

MEMO

VAN: mr. F.G. Horsting

AAN: Gemeente Haarlem
Mevrouw K. Beckers

CC:

DATUM	DOSSIER	PAGINA
11 oktober 2016	62.697	1/10
ONDERWERP	BETREFT	
Advies Koepelgevangenis	Gemeente Haarlem / Advies aan- en verkoop de Koepel	

Geachte mevrouw Beckers,

In vervolg op de opdracht van 27 september 2016 van de gemeente Haarlem, hierna: ‘**de gemeente**’, met kenmerk 2016/441682 (inkoop-ordernummer 16002863) bericht ik u graag als volgt.

Hierbij stuur ik u mijn advies inzake de aan- en verkoop van de Koepelgevangenis. Ik vat eerst kort de feiten samen, som daarna de gebruikte bronnen op, leg vervolgens de vraagstelling vast, vermeld aansluitend een samenvatting van mijn bevindingen en geef tot slot de juridische uitwerking weer.

Mocht u nog vragen hebben, aarzel dan niet contact met mij op te nemen. Vanzelfsprekend ben ik graag tot nader overleg bereid.

Met vriendelijke groet,

Fabian Horsting

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
2/10

Feiten

De Koepelgevangenis in Haarlem is eigendom van de Staat en komt leeg. In naam van de Staat wenst het Rijksvastgoedbedrijf over te gaan tot verkoop aan een marktpartij met de bedoeling te komen tot herontwikkeling.

De gemeente onderzoekt de mogelijkheid de Koepelgevangenis op basis van de Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006, hierna: ‘**de regeling**’, rechtstreeks van de Staat over te nemen om deze vervolgens over te dragen aan de stichting Panopticon, hierna: ‘**panopticon**’, een marktpartij.

Panopticon beoogt de Koepelgevangenis te ontwikkelen tot universiteit (40%) met bijbehorende campuswoningen (40%), horeca (10%) en flexibele bedrijfshuisvesting (10%).

Bronnen

Bij het opstellen van dit advies heb ik gebruik gemaakt van de volgende documenten en bronnen:

- Ambities en eisen herontwikkeling koepelgevangenis Haarlem, 14 juli 2016;
- Plan van aanpak onderzoek moties de koepel, 18 augustus 2016;
- Nationale ombudsman, klacht 2013/107;
- Voorzieningenrechter rechtbank Midden-Nederland, 14 januari 2016;
- Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006;
- Nota van toelichting Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006;
- Brief wethouder Van Spijk aan de commissie Ontwikkeling, 9 juni 2016;
- Brief ministerie BZK aan Tweede Kamer, 25 juni 2013;
- Uittreksel Handelsregister stichting Panopticon, 6 oktober 2016;
- www.opendekoepel.nl.

Vraagstelling

1. Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?
2. Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?
3. Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan panopticon?
4. Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
3/10

Conclusie/samengevatte beantwoording

1. Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?
 - De Staat is op grond van de regeling niet verplicht een voorkeursrecht aan de gemeente te geven. De Staat is op grond van de regeling niet verplicht de Koepelgevangenis aan de gemeente te verkopen, ongeacht wat de gemeente ermee van plan is en welke functies erin voorzien zijn.
 - De regeling neemt als uitgangspunt dat het over te dragen vastgoed een herbestemming in de publieke sfeer krijgt.
 - Als de Staat het complex overdraagt aan de gemeente, zou de gemeente in strijd met het uitgangspunt van de regeling handelen als zij het complex vervolgens (nagenoeg) direct aan panopticon overdraagt, indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren.
 - Een door de overheid bekostigde onderwijsinstelling kwalificeert als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.
 - Studentenwoningen die onlosmakelijk verbonden zijn met de universitaire functie kwalificeren zeer waarschijnlijk ook als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.
 - Overige (semi-)commerciële functies kwalificeren niet als publieke dienst en of publieke taak in de zin van de regeling.
 - De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies.
 - De plannen van panopticon zien overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

2. Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?
 - De gemeente mag de Koepelgevangenis een-op-een aan panopticon verkopen, mits de koopovereenkomst niet kwalificeert als overheidsopdracht en de transactie geen ontoelaatbare staatssteun oplevert.
 - De koopovereenkomst kwalificeert niet als overheidsopdracht als de gemeente zich beperkt tot de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.
 - Van ontoelaatbare staatssteun zal geen sprake zijn indien de waarde van de Koepelgevangenis op basis van een taxatie en een andere waarderingmethode wordt vastgesteld voordat de onderhandelingen starten.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
4/10

- Zekerheidshalve zou de gemeente publicatie van de (voorgenomen) transactie op TenderNed kunnen overwegen, teneinde transparantie te betrachten en de vernietigingstermijn voor derden te verkorten van zes maanden naar 30 dagen.
3. Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan Panopticon?
- De gemeente mag de taxatie overleggen aan panopticon.
4. Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?
- Ter voorkoming van herhaling verwijs ik graag naar het antwoord op vraag 2.

Beantwoording

1. *Geeft de functie, en de omvang van de functie, universitair onderwijs in de plannen van panopticon voldoende grond voor verwerving van het complex door de gemeente in het kader van de reallocatieprocedure?*

De zogenaamde reallocatieprocedure is vastgelegd in de regeling. In artikel 9 lid 7 van de regeling is bepaald dat bij verkoop van overtollige vastgoedobjecten door de Staat in het algemeen een voorkeursvolgorde in acht wordt genomen. Op grond daarvan worden overtollige onroerende zaken eerst aangeboden aan ministeries en colleges, daarna aan gemeenten, provincies en waterschappen, en vervolgens pas aan andere rechts- of natuurlijke personen.

Deze voorkeursvolgorde is niet strikt verplichtend.

Dat blijkt uit het gehanteerde begrip ‘*voorkeursvolgorde*’ en de toevoeging ‘*in het algemeen*’ en is ook expliciet overwogen in de nota van toelichting die bij de regeling hoort.¹

Er kan blijkens artikel 9 lid 10 van de regeling om beleidsmatige redenen, waaronder redenen van doelmatigheid, van de voorkeursvolgorde worden afgeweken.

Bovendien kan op de voet van artikel 10 van de regeling worden afgeweken van de bepalingen van de regeling, hetgeen een nog ruimere afwijkingmogelijkheid biedt aan de Staat dan uitsluitend afwijken van de voorkeursvolgorde.

De regeling zelf zegt niets over eventuele voorwaarden waaronder de verkrijgende partijen het vastgoed overnemen. Dat geldt ook voor de toekomstige functie en/of de omvang daarvan. De nota van toelichting bij de regeling maakt wel duidelijk dat

¹ Staatscourant 26 april 2006, nr. 81 / p. 12.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
5/10

de ratio van de regeling, in het bijzonder waar het de voorkeursvolgorde betreft, is om *‘overtollig Rijksvastgoed een optimale herbestemming in de publieke sfeer te geven’*.

Daarbij is volgens de nota van toelichting bij de regeling het uitgangspunt dat het vastgoed via overdracht, koop of huur in eigendom of beheer wordt overgenomen door andere ministeries (rijksdiensten), bepaalde door het Rijk gesubsidieerde instellingen en decentrale overheden. Marktpartijen hebben feitelijk geen voorkeurspositie, omdat zij als restcategorie in (het laatste) sub d van artikel 9 lid 7 staan vermeld.

Ook uit de brief van de minister van BZK van 25 juni 2013 aan de Tweede Kamer² blijkt dat de regeling *‘(...) beoogt het object een optimale herbestemming in de publieke sfeer te geven. Anders gezegd om publieke diensten of taken die met publieke middelen worden bekostigd zo doelmatig mogelijk te realiseren.’*

Er zijn (slechts) twee juridische beslissingen van lagere onafhankelijke geschilbeslechtende instanties bekend ten aanzien van de regeling. Die beslissingen geven een beperkt nader inzicht in de uitleg van de regeling. Het betreft een beslissing van de nationale ombudsman op een klacht uit 2013³ en een vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 14 januari 2016.⁴

De nationale ombudsman erkent dat de Staat op grond van de regeling niet verplicht is aan derden (in dit geval 14 particuliere woonbooteigenaren) een voorkeurspositie te geven ter zake de aankoop van percelen grond. Wel meent de ombudsman dat de Staat niet transparant heeft gehandeld door de gronden aan een derde over te dragen, zonder de woonbooteigenaren daarvan in kennis te stellen. De Staat had dus een informatieplicht.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland overweegt in een kort gedingvonnis van 16 januari 2016 – kort gezegd - dat de gemeente Naarden geen aanspraak kan maken op een voorkeursrecht tot koop op basis van de regeling. De rechter overweegt: *‘In tegenstelling tot hetgeen door Gemeente Naarden is aangevoerd, volgt uit artikel 9 van de Regeling niet dat een voorkeursrecht gegeven dient te worden. De Regeling geeft slechts een voorkeursvolgorde, waarvan – zoals uit de toelichting op de Regeling volgt – om beleidsmatige redenen kan worden afgeweken.’* Het ging om de verkoop van een omvangrijk pakket aan monumenten, waaronder de monumentale vestingwerken in Naarden, door de Staat aan een daartoe opgerichte stichting.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 31 490 nr. 109.

³ Nationale ombudsman 2013/107.

⁴ ECLI:NL:RBMNE:2016:167.

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
6/10

Op basis van de regeling, de nota van toelichting die daarbij hoort en de zeer summiere en lagere rechtspraak die beschikbaar is, kom ik tot de volgende bevinding. Als de Staat de Koepelgevangenis op basis van de regeling aan de gemeente verkoopt, hetgeen een discretionaire bevoegdheid van de Staat is (d.i. de gemeente heeft er geen recht op), is daarbij uitgangspunt dat de gemeente het complex ten behoeve van een publieke taakvervulling inzet.

Directe of nagenoeg directe overdracht aan panopticon, dan wel het verkrijgen van het complex met het enige doel en oogmerk om dit (op termijn) aan panopticon over te dragen, is in strijd met genoemd uitgangspunt indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren..

Het door panopticon beoogde universitaire onderwijs, zoals mij dat is gebleken op basis van raadplegen van <http://opendekoepel.nl/naar-een-university-college-haarlem/>, gaat uit van bekostiging door het Rijk via de beoogde moederorganisaties van het nieuw op te richten University College Haarlem, te weten de Universiteit van Amsterdam en Hogeschool InHolland. Dergelijk door de overheid bekostigd hoger onderwijs zal hoogstwaarschijnlijk kwalificeren als publieke dienst of taak in de zin van de nota van toelichting bij de regeling.

Een kanttekening verdienen de overige niet-onderwijsgerichte plannen van panopticon. Panopticon is kennelijk niet uitsluitend van plan een onderwijsinstelling te vestigen. Blijkens de korte film op <http://opendekoepel.nl/homepage/> is beoogd tevens woningen, een hotel, horeca, bedrijfsruimten en een popcentrum op het terrein te vestigen. Niet al deze voorzieningen zullen kwalificeren als publieke dienst en of publieke taak.

De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies. De plannen van panopticon zien derhalve overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

Concluderend geldt het volgende.

De Staat is op grond van de regeling niet verplicht een voorkeursrecht aan de gemeente te geven. De Staat is op grond van de regeling niet verplicht de Koepelgevangenis aan de gemeente te verkopen, ongeacht wat de gemeente ermee van plan is en welke functies erin voorzien zijn.

De regeling neemt als uitgangspunt dat het over te dragen vastgoed een herbestemming in de publieke sfeer krijgt.

Als de Staat het complex overdraagt aan de gemeente, zou de gemeente in strijd met het uitgangspunt van de regeling handelen als zij het complex vervolgens

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
7/10

(nagenoeg) direct aan panopticon overdraagt, indien panopticon overwegend private functies in het complex zou realiseren.

Een door de overheid bekostigde onderwijsinstelling kwalificeert als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.

Studentenwoningen die onlosmakelijk verbonden zijn met de universitaire functie kwalificeren zeer waarschijnlijk ook als publieke dienst en/of publieke taak in de zin van de regeling.

Overige (semi-)commerciële functies kwalificeren niet als publieke dienst en of publieke taak in de zin van de regeling.

De plannen van panopticon zoals die blijken uit hun website (opendekoepel.nl) en uit hun planvorming tot op heden zoals die bij de gemeente bekend is, hebben voor 80% betrekking op universitair onderwijs met bijbehorende campuswoningen en voor 20% op overige (semi-)commerciële functies.

De plannen van panopticon zien overwegend (80%) op herbestemming in de publieke sfeer.

2. *Mag de gemeente, na verwerving van het complex voor het publiek/maatschappelijk doel universitair onderwijs, het complex één op één doorverkopen aan panopticon middels een AB-BC constructie?*

Bij de beantwoording van deze vraag ga ik uit van een juridisch perfecte A-B-transactie en focus ik mij op de B-C-transactie. Ik laat mijn beantwoording van vraag 1 dus buiten beschouwing en neem als uitgangspunt dat de gemeente eigenaar is geworden van het complex en dat de Staat daar verder vrede mee heeft. Tevens laat ik eventueel inkoop- en aanbestedingsbeleid van de gemeente buiten beschouwing.

Ook laat ik buiten beschouwing dat een concurrerende onderwijsinstelling (voor wat betreft de nieuw te vestigen onderwijsinstelling) en/of een concurrerende projectontwikkelaar (voor wat betreft de overige semi-commerciële vastgoedfuncties) mogelijk zouden kunnen opwerpen dat de te verlenen omgevingsvergunning in dit geval een zogenaamde schaarse vergunning betreft die om aanbestedingsrechtelijke dan wel mededingingsrechtelijke redenen in concurrentie vergeven zou moeten worden.

Deze vraag kent twee juridische dimensies, het aanbestedingsrecht en het staatssteunrecht. Nederlandse of Europese regels voor de verkoop van overheidseigendommen bestaan in beginsel niet. Het EU Werkingsverdrag bepaalt in art. 345 dat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten door de verdragen onverlet wordt gelaten.

Aanbestedingsrechtelijk is de vraag relevant of de verkoop kwalificeert als overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet. De enkele verkoop van vastgoed en ook de uitgifte van grond in erfpacht zijn in beginsel niet aan te

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
8/10

merken als aanbestedingsplichtige opdrachten in de zin van de Aanbestedingswet. Er is alleen dan sprake van een aanbestedingsplicht indien de koopovereenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet.

Om te kunnen spreken van een overheidsopdracht (voor werken) is op basis van de Aanbestedingswet vereist dat de aanbestedende dienst met een marktpartij (i) een schriftelijke overeenkomst sluit, (ii) die onder bezwarende titel is aangegaan en (iii) waarvan de opdracht betrekking heeft op hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van werken, dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet. Telkens zal per geval moeten worden getoetst of aan voornoemde cumulatieve vereisten is voldaan.

Gelet op Europese en Nederlandse rechtspraak wordt niet snel voldaan aan genoemde criteria. De gemeente mag uit hoofde van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, bijvoorbeeld in het kader van de vergunningverlening, eisen stellen aan het te verkopen/verkochte vastgoed, maar die eisen mogen de publiekrechtelijke bevoegdheden niet overschrijden. Zo maakt het opnemen van een contractuele bouwplicht de opdracht aanbestedingsplichtig.

Zekerheidshalve zou de gemeente op de voet van artikel 4.15, lid 2 sub a Aanbestedingswet publicatie van de (voorgenomen) transactie op TenderNed kunnen overwegen, teneinde transparantie te betrachten en de vernietigingstermijn voor derden te verkorten van zes maanden naar 30 dagen.

Naast het aanbestedingsrecht zijn ook andere Europese normen van belang. Staatssteunrechtelijk bevat het EU Werkingsverdrag immers wel degelijk een beperking van de discretionaire ruimte van overheden bij de verkoop van eigendommen van de overheid, via het verbod op staatssteun. Staatssteun is ieder financieel voordeel in welke vorm dan ook. Staatssteunregels zijn gericht op het voorkomen van vervalsing van de mededinging door begunstiging - met staatsmiddelen bekostigd - van bepaalde ondernemingen.

In het algemeen kan worden gezegd dat in gevallen waarin de overheid een transactie met (directe dan wel indirecte) financiële gevolgen aangaat met een onderneming, zal moeten worden getoetst of in overeenstemming met de regels van staatssteunrecht wordt gehandeld. Meer in het bijzonder is relevant art. 107, lid 1 van het EU Werkingsverdrag. In dat artikel wordt beschreven in welke gevallen sprake is van ontoelaatbare staatssteun.

Dit is het geval indien sprake is van (i) overheidsmiddelen (ii) die een voordeel verschaffen (iii) aan bepaalde ondernemingen (iv) waardoor de mededinging wordt

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
9/10

(dreigt te worden) vervalst en (v) het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed.

Mede voor gevallen waarin overheidspartijen onroerend goed verkopen, is art. 107 nader uitgewerkt in een mededeling van de Europese Commissie “betreffende het begrip staatssteun in de zin van artikel 107 lid 1 VWEU”⁵, laatstelijk in mei 2016 aangepast. Kort gezegd is in deze mededeling bepaald dat een overheid moet handelen als een marktdeelnemer in de markteconomie. Het publieke belang dient daarbij buiten beschouwing te worden gelaten.

Indien een openbare instantie gebouwen of gronden verkoopt, moet zeker gesteld worden dat de prijs die de openbare instantie hanteert, niet zodanig laag is, dat een onderneming daardoor wordt bevoordeeld. De prijs mag om die reden niet lager zijn dan (i) de prijs die het gevolg is van een openbare aanbestedings- of biedprocedure, (ii) de door benchmarking vastgestelde prijs, dan wel (iii) de op basis van een andere waarderingsmethode vastgestelde prijs. Tot de laatste categorie behoort bijvoorbeeld de taxatie en – vooralsnog nog steeds - de residuele grondwaardemethode.

De mededeling lijkt voorts te impliceren dat naast een eventuele initiële taxatie als second opinion tevens een vergelijking met een andere waarderingsmethode moet geschieden. Expliciet staat er dat het zaak is: *“een gevoeligheidsanalyse uit te voeren, waarin verschillende zakelijke scenario’s worden onderzocht, noodplannen worden opgesteld en de uitkomsten worden vergeleken met alternatieve waarderingsmethoden”*.

Concluderend geldt het volgende.

De gemeente mag de Koepelgevangenis een-op-een aan panopticon verkopen, mits de koopovereenkomst niet kwalificeert als overheidsopdracht en de transactie geen ontoelaatbare staatssteun oplevert.

De koopovereenkomst kwalificeert niet als overheidsopdracht als de gemeente zich beperkt tot de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden.

Van ontoelaatbare staatssteun zal geen sprake zijn indien de waarde van de Koepelgevangenis op basis van een taxatie en een andere waarderingsmethode wordt vastgesteld voordat de onderhandelingen starten.

⁵ Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1 VWEU, (2016/C 262/01).

DATUM
11 oktober 2016

DOSSIER
62.697

PAGINA
10/10

3. *Mag de gemeente de voor dit doel en in haar opdracht opgestelde taxatie van het complex overleggen aan panopticon?*

Er is geen expliciete regel die beschikbaarstelling van de taxatie door de gemeente aan panopticon verbiedt.

Als optie noem ik in dit kader de mogelijkheid voor de gemeente om de getaxeerde waarde als minimumkoopprijs voor te schrijven aan panopticon, zoals het Rijk bijvoorbeeld bij de verkoop van de Bijlmerbajes doet.

Concluderend geldt het volgende.

De gemeente mag de taxatie overleggen aan panopticon.

4. *Onder welke voorwaarde mag de gemeente het complex één op één doorverkopen aan panopticon ten behoeve van de functie universitair onderwijs?*

Ik meen deze vraag al beantwoord te hebben bij vraag 2 en verwijs dan ook graag ter voorkoming van herhaling naar hetgeen ik daar heb gesteld. De functie van het complex is voor de vraag onder welke voorwaarde de gemeente het mag verkopen niet relevant.

Vraag

Wat zijn de aanbestedingsrechtelijke gevolgen/risico's indien de gemeente Haarlem in de overeenkomst tussen haar en Panopticon inzake De Koepel de contractuele verplichting opneemt dat Panopticon verplicht is het vastgoed (grotendeels) ten behoeve van universitair onderwijs te exploiteren?

Voorbehoud/opmerking vooraf

Ik beperk mij bij de beantwoording van de vraag tot het aanbestedingsrecht en ga niet in op bijvoorbeeld het staatsteun- en/of het mededingingsrecht.

Antwoord

De gemeente Haarlem kan in de overeenkomst met Panopticon de contractuele verplichting opnemen dat Panopticon verplicht is het vastgoed (grotendeels) ten behoeve van universitair onderwijs te exploiteren. Het verdient wel de voorkeur die verplichting tevens vast te leggen in het publiekrechtelijke regime dat van toepassing is op De Koepel, althans daartoe een aanzet te geven.

Uitwerking

Verkoop van vastgoed en/of gronduitgifte door de overheid aan marktpartijen is in beginsel niet aanbestedingsplichtig. Verkoop van vastgoed en/of gronduitgifte door de overheid aan marktpartijen kan wel aanbestedingsplichtig zijn, indien een overheid in de koop- en/of gronduitgifteovereenkomst contractuele verplichtingen ten aanzien van het vastgoed/de grond aan de marktpartij stelt. Die contractuele verplichtingen kunnen namelijk met zich meebrengen dat in juridische zin sprake is van een overheidsopdracht voor werken, die wel aanbestedingsplichtig is.

Om erachter te komen welke contractuele verplichtingen ertoe leiden dat een overeenkomst juridisch kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken, moeten we teruggrijpen op wat oudere jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (HvJ) uit 2010. Het HvJ is uiteindelijk de hoogste rechter ten aanzien van het Europese aanbestedingsrecht.

Het arrest Müller van het HvJ van 25 maart 2010 heeft het inzicht in de reikwijdte van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling aanmerkelijk vergroot. Het HvJ maakt in die uitspraak onder meer duidelijk dat, wil überhaupt sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor werken, cumulatief moet zijn voldaan aan drie voorwaarden: (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.

Rechtstreeks economisch belang

Van een rechtstreeks economisch belang is sprake indien:

- de aanbestedende dienst eigenaar wordt;
- de aanbestedende dienst over de werken zal kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming;
- de aanbestedende dienst economische voordelen kan halen uit het toekomstig gebruik of de toekomstige overdracht van het werk;
- de aanbestedende dienst financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen; of

- de aanbestedende dienst risico's loopt bij economische mislukking van het werk.
- Voor zover ik op basis van het beperkte dossier op dit moment kan nagaan is er geen sprake van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente Haarlem bij de beoogde overeenkomst met Panopticon. De derde bulletpoint is niet uitgekristalliseerd in de rechtspraak, maar zou bij ruime toepassing steeds ertoe leiden dat sprake is van een rechtstreeks economisch belang. Ik ben dan ook van mening dat de derde bulletpoint restrictief moet worden uitgelegd en de gemeente in het onderhavige geval niet in de weg zit. Mochten er aanwijzingen zijn dat de gemeente wel conform voorgaande een belang heeft, dan hoor ik dat graag.

Bouwplicht

Een ten tijde van het Müller-arrest nog niet in de jurisprudentie beantwoorde rechtsvraag is of het mogelijk is om als overheid zonder voorafgaande Europese aanbesteding van een marktpartij een gerealiseerd gebouw te kopen of te huren, dat weliswaar is gebouwd volgens de door die overheid vastgestelde specificaties en nadrukkelijk met het oog op gebruik door (en eigendom van) die overheid, maar zonder dat er een afzonderlijke overeenkomst wordt gesloten die de opdracht voor het realiseren van het gebouw impliceert. Hoewel de vraag van de gemeente Haarlem niet hetzelfde is, verdient een meer recent arrest van het HvJ toch vermelding met het oog op het leerstuk van de bouwplicht.

Op 10 juli 2014 wees het HvJ een arrest, waarbij antwoord wordt gegeven op enkele prejudiciële vragen. Het gaat in deze casus om de bouw van een nieuw gerechtsgebouw in de Italiaanse Commune di Bari (gemeente Bari). Het HvJ neemt aan dat sprake is van een bouwplicht en overweegt voorts dat het een bouwwerk betreft dat voldoet aan nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen. Er is volgens het HvJ sprake van een overheidsopdracht voor werken.

Uit deze uitspraak blijkt dat het sluiten van een huurovereenkomst ten aanzien van een nog te realiseren werk ten behoeve van een overheid die daaraan eisen als bedoeld in Richtlijn 2004/18 stelt, wordt aangemerkt als een overheidsopdracht voor werken, omdat - samengevat weergegeven - de opdracht tot het (laten) realiseren van het werk onvermijdelijk uit een dergelijke overeenkomst voortvloeit. Daarmee is deze uitspraak ook van betekenis voor contracten in Nederland, op grond waarvan sprake is van een - al dan niet indirecte - bouwplicht voor de marktpartij met betrekking tot een werk waarbij een overheid een rechtstreeks economisch belang heeft en waaraan door de overheid eisen als bedoeld in de richtlijn worden gesteld.

In deze casus nam het Hof de aanwezigheid van een bouwplicht als uitgangspunt, aangezien deze feitelijk uit de huurovereenkomst voortvloeit. Het is in het licht van het arrest Müller echter de vraag of er ook sprake is van een overheidsopdracht indien in een vergelijkbaar geval sprake is van een huurovereenkomst (of een koopovereenkomst) zonder dat sprake is van een expliciete of impliciete bouwplicht, omdat dan niet cumulatief wordt voldaan aan alle drie de criteria uit het arrest Müller. Tegen een dergelijke redenering kan - vanuit een meer functionele uitleg van het Europese aanbestedingsrecht - worden ingebracht dat sprake is van een schijnconstructie, omdat het resultaat van dergelijke afspraken is dat de realisatie van een publiek werk de facto buiten het Europese aanbestedingsrecht wordt gehouden.

Uit het arrest blijkt dat een huurovereenkomst tussen de gemeente en een marktpartij kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken, omdat sprake is van een nog niet gerealiseerd bouwwerk en de realisatie onvermijdelijk uit deze huurovereenkomst voortvloeit. Op basis van het arrest is verdedigbaar dat geen sprake is van een bouwplicht als die niet '*onvermijdelijk*' volgt uit de overeenkomst tussen overheid en marktpartij.

- Voor zover ik nu kan nagaan is er geen sprake van een expliciete of impliciete bouwplicht, in de zin dat de gemeente op basis van de overeenkomst in rechte van Panopticon kan afdwingen dat zij het vastgoed herontwikkelt/realiseert. Mogelijk is sprake van een door de gemeente opgelegde contractuele termijn waarbinnen Panopticon haar plannen moet hebben verwezenlijkt, bij gebreke waarvan Panopticon de gronden/het vastgoed aan de gemeente terug moet leveren. Hoewel een dergelijke bepaling natuurlijk wel een krachtige incentive zal zijn voor realisatie, betreft het toch geen bouwplicht. Het is Panopticon die zelfstandig beslist of met de bouw wordt gestart. Geen harde '*onvermijdelijke*' bouwplicht dus.

Eisen die publiekrecht overstijgen

Een overheid loopt het risico dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken als zij eisen stelt die haar publiekrechtelijke bevoegdheden (bestemmingsplan e.d.) te boven gaan. Het begrip 'werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet' betekent dat de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Een enkel onderzoek van bouwplannen of de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de aanbestedende dienst zijn niet als zulke maatregelen te beschouwen.

- Door als contractuele voorwaarde op te nemen dat Panopticon een deel van het vastgoed als universiteit moet exploiteren, neemt de gemeente in mijn optiek geen maatregelen die de kenmerken van het werk definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uitoefenen. Daar komt bij dat Panopticon na overdracht als eigenaar voor eigen rekening en risico verantwoordelijk is voor de exploitatie. Bovendien kan de gemeente binnen het plangebied de bestemming 'onderwijs' tevens via het publiekrecht regelen. Dat laatste is een aanwijzing dat de contractuele voorwaarde niet (uitsluitend) een voorwaarde is zoals een privaatrechtelijke opdrachtgever hem zou stellen.

Conclusie

Met louter het opnemen van de contractuele voorwaarde dat Panopticon verplicht is een (groot) deel van het vastgoed als universiteit te exploiteren, kwalificeert de overeenkomst (nog) niet als een overheidsopdracht voor werken. Er is geen sprake van een rechtstreeks economisch belang van de gemeente, het is niet de bedoeling een bouwplicht op te leggen aan Panopticon, en verdedigbaar is dat de voorwaarde eveneens geen eis is die de publiekrechtelijke bevoegdheden van de gemeente te boven gaat.

MEMO

VAN: W.Th. Post en F.G. Horsting

AAN: Gemeente Haarlem,
K. Beckers

DATUM	DOSSIER	PAGINA
23 januari 2017	62.697	1/3
ONDERWERP	BETREFT	
	Gemeente Haarlem / Advies aan- en verkoop de Koepel	

Inleiding/vraagstelling

1. De gemeente Haarlem heeft ons verzocht advies uit te brengen over een aantal aspecten van een eventuele AB-BC verkoop van het Koepelgevangeniscomplex (het **Koepelcomplex**, of het **complex**), dat wil zeggen de verkoop en levering door de Staat aan de gemeente Haarlem en de onmiddellijk daarop volgende verkoop en levering door de gemeente Haarlem aan Stichting Panopticon (**Panopticon**). De kwestie is actueel geworden in verband met een verkoopaanbieding van de Staat, waarvan de gestanddoeningstermijn in beginsel op 31 januari 2017 zal verstrijken.
2. Ten behoeve van ons advies hebben wij de beschikking gekregen over de documenten zoals genoemd in de e-mail van mevr. K. Beckers van 20 januari jl., waaronder de concept (koop- en) leveringsakte die de Staat aan de gemeente heeft voorgelegd (de **Akte**).
3. In het kader van de besluitvorming door de gemeente over de AB-BC transactie zijn, naar ons is medegedeeld, de volgende aspecten van zwaarwegend belang: het verwezenlijken van het door Panopticon gepresenteerde plan om in het Koepelcomplex een zgn. University College (althans universitair onderwijs) te vestigen, en indien dit plan niet doorgaat dient de gemeente – als zij dat zou willen – weer de volledige beschikking te krijgen over het Koepelcomplex. Verder dient de gemeente zo weinig mogelijk risico's te lopen met de onderhavige AB-BC transactie (in financiële zin of anderszins).

DATUM
23 januari 2017

DOSSIER
62.697

PAGINA
2/3

Beoordeling

Vastleggen verplichting creëren universitair onderwijs

4. Het vastleggen van de verplichting voor Panopticon om in het complex universitair onderwijs te realiseren is relatief eenvoudig. In de koopovereenkomst B-C kan een beding worden opgenomen waarbij Panopticon zich daartoe verbindt¹. Die verplichting zou dan moeten worden aangevuld met een verbod, eventueel versterkt met een dwangsom, om het Koepelcomplex (zonder expliciete voorafgaande toestemming van de gemeente) aan een opvolgende partij te vervreemden, zolang de functie universitair onderwijs niet is gerealiseerd.

Terugkrijgen controle over het complex als plan niet doorgaat

5. Teneinde het einddoel van de gemeente ten aanzien van het Koepelcomplex (te weten: het aldaar doen creëren van universitair onderwijs) te zekeren, althans teneinde te zekeren dat het complex weer in handen van de gemeente terugkomt als het plan niet doorgaat, dient in de koopovereenkomst tussen de gemeente en Panopticon een clause te worden opgenomen die ertoe strekt dat de gemeente weer eigenaar wordt van het Koepelcomplex, indien na verloop van een zekere, in de overeenkomst genoemde periode moet worden vastgesteld dat Panopticon er niet in is geslaagd om er universitair onderwijs in te creëren. Het is wel van belang dat dit op eenduidige wijze kan worden vastgesteld. Bijvoorbeeld door te koppelen aan het kunnen tonen van getekende (samenwerkings-)overeenkomsten tussen Panopticon en de benodigde universitaire instellingen.
6. Goederenrechtelijk is in dit verband de veiligste optie dat de levering B-C, met andere woorden de (definitieve) doorlevering van de eigendom van het complex door gemeente aan Panopticon, wordt aangehouden totdat duidelijk is dat het plan doorgang zal vinden. Dit zou bijvoorbeeld kunnen plaatsvinden met behulp van een zgn. 'Groninger akte': de doorlevering vindt dan plaats onder de ontbindende voorwaarde van de betaling van de koopprijs. Echter, naar wij hebben begrepen is uitstel van betaling van de koopprijs door Panopticon voor de gemeente niet aanvaardbaar (want de prijs die de gemeente bij de transactie A-B aan de Staat moet betalen, dient te worden gefinancierd uit de verkoopprijs bij de transactie B-C).

¹ In ons eerdere advies van 2 januari 2017 hebben wij aangegeven dat het niet raadzaam is om een bouwplicht ter zake in de overeenkomst op te nemen, aangezien daarmee het risico groter wordt dat de transactie als aanbestedingsplichtig kan worden beschouwd.

DATUM
23 januari 2017

DOSSIER
62.697

PAGINA
3/3

7. Het onvoorwaardelijk overdragen van het complex aan Panopticon en het creëren van een obligatoire verplichting van Panopticon om het complex terug te leveren ingeval het plan niet doorgaat, is riskant vanuit insolventieperspectief: als Panopticon in de tussentijd failliet zou gaan, kan de curator niet gedwongen worden aan de verplichting tot teruglevering te voldoen, en resteert voor de gemeente een schadevergoedingsvordering. De controle over het complex is zij dan goeddeels kwijt.
8. De oplossing zou kunnen zijn om het Koepelcomplex aan Panopticon door te leveren, met onmiddellijke betaling van de koopprijs doch onder de ontbindende voorwaarde dat Panopticon binnen een bepaalde termijn (bijvoorbeeld 2 jaar) het desbetreffende plan niet heeft verwezenlijkt. Nogmaals: dat moet dan uiteraard zo worden omschreven dat geen twijfel kan ontstaan of de voorwaarde al dan niet in vervulling is gegaan, maar dat is een kwestie van scherp formuleren.
9. Aan ons is nog de vraag gesteld of, ingeval het plan om universitair onderwijs te realiseren niet slaagt, de gemeente alsdan verplicht zou kunnen worden om het Koepelcomplex weer terug te nemen. Naar onze mening bestaat deze verplichting niet; in elk geval volgt dit niet uit de door de Staat voorgelegde Akte. Dit impliceert dat het de gemeente desgewenst vrij staat om met Panopticon overeen te komen dat, indien het plan voor universitair onderwijs niet slaagt, deze het complex anders mag ontwikkelen, mits binnen de kaders van de zgn. Nota van Ambities en Eisen van 14 juli 2016 (de **Nota**).
10. Indien van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt (m.a.w. indien dit aan de overeenkomst wordt toegevoegd) is het wel zaak om elke verleiding voor Panopticon om het oorspronkelijke plan te laten vallen, of in te ruilen tegen een (financieel aantrekkelijker) alternatief, weg te nemen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door een verrekenbeding op te nemen in de koopovereenkomst, waarbij hogere vierkante-meterprijzen door Panopticon moeten worden afgedragen indien andere functies worden gerealiseerd dan volgens het oorspronkelijke plan. Overigens dient deze meerwaarde dan wel aan de Staat te worden afgedragen krachtens het bepaalde in (art. 18 van) de Akte.
11. Tot zekerheid van de nakoming van de eventuele afdrachtverplichting als hiervoor bedoeld kan ten behoeve van de gemeente een (bij voorkeur: eerste) hypotheekrecht worden gevestigd op het Koepelcomplex. Een dergelijk hypotheekrecht beschermt dan bovendien tegen het risico dat het complex wordt overgedragen voordat de gewenste ontwikkeling heet plaatsgevonden.