

[JAAN2015/134 Gerechtshof Amsterdam, 07-04-2015 Spoedappel, Selectieprocedure voor de uitgifte van grond, Vrijwillige aanbesteding, Algemene beginselen aanbestedingsrecht, Toepassing beoordelingsmaatstaf Aanbestedingswet 2012, Vernietigbaarheid overeenkomst, Transparantie technische specificaties, Beoordelingswijze](#)

**Wetsbepaling(en):** [Aanbestedingswet 2012, BW BOEK 3 artikel 40](#)

**Ook gepubliceerd in:**

---



Aflevering 2015 afl. 5  
College Gerechtshof Amsterdam  
Datum 07 april 2015  
Rolnummer 200.163.233/01  
Rechter(s) mr.Meijer  
                  mr.De Bock  
                  mr.Van Harmelen  
Partijen De besloten vennootschap [appellante] te Amsterdam,  
                  advocaat mr. M.Ch. Pinto te Amsterdam,  
                  tegen  
                  de publiekrechtelijke rechtspersoon gemeente Amsterdam te Amsterdam,  
                  advocaat mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.  
**Noot** *mr. A.B.B. Gelderman*  
Trefwoorden Spoedappel, Selectieprocedure voor de uitgifte van grond, Vrijwillige  
                  aanbesteding, Algemene beginselen aanbestedingsrecht, Toepassing  
                  beoordelingsmaatstaf Aanbestedingswet 2012, Vernietigbaarheid  
                  overeenkomst, Transparantie technische specificaties, Beoordelingswijze  
Regelgeving Aanbestedingswet 2012  
                  BW Boek 3 - 40

**JAAN 2015/134 Gerechtshof Amsterdam,  
07-04-2015, 200.163.233/01,  
ECLI:NL:GHAMS:2015:1339  
Spoedappel, Selectieprocedure voor de  
uitgifte van grond, Vrijwillige  
aanbesteding, Algemene beginselen**

# **aanbestedingsrecht, Toepassing beoordelingsmaatstaf Aanbestedingswet 2012, Vernietigbaarheid overeenkomst, Transparantie technische specificaties, Beoordelingswijze**

## **»Samenvatting**

Gemeente Amsterdam organiseert voor de uitgifte van grond een selectieprocedure (Selectie Middensegment Ertskade Stadsdeel Oost), waarvoor Appellante is uitgenodigd.

Gunningscriteria zijn energieprestatie, financieel bod en buurtwaardering. Appellante, X en Y dienen een ontwerp in. Y komt als winnaar uit de selectieprocedure.

Appellante is het hier niet mee eens en start een kort geding. De voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Amsterdam 17 december 2014, nr. C/13/575874 / KG ZA 14-1436, n.n.g) wijst de vorderingen van Appellante af. De gemeente heeft de opdracht inmiddels definitief aan Y gegund. In hoger beroep vordert Appellante onder meer dat de gemeente geen verdere uitvoering mag geven aan de met Y gesloten overeenkomst.

## **Rechtsbescherming**

Het *hof* stelt voorop dat op de onderhavige selectieprocedure de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. De door de gemeente gekozen selectieprocedure vertoont op relevante onderdelen wel raakvlakken met een openbare overheidsaanbesteding en de gemeente stelt ook dat zij het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel – essentiële beginselen van het aanbestedingsrecht – heeft toegepast. Uit haar stellingen leidt het hof af dat Appellante eveneens vindt dat de procedure door het overheidsaanbestedingsrecht wordt geregeerd.. Bezien in deze context ziet het hof geen aanleiding om te concluderen dat in de rechtsverhouding tussen partijen een andere of verdergaande rechtsbescherming aan de orde is dan die waarop Appellante aanspraak zou hebben indien de onderhavige zaak aan de Aanbestedingswet 2012 zou zijn onderworpen. Het hof zal daarom bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen dezelfde maatstaf toepassen als die welke volgens zijn oordeel uit de systematiek van Aanbestedingswet 2012 voortvloeit.

## **Ingrijpen in tot stand gekomen overeenkomst**

In hoger beroep ligt vervolgens slechts de vraag voor of het hof dient in te grijpen in de tot stand gekomen overeenkomst en ter zake een ordemaatregel moet treffen. Daartoe zal het hof alleen overgaan indien Appellante als verliezende inschrijver in hoger beroep feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat die overeenkomst naar redelijke verwachting in een bodemgeschil op een wettelijke

grondslag (bijvoorbeeld op grond van art. 3:40 BW) vernietigd zal worden, dan wel dat de gemeente met het aangaan van de overeenkomst jegens de Appellante onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij daarbij misbruik van bevoegdheid maakt. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer zij de overeenkomst is aangegaan met klaarblijkelijke miskennen van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

Omdat niet blijkt dat sprake is van nietigheid van de tussen de gemeente en Y gesloten overeenkomst, onderzoekt het hof of de gemeente misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.

### **Grievens I en II: de dialoogeis**

Appellante betoogt met grief 1 dat de gemeente in de inschrijvingsbrochure een voorwaarde heeft gesteld die zij verplicht was te toetsen, hetgeen zij heeft nagelaten. Die voorwaarde was dat het te ontwerpen gebouw “een dialoog aangaat met de overige hoge gebouwen in het Oostelijk Havengebied” (de zogenoemde meteorieten). Met grief 2 voert Appellante verder aan dat de voorzieningenrechter bij de uitleg van de dialoogeis een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd.

Bij de uitleg van de inschrijvingsbrochure en daarmee samenhangende stukken dient – gelet op het doel waarvoor de documenten zijn opgesteld – een geobjectiverde uitlegmaatstaf te worden gehanteerd, in welk verband bijzondere betekenis toekomt aan de bewoordingen waarin de betreffende voorwaarden en bepalingen zijn vervat. Wat met “een dialoog aangaan” is bedoeld, is in enige mate verduidelijkt in het document “Beantwoording vragen Selectie Middensegment Ertskade”. Bij gebreke van verdere verduidelijking kan het hof tot geen ander oordeel komen dan dat de gemeente met de dialoogeis niet een concrete eis voor de vorm of het uiterlijk van het gebouw heeft willen stellen, maar een eis met een abstract en open karakter heeft willen formuleren (“passen bij”). Hoe abstracter de norm is geformuleerd, des te meer ruimte er is voor het oordeel dat een gebouw bij verschillende (reeksen van) gebouwen past, of daarvan een onderdeel vormt – “meteoriet” of niet. Er bestond in het ontwerp van X en Y voor de gemeente dan ook geen aanleiding deze op grond van de dialoogeis buiten de selectie te laten.

Van belang is wel óf het voldoen aan de dialoogeis wordt getoetst, nu de gemeente die eis nu eenmaal heeft gesteld. Het hof is met de gemeente van oordeel dat de gemeente gelet op de door haar beschreven gang van zaken daadwerkelijk toetst of aan de dialoogeis is voldaan. De grieven I en II falen.

### **Grief III: voldoen de inschrijvingen van X en Y aan het bestemmingsplan?**

Het hof is voorshands, met de gemeente, niet van oordeel dat de groenvoorzieningen op de te bebouwen kavel zoals deze zijn voorzien in de ontwerpen van X en Y, zonder meer strijdig zijn met het bestemmingsplan en dat deze inschrijvingen op die grond buiten de selectie moesten worden gehouden. Als X en Y daarbij de grenzen hebben opgezocht van wat binnen het bestemmingsplan mogelijk was om de – belangrijke – stem van de buurt te winnen, kan hen dat op zichzelf niet worden verweten. Dat zij die grenzen zouden hebben overschreden is naar voorlopig oordeel onvoldoende aannemelijk geworden.

Voor zover Appellante met grief III de gemeente nog ongelijke behandeling verwijt omdat de gemeente ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het ontwerp van Appellante in strijd is met het bestemmingsplan (omdat het in strijd met dat plan voorziet in commerciële voorzieningen op de eerste bouwlaag), heeft te gelden dat de gemeente het plan van Appellante desondanks toelaatbaar heeft geacht. Het verwijt van Appellante dat de twee andere inschrijvers suggesties hebben gedaan voor de ruimte buiten de kavel kan haar evenmin baten, nu ook zij dergelijke suggesties heeft gedaan. De gemeente heeft bovendien de bewoners erop gewezen dat deze suggesties geen onderdeel uitmaken van de stemming. Dat op deze punten van ongelijke behandeling sprake is geweest, is onvoldoende aannemelijk. Ook grief III faalt.

De slotsom luidt dat niet aannemelijk is geworden dat de gemeente bij het aangaan van een overeenkomst met Y misbruik van recht heeft gemaakt omdat sprake was van klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat betekent dat de vorderingen van Appellante niet voor toewijzing vatbaar zijn. Ook grief IV faalt.

Het hof bekrachtigt het vonnis waarvan beroep.

[beslissing/besluit](#)

## »Uitspraak

### *1. Het geding in hoger beroep*

Partijen worden hierna [appellante] en de gemeente genoemd.

[appellante] is bij dagvaarding van 13 januari 2015 onder aanvoering van grieven in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 17 december 2014, gewezen tussen [appellante] als eiseres en de gemeente als gedaagde. Op de eerst dienende dag heeft [appellante] overeenkomstig haar appeldagvaarding van grieven gediend.

De gemeente heeft daarop een memorie van antwoord met producties ingediend.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante] heeft geconcludeerd, onder verandering van haar eis, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog haar vorderingen zoals in de appeldagvaarding verwoord zal toewijzen, met beslissing over de proceskosten, met nakosten.

De gemeente heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten, met nakosten.

### *2. Feiten*

2.1 De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten opgesomd die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep

niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die zijn gebleken uit de niet (voldoende) weersproken stellingen van partijen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1.1. De gemeente heeft [appellante] uitgenodigd deel te nemen aan de “Selectie middensegment Ertskade Stadsdeel Oost”. Volgens de Inschrijfbrochure zoekt de gemeente “een marktpartij die binnen de kaders van het vigerende bestemmingsplan Borne/Sporenburg en het Kavelpaspoort Ertskade een programma met minimaal 70% aandeel middensegment wonen en parkeren gaat ontwikkelen”.

2.1.2. Het terrein waarop gebouwd moet gaan worden is thans onbebouwd en bij de buurt reeds geruime tijd in gebruik als (tijdelijk) speelveld, met vrij uitzicht op het water.

2.1.3. In de Inschrijfbrochure staat vermeld dat de beoordeling van de inschrijvingen plaatsvindt op basis van drie gunningscriteria: energieprestatie (max 20 punten), financieel bod (max 30 punten) en buurtwaardering (max 50 punten).

2.1.4. In paragraaf 5.2 van de Inschrijfbrochure, met als opschrift “Voorwaarden en uitgangspunten” staat het volgende:

“Het door de inschrijver op te stellen plan moet passen binnen het kavelpaspoort, het bestemmingsplan en de in het kader van deze selectie verstrekte selectiedocumenten”.

2.1.5. In het kavelpaspoort staat onder meer:

“Zorg ook dat het gebouw samen met de overige hoge gebouwen in het Oostelijkhavengebied (de meteorieten) een dialoog aan gaat.”

2.1.6. In het document “Beantwoording vragen Selectie Middensegment Ertskade” van 21 februari 2014 heeft de gemeente in antwoord op een vraag daarover schriftelijk te kennen gegeven dat met de meteorieten wordt bedoeld op de gebouwen die bekend staan als The Whale, Pacman, Kohlhoff blok KNSM en het kopgebouw in het Cruquiuswerkgebied. Het laatste gebouw is nog niet gerealiseerd. In hetzelfde document geeft de gemeente te kennen dat in het kader van de selectieprocedure geen professionele stedenbouwkundige toetsing plaatsvindt.

2.1.7. In de bij het bestemmingsplan behorende plankaart is de te ontwikkelen kavel aangegeven met de bestemming Woningen.

2.1.8. [appellante] heeft 15 juli 2014 bij de gemeenten een inschrijving ingediend. Het ontwerp van [appellante] betreft een getrappt vormgegeven gebouw met (op afstand van de bestaande bebouwing) een toren op het hoogste punt, waar nu nog water is. Naast [appellante] hebben [Y] en [X] een inschrijving ingediend. De ontwerpen [Y] en [X] betreffen woontorens, die slechts een gedeelte van de kavel beslaan.

2.1.9. Op 10 september 2014 heeft de gemeente alle drie inschrijvers laten weten dat de inschrijvingen niet aan de vereisten voldoen. De drie inschrijvers hebben vervolgens allen een nieuwe inschrijving gedaan. Deze voldeden volgens de gemeente wel.

2.1.10. In verband met de van de selectieprocedure deel uitmakende bewonerswaardering is op 30 oktober 2014 een bewonersavond georganiseerd waarop alle inschrijvers hun plannen aan de buurtbewoners konden presenteren. Bij brief van 13 oktober 2014 heeft de gemeente in dat verband aan onder andere [appellante] laten weten:

“Om te kunnen stemmen is het voor bewoners belangrijk de inzendingen goed met elkaar te kunnen vergelijken. De inzendingen die zij hebben ontvangen verschillen in de wijze waarop het plan is gepresenteerd. Deze zijn nu door bewoners niet goed met elkaar te vergelijken. Daarnaast zijn er bij alle inzendingen suggesties opgenomen voor de openbare ruimte rond het bouwblok. Aangezien dit suggesties zijn, is het niet de bedoeling dat bewoners op basis van deze beelden een keuze maken. Daarom ontvangen wij van u graag drie afbeeldingen van uw inzending gepositioneerd in de huidige situatie. Hierbij gaat het om een beeld (artimpresie) van het bouwblok vanuit een vogelvluchtperspectief, een afbeelding gezien vanaf de Ertskade en een afbeelding gezien vanaf Levantkade.”

2.1.11. In een brief van 16 oktober 2014 met als onderwerp “uitnodiging presentatie plannen Ertskade” heeft de gemeente de bewoners onder meer laten weten:

“De ontwikkelaars hebben uit de buurt ook verschillende ideeën voor de inrichting van de openbare ruimte meegekregen (bijvoorbeeld speelvoorzieningen) en hebben voor deze inrichting een aantal suggesties. Deze suggesties neemt het stadsdeel waar mogelijk mee in een voorlopig ontwerp voor de inrichting van de openbare ruimte. Over dit onderwerp wordt de buurt volgend jaar nader geïnformeerd. De huidige online verkiezing gaat puur over het gebouw.”

Deze zelfde tekst is vermeld op de webpagina over het Bouwplan Ertskade van de website van de gemeente, waar de bewoners kunnen stemmen op het ontwerp van hun keuze.

2.1.12. Op de bewonersavond is namens [X] het volgende verklaard:

“Wij hebben de opvatting die in het oerstedebouwkundige plan zit – die van een aantal meteorieten – die hebben we eigenlijk vertaald naar een andere situatie omdat wij werken met een toren. Wij denken dat er heel goed verwantschap kan gevonden worden in de torens die er al zijn”.

2.1.13. Namens [Y] is op de bewonersavond verklaard:

“En ja, het gebouw gaat de hoogte in. Dat klopt. Maar dat is wel passend bij alle andere hoogte-accenten in de omringende woontorens op de andere eilanden”.

2.1.14. [Y] is als winnaar van de selectieprocedure uit de bus gekomen. De gemeente heeft de opdracht inmiddels definitief aan [Y] gegund.

### ***3. Beoordeling***

3.1 In dit geding heeft [appellante] gevorderd dat (primair) de gemeente wordt geboden de kavel op de locatie Ertskade op Sporenburg uit te geven aan [appellante], (subsidiar) de gemeente wordt verboden deze kavel aan een ander dan [appellante] uit te geven en de inschrijvingen van [Y] en [X] terzijde te leggen, met rente en kosten. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. Daartoe overwoog hij dat mogelijk

wel sprake is van tekortschieten dan wel onrechtmatig handelen van de gemeente jegens [appellante] nu [appellante] op het verkeerde been is gezet, zodat de gemeente mogelijk aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade, maar dat de vorderingen van [appellante] in kort geding niet toewijsbaar zijn. De inschrijvingen van [Y] en [X] achtte de voorzieningenrechter niet zodanig in strijd met wat door de gemeente gevraagd was, dat de gemeente verplicht zou zijn de inschrijvingen om die reden als ongeldig buiten beschouwing te laten.

3.2 Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellante] met haar grieven op. In hoger beroep heeft [appellante] haar vorderingen gewijzigd, in dier voege dat zij nu ook vordert dat de gemeente wordt geboden de geldigheid van de inschrijving opnieuw te controleren, haar wordt verboden de kavel uit te geven alvorens zij daarvoor een transparante en non-discriminatoire procedure heeft doorlopen (waaraan [appellante] gelegenheid wordt geboden deel te nemen), de gemeente wordt verboden verder uitvoering te geven aan de ontstane of gesloten overeenkomst met [Y], dan wel haar wordt geboden deze overeenkomst op te zeggen, dan wel dat iedere maatregel wordt getroffen die het hof geraden voorkomt.

3.3 Bij de beoordeling van de vraag naar de rechtsbescherming van [appellante] en de toewijsbaarheid van haar vorderingen in het hoger beroep stelt het hof het volgende voorop.

#### 3.3.1.

De Inschrijfbrochure bepaalt in paragraaf 2.7 dat een inschrijver die bezwaar wenst te maken tegen enig onderdeel van de procedure of een beslissing van de gemeente, dat moet doen door binnen 15 dagen een kort geding aanhangig te maken bij de bevoegde rechtbank. Paragraaf 4.2 bepaalt over de procedure na gunning dat een bouwovereenkomst tot stand komt met de winnende inschrijver, onder het voorbehoud dat daartegen geen bezwaar wordt ingesteld door een andere partij binnen genoemde 15 dagen. Uit deze bewoordingen valt niet eenduidig af te leiden dat het de gemeente, na een voor haar gunstige uitspraak in kort geding, niet vrij zou staan om definitief (dus: onvoorwaardelijk) met de winnende inschrijver te contracteren.

#### 3.3.2.

De onderhavige selectieprocedure van de gemeente strekt tot uitgifte van gronden in erfpacht. Daarop is de Aanbestedingswet niet van toepassing. De door de gemeente gekozen selectieprocedure vertoont op relevante onderdelen wel raakvlakken met een openbare overheidsaanbesteding en de gemeente stelt ook dat zij het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel – essentiële beginselen van het aanbestedingsrecht – heeft toegepast. Uit haar stellingen leidt het hof af dat [appellante] de procedure ook als door het overheidsaanbestedingsrecht geregeerd beschouwt. Bezien in deze context ziet het hof geen aanleiding om te concluderen dat in de rechtsverhouding tussen partijen een andere of verdergaande rechtsbescherming aan de orde is dan die waarop [appellante] aanspraak zou hebben indien de onderhavige zaak aan de Aanbestedingswet zou zijn onderworpen. Het hof zal daarom bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen van [appellante] dezelfde maatstaf toepassen als die welke volgens zijn oordeel uit de systematiek van Aanbestedingswet voortvloeit.

#### 3.3.3.

Dat betekent, gegeven dat de gemeente na het voor haar gunstige vonnis van de voorzieningenrechter definitief aan [Y] heeft gegund, dat in hoger beroep slechts de vraag voorligt of het hof dient in te grijpen in de tot stand gekomen overeenkomst en ter zake een ordemaatregel moet treffen. Daartoe zal het hof alleen overgaan indien [appellante] als verliezende inschrijver in hoger beroep feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat die overeenkomst naar redelijke verwachting in een bodemgeschil op een wettelijke grondslag (bijvoorbeeld op grond van artikel 3:40 BW) vernietigd zal worden, dan wel dat de gemeente met het aangaan van de overeenkomst jegens de [appellante] onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij daarbij misbruik van bevoegdheid maakt. Dat zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer zij de overeenkomst is aangegaan met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.

3.4 Dat sprake is van nietigheid van de tussen de gemeente en [Y] gesloten overeenkomst is door [appellante] niet gesteld en is evenmin gebleken. Het hof zal daarom onderzoeken of hetgeen [appellante] met haar grieven aanvoert tot het oordeel leidt dat de gemeente misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.

3.5 [appellante] heeft met grief 1 allereerst betoogd dat de gemeente een voorwaarde heeft gesteld die zij verplicht was te toetsen, hetgeen zij heeft nagelaten. De voorwaarde betreft de onder 2.1.5 aangehaalde zinsnede dat het te ontwerpen gebouw “een dialoog aangaat met de overige hoge gebouwen in het Oostelijkhavengebied (de meteorieten)” (hierna: “de dialoogeis”). Volgens [appellante] voldeden de ontwerpen van [Y] en [X] op het moment van indiening van de inschrijving niet aan deze eis, omdat uit hun ontwerpen (en de daarop getrokken verbindingslijnen) blijkt dat deze (mede) een dialoog aangaan met andere hoge gebouwen dan die, welke door de gemeente als “meteorieten” zijn betiteld. Ook uit hun presentaties blijkt dat zij zich op andere gebouwen dan de meteorieten hebben gericht. Met grief 2 voert [appellante] verder aan dat de voorzieningenrechter bij de uitleg van de dialoogeis een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd.

3.6 Bij de uitleg van de Inschrijvingsbrochure en daarmee samenhangende stukken dient – gelet op het doel waarvoor de documenten zijn opgesteld – een geobjectiverde uitlegmaatstaf te worden gehanteerd, in welk verband bijzondere betekenis toekomt aan de bewoordingen waarin de betreffende voorwaarden en bepalingen zijn vervat. Wat met “een dialoog aangaan” is bedoeld, is in enige mate verduidelijkt in het document “Beantwoording vragen Selectie Middensegment Ertskade”. Vraag 36 heeft betrekking op de criteria die gelden ten aanzien van deze dialoog (bijv. minimale bouwhoogte, de stedenbouwkundige uitgangspunten West 8). Het antwoord van de gemeente luidt: “Met dialoog wordt bedoeld dat het gebouw moet passen in deze reeks van bijzondere gebouwen. Het nieuwe gebouw dient een onderdeel hiervan te vormen”. Concrete aanwijzingen (bijvoorbeeld met betrekking tot de afmetingen, het model of de vorm van het gebouw) worden niet gegeven. De gemeente geeft verder aan dat het kavel behoort bij de “sculpturale superblokken” (vraag 38). Het antwoord op de vraag (vraag 39) wat zij daaronder verstaat luidt “Dit dient men zelf te interpreteren. De Whale en het Kohlhoffgebouw zijn hier geslaagde voorbeelden van”. Bij gebreke van verdere verduidelijking kan het hof tot geen ander oordeel komen dan dat de gemeente met de dialoogeis niet een concrete eis ter zake de vorm of het uiterlijk van het gebouw heeft willen stellen, maar een eis met een abstract en open karakter heeft willen formuleren (“passen bij”). Tegen die achtergrond hoeft, ook indien, zoals [appellante] betoogt, de meteorieten gebouwen zijn die meer lang/breed zijn dan hoog, toepassing van de dialoogeis op zichzelf niet mee te brengen dat het ontwerp eveneens meer lang/breed moet



zijn (zoals [appellante] vervolgens bepleit). Het hof volgt [appellante] dan ook niet in haar opvatting dat een toren (zoals [Y] en [X] hebben ontworpen) alleen al daardoor nimmer “in dialoog met de meteorieten” kan zijn; temeer niet, omdat het door [appellante] ontworpen gebouw eveneens een toren heeft. Evenmin volgt het hof [appellante] waar zij aanvoert dat als een ontwerp beoogt ook met andere gebouwen dan de meteorieten “een dialoog aan te gaan”, zulks a priori uitsluit dat (ook) met de meteorieten een dialoog wordt aangegaan. Hoe abstracter de norm (zoals in deze zaak) is geformuleerd, des te meer ruimte er immers is voor het oordeel dat een gebouw bij verschillende (reeksen van) gebouwen past, of daarvan een onderdeel vormt – “meteoriet” of niet. Er bestond in het ontwerp van [Y] en [X] voor de gemeente dan ook geen aanleiding deze op grond van de dialoogeis buiten de selectie te laten.

3.7 Van belang is wel óf het voldoen aan de dialoogeis wordt getoetst, nu de gemeente die eis nu eenmaal heeft gesteld. Daarover heeft de gemeente onweersproken het volgende aangevoerd. Het voldoen aan de voorwaarden en uitgangspunten van de Inschrijfbrochure wordt primair getoetst door van de inschrijvers ondertekening van de Eigen Verklaring te vragen. Verder betreffen de inschrijvingen een voorlopig ontwerp, waarvan het stadsdeel tevoren toetst of deze aan het bestemmingsplan (kunnen) voldoen (om te voorkomen dat een ontwerp wordