstellen van zichtlijnen van zowel het oude lint (...) als het herstellen van de lijn (...)), groen karakter en een totaal concept door de verbinding te zoeken met het naastliggende wooncomplex van [Z].

(...)

1.5 Door de grond aan de ontwikkelaar te verkopen en vanwege het feit dat deze het plan middels 'zelfrealisatie' gaat uitvoeren zijn de (financiële) risico's voor [Beklaagde] klein.

De ontwikkelaar neemt de gehele gemeentelijke kavel over tegen een fixed-price. Sloop van de bestaande opstanden, bouw- en woonrijp maken en alle overige noodzakelijke kosten voor aansluitingen etc. komen voor haar rekening. Ditzelfde geldt voor communicatie naar de buurt vooraf en tijdens het bouwproces. [Beklaagde] zal dus minimale bemoeienis hebben en minimale risico's lopen.

(...)

Participatie:

(...)

De toekomstige bewoners

Deze groep (verenigd in 'Woongemeenschap [Q] [X]') is de initiatiefnemer van het voorliggende plan. In een zeer vroeg stadium heeft zij aan [Beklaagde] haar wensen kenbaar gemaakt. Zij is gestart met een eigen programma van eisen/wensen. Nadat deze bewoners zich verenigd hadden met ontwikkelaar [Y] hebben zij gezorgd voor een totaal concept en dit omgezet naar het huidige ontwerp. De wensen van deze groep zijn in grote mate ingevuld en hebben geresulteerd in een aantal zeer sterke punten uit het plan: uit het zicht parkeren, een grote openbaar toegankelijke tuin voor alle [inwoners van X], een maatschappelijke, openbare ruimte in het gebouw voor sociale contacten en vele andere voorzieningen die het leven van oudere mensen vergemakkelijken en veraangenaamen.

(...)

Financiën:

Aan dit plan zijn diverse financiële aspecten verbonden.

A. Opbrengst uit grondverkoop

Als basis wordt gehanteerd de 'Nota Grondprijnsbeleid 2012'. Op basis van het voorliggend plan bedraagt de grondopbrengst € 996.585,- (excl. Btw). Hierbij is uitgegaan van de volgende uitgangspunten:

- alleen de appartementen welke gelegen zijn op het gemeentelijke grondgebied zijn gerekend. Dit zijn 26 stuks van de totale 45 appartementen (44 voor ouderen en 1 woning voor de predikant van de [Kerkgemeente]).
- De twee ruimtes (één voor de kerk en één voor gemeenschappelijke, maatschappelijke doeleinden) zijn niet verdisconteerd in de grondprijs. Wel zal met de ontwikkelaar worden overeengekomen in de grondverkoopovereenkomst dat er een nabetaling plaats zal vinden als deze ruimtes op termijn ooit omgebouwd worden naar een woonappartement.
- Uitgaande van 'zelfrealisatie' van het gehele plan door de ontwikkelaar zullen ook alle kosten (sloop-, bouw-, en woonrijp) voor rekening van de ontwikkelaar komen. Deze kosten, geraamd op € 390.000,-, zijn van de bovengenoemde grondopbrengst afgetrokken (de Nota Grondprijnsbeleid gaat er van uit dat deze kosten voor rekening van [Beklaagde] komen, wat hier niet het geval is). Per saldo zal de vergoeding van de ontwikkelaar aan [Beklaagde] € 610.000,- worden (uit een door [R] uitgevoerde second opinion over het gehele bouwplan komt een reële prijs van € 585.000,- naar voren). Van dit bedrag zullen alle gemeentelijke projectkosten worden betaald alsmede de afdracht voor de aankoop van de grond van de nieuwe school op de Weteringhoek. Per saldo zal het project budgetneutraal afgesloten kunnen worden.

B. Het [woningareaal van X] wordt uitgebreid met 45 nieuwe appartementen. De bijdrage uit het gemeentefonds en de OZB zullen hierdoor toenemen met een structureel bedrag van ca. € 500,- per appartement per jaar.

C. Het huidige grondgebied is onderdeel van het openbaar, gemeentelijk, areaal. Het schoolgebied (school en plein) bedraagt ca. 3.900 m², de omliggende groenstroken ca. 700 m² en de op te heffen [T], inclusief parkeerplaatsen) ook ca. 700 m². Door dit hele gebied in eigendom te geven aan de ontwikkelaar en dus ook het onderhoud van dit gebied over te hevelen naar de ontwikkelaar zal er een afname zijn van het gemeentelijke onderhoudsareaal.

De totale, jaarlijkse, besparing op onderhoud is ca. € 1.000,-. Omdat het hier voor [X] een nieuwe methodiek betreft (openbaar gebied in particulier bezit) is op dit moment niet te overzien of er toch nog kosten door [Beklaagde] gemaakt moeten worden (bijvoorbeeld als het onderhoud te wensen overlaat of op het moment dat er noodzakelijk werk verricht moet worden aan het gemeentelijk rioolstelsel welke in particulier terrein ligt). Er wordt dan nu ook niet gekozen voor een 'korting' op het onderhoudsbudget. Op een later tijdstip kan er een evaluatie plaatsvinden om te kijken of het wenselijk is de korting alsnog door te voeren.'

1.6. Op 10 december 2014 heeft het college van burgemeester en wethouders van X haar voornemen dat het bestemmingsplan voor de herontwikkelingslocatie wordt voorbereid, in de Staatscourant gepubliceerd. In een eveneens op 10 december 2014 in een lokale krant gepubliceerd bericht, is onder andere het volgende opgenomen:

'In opdracht van de gemeenteraad is een plan ontwikkeld voor de herontwikkeling van de locatie [naam] school (...). Het plan betreft een appartementsgebouw.

Het gebouw bestaat uit drie woonlagen op een half verdiepte parkeergarage, omgeven door een ruime tuin welke openbaar toegankelijk is. In het gebouw zal, naast 44 woonappartementen voor ouderen, ook ruimte zijn voor een gezamenlijke ontmoetingsruimte. De [Kerkgemeente] krijgt een vergaderruimte in het gebouw, alsmede een woning voor haar predikant. Met het ontwerpen van het gebouw is er rekening mee gehouden dat de (zaal)ruimten op termijn omgebouwd kunnen worden naar 3 woonappartementen. Het bestemmingsplan biedt daarom de ruimte voor maximaal 48 woningen (=44+1+3).'

- 1.7. Op 17 december 2014 heeft beklagde een inloopavond te X belegd ten einde belangstellenden in staat te stellen het voorontwerpbestemmingsplan in te zien en daarover vragen te stellen aan de aanwezige medewerkers van beklagde.
- 1.8. Op 2 juli 2015 heeft het college van burgemeester en wethouders van X het bestemmingsplan met betrekking tot de herontwikkelingslocatie vastgesteld en een omgevingsvergunning verleend voor het oprichten van 44 levensloopbestendige appartementen, een ontmoetingsruimte, een kerkzaal en een domineeswoning op de locatie.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht onderhands aan een marktpartij verstrekt zonder daaraan voorafgaand een aanbestedingsprocedure te volgen. Daarmee heeft beklagde gehandeld in strijd met een op haar rustende aanbestedingsplicht.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. In een lokale krant van 10 december 2014 staat in de rubriek met officiële bekendmakingen dat er in opdracht van de gemeenteraad van X een plan ontwikkeld is voor de herontwikkeling van de locatie van een voormalige school. Het resultaat van deze opdracht is op 17 december 2014 gepresenteerd aan de omwonenden. De opdracht tot planontwikkeling is één op één gegeven aan Y. Met de voornoemde één op één opdrachtverlening overschrijdt beklagde, in haar hoedanigheid als zijnde een aanbestedende dienst, de te hanteren aanbestedingsdrempels.
- 3.2. De waarde van de ontwikkeling dan wel delen daarvan overschrijden de aanbestedingsdrempels welke beklagde als aanbestedende dienst dient te hanteren. Beklaagde dient via de juiste procedure de markt een kans te geven om in te schrijven op deze opdracht.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde hanteert bij grondverkoop een vastgesteld grondprijzenbeleid. In dit beleid is vastgesteld hoe de grondwaarde voor een perceel wordt berekend. Dit gebeurt op basis van de 'grondquote' methodiek. Ook in het geval van de onderhavige locatie is de grondprijs bepaald op basis van het toen geldige, vastgestelde, grondprijzenbeleid. Hiermee is derhalve niet nodig om de grond via een aanbestedingsprocedure in verkoop te brengen.
- 4.2. De suggestie welke klager wekt in haar schrijven dat beklagde 'de opdracht tot planontwikkeling één op één aan Y heeft gegeven' is niet correct (deze passage staat ook niet op de gemeentepagina van de lokale krant).

- 4.3. Beklaagde heeft in het geheel geen opdracht verleend voor welke planontwikkeling dan ook. De gemeenteraad van X heeft in 2012 een openbaar kader vastgesteld waaraan de herontwikkeling van deze locatie moest voldoen omdat de bestaande school verplaatst ging worden en de opdracht aan het college van B&W verstrekt om deze locatie te herontwikkelen. Op basis van deze openbare stukken is beklagde benaderd door partijen welke zelf planontwikkeling op basis van de gestelde kaders ter hand hadden genomen. Na een uitgebreid participatietraject, waarbij ook klager nauw betrokken is geweest, heeft de gemeenteraad van X, alle voor- en nadelen afwegende, besloten de grond conform het vastgestelde grondprijzenbeleid te verkopen aan Y.
- 4.4. Beklaagde is dan ook van mening dat het proces zeer transparant en correct is verlopen en dat de besluitvorming democratisch is verlopen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de inhoud van de klacht.
- 5.1.1. Klager stelt naar aanleiding van het bericht dat beklagde op 10 december 2014 in een lokale krant te X heeft gepubliceerd, dat beklagde in strijd met het gereguleerde aanbestedingsrecht een "opdracht tot planontwikkeling" één op één aan Y heeft verstrekt. De Commissie gaat er van uit dat klager daarmee allereerst het oog heeft op het (papieren) plan dat gereed was – zoals ook uit de door partijen verstrekte informatie kan worden afgeleid – op het moment van de publicatie van het hiervoor bedoelde bericht. De Commissie leest de klacht primair dan ook aldus dat klager zich op het standpunt stelt dat beklagde een overheidsopdracht voor diensten in de zin van Categorie 12 van Bijlage II A van Richtlijn 2004/18/EG in strijd met de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 één op één aan Y heeft verstrekt.
- 5.1.2. De Commissie sluit echter niet uit – mede ook gelet op de reactie van beklagde op de klacht – dat klager met haar verwijzing naar de "opdracht tot planontwikkeling" mede het oog heeft op de feitelijke uitvoering van het in 5.1.1 bedoelde plan: de daadwerkelijke herontwikkeling van de locatie van de voormalige school, conform dat plan. De Commissie leest de klacht in de tweede plaats dan ook aldus dat klager zich op het standpunt stelt dat beklagde met de verkoop van de grond een overheidsopdracht voor werken in strijd met de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 één op één aan Y heeft verstrekt.
- 5.1.3. De Commissie zal de in 5.1.1 en 5.1.2 omschreven klachten hierna behandelen als klachtonderdeel 1 respectievelijk klachtonderdeel 2, waarbij zij uitgaat van de toepasselijkheid van Richtlijn 2004/18/EG en de Delen 1 en 2 van de Aw 2012 zoals die op 10 december 2014 gold.
- 5.2. Klachtonderdeel 1
- 5.2.1. Beklaagde stelt in haar reactie op de klacht dat zij in het geheel geen opdracht heeft verleend voor welke planontwikkeling dan ook. Zij stelt dat zij een kader heeft vastgesteld waaraan de herontwikkeling van de locatie van de voormalige school diende te voldoen en dat zij vervolgens – na openbaarmaking van dat kader – is benaderd door derden die op eigen initiatief de planontwikkeling op basis van de gestelde kaders ter hand hebben genomen (zie 4.3 hiervoor).
- 5.2.2. De Commissie gaat er van uit dat beklagde met het hiervoor bedoelde kader doelt op het projectplan dat zij in 2012 heeft opgesteld en dat in het najaar van

2012 door de gemeenteraad van X is vastgesteld (zie 1.3 en 1.4.2 hiervoor). De Commissie gaat er verder van uit dat beklagde met het door derden genomen initiatief tot planontwikkeling doelt op zowel de groep bewoners die zich in augustus 2011 bij beklagde heeft gemeld als op Y en Z die dat nadien hebben gedaan. Anders dan beklagde echter stelt, heeft het er op basis van de door partijen overgelegde en de overige door de Commissie gevonden informatie alle schijn van dat beklagde deze derden – die beklagde naar eigen zeggen ook overigens heeft gevraagd zich als een samenwerkingsverband te organiseren (zie 1.4.1) – heeft verzocht om met een plan te komen.

- 5.2.3. Dat laatste blijkt allereerst uit de brief die beklagde op 26 februari 2014 aan een aantal omwonenden heeft gestuurd (zie 1.4 hiervoor). Beklagde maakt daarin zelf melding van het feit dat zij de bewonersgroep, Y en Z heeft gevraagd om met een gezamenlijk plan te komen (zie 1.4.1 hiervoor). In die brief meldt beklagde voorts dat zij op 6 februari 2014 tijdens een gesprek met de bewonersgroep, Y en Z – hierna te noemen: het samenwerkingsverband van Y – deze partijen dringend heeft verzocht om op 28 februari 2014 de resultaten aan beklagde voor te leggen van een onderzoek naar de mogelijkheden om tegemoet te komen aan de wensen van de omwonenden (zie 1.4.2 hiervoor). Ook maakt beklagde in de brief van 26 februari 2014 melding van het feit dat het op dat moment voorliggende plan – dat in december 2013 door het samenwerkingsverband van Y is ingediend – het resultaat is van een eerder door beklagde aan het samenwerkingsverband van Y gestelde deadline: '1 november 2013 moest er een plan aan [Beklagde] worden aangeboden waar alle partijen achterstonden en wat haalbaar was (zowel voor partijen als [Beklagde])', (zie 1.4.2 hiervoor).
- 5.2.4. Dat beklagde het samenwerkingsverband van Y heeft gevraagd om gezamenlijk met een plan te komen, blijkt in de tweede plaats uit de samenvatting van het voorstel van het college van burgemeester en wethouders van X van 13 mei 2014 met betrekking tot de vaststelling van de nieuwe invulling van de locatie van de voormalige school (zie 1.5 hiervoor). Beklagde geeft daarin immers zelf aan dat zij het samenwerkingsverband van Y heeft gevraagd om een gezamenlijk plan te maken op basis van een aantal door beklagde vastgestelde uitgangspunten.
- 5.2.5. Met het voorgaande staat vervolgens echter nog niet vast dat beklagde met het hiervoor bedoelde verzoek een overheidsopdracht voor diensten in de zin van Categorie 12 van Bijlage II A van Richtlijn 2004/18/EG aan het samenwerkingsverband van Y heeft verstrekt, die met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 in concurrentie had moeten worden aanbesteed. Daarvoor is immers vereist dat tussen beklagde en het samenwerkingsverband een overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten en dat de waarde daarvan gelijk is aan of hoger is dan het in artikel 7, onderdeel b, van Richtlijn 2004/18/EG genoemde bedrag, exclusief omzetbelasting. De Commissie kan op basis van de door partijen overgelegde en de overige door haar gevonden informatie niet vaststellen dat aan deze eisen is voldaan.
- 5.2.6. Het voorgaande betekent dat de Commissie het eerste klachtonderdeel niet grond kan verklaren.

5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. Daarmee komt de Commissie toe aan de vraag of beklagde met de verkoop van het perceel overheidsgrond aan Y – gelet op de specifieke kenmerken van deze verkoop – een overheidsopdracht voor werken heeft verstrekt die met inachtneming van de bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 in concurrentie had moeten worden aanbesteed. De Commissie beantwoordt deze vraag als volgt.

- 5.3.2. Verkoop van overheidsgrond door een aanbestedende dienst kwalificeert op zichzelf niet als een (aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht voor werken in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Het geheel aan contractuele betrekkingen tussen verkoper en koper in het kader van een grondtransactie zou echter wel als een dergelijke overheidsopdracht kunnen kwalificeren. Daarvoor moet dan wel aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:
- a. er moet sprake zijn van (i) een schriftelijke overeenkomst, (ii) onder bezwarende titel, (iii) tussen een aanbestedende dienst en een onderneming;
 - b. die betrekking heeft op (i) de uitvoering van bouwkundige of civieltechnische werkzaamheden, of (ii) de uitvoering van werken, of (iii) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen voldoet.
- 5.3.3. Van een overeenkomst "onder bezwarende titel" (zie 5.3.2 onder a (ii)) is sprake wanneer de aanbestedende dienst een prestatie in ruil voor een tegenprestatie ontvangt. Deze prestatie bestaat in het kader van een overheidsopdracht voor werken uit de uitvoering van werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken.
- 5.3.4. Het HvJ EU heeft in zijn arrest van 25 maart 2010, C-451/08, rov. 49-52 (Helmut Müller) onder andere bepaald dat een dergelijke prestatie vanwege de aard ervan alsook de systematiek en de doelstellingen van Richtlijn 2004/18 voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang moet inhouden. Van een dergelijk rechtstreeks economisch belang is sprake indien de aanbestedende dienst:
- a. eigenaar wordt van het werk, of
 - b. 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, of
 - c. economisch voordeel zal kunnen halen uit het toekomstig gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, of
 - d. financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen, of
 - e. risico's loopt bij economische mislukking van het werk.
- 5.3.5. Het HvJ EU heeft zich in het hiervoor genoemde arrest tevens uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van "een werk dat aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen voldoet" (zie 5.3.2 onder b (iii)). Daarvan is geen sprake op grond van het enkele feit dat een aanbestedende dienst een hem voorgelegd bouwplan onderzoekt of een besluit neemt in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw met het oog op het algemeen belang (rov. 67-69).
- 5.3.6. Het HvJ EU heeft in het hiervoor genoemde arrest voorts bepaald dat het begrip "overheidsopdracht voor werken" vereist dat de ondernemer zich direct of indirect verbindt tot de uitvoering van de betrokken werken en dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte kan worden afgedwongen. Dat betekent dat de onderneming zich verbonden moet hebben tot het (laten) uitvoeren van de betrokken werken (rov. 60-63).
- 5.3.7. De Commissie heeft op basis van de door partijen overgelegde en de overige door haar gevonden informatie geen aanwijzingen gevonden van het bestaan van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen beklagde en Y, waarin afspraken zijn opgenomen over het realiseren van een werk dat aan de door beklagde gestelde eisen voldoet. Het geheel van eisen die beklagde heeft gesteld in de op 9 juli 2009 vastgestelde Structuurvisie "Visie Q 2030" (zie 1.1 hiervoor), in het projectplan van het najaar van 2012 (zie 1.3 hiervoor), in het op 2 juli 2015 door het college van burgemeester en wethouders van X met betrekking tot de herontwikkelingslocatie vastgestelde bestemmingsplan en in de voor die locatie verleende omgevingsvergunning (zie 1.8 hiervoor), kunnen in dit ka-

der niet worden gekwalificeerd als eisen die de reguliere regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw van beklagde te boven gaan. Evenmin is de Commissie iets gebleken omtrent het bestaan van een rechtens afdwingbare bouwplicht van Y.

- 5.3.8. Het voorgaande betekent dat de Commissie het tweede klachtonderdeel evenmin gegrond kan verklaren.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. ir. D. Santurio González die als Branche-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 20 september 2016

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid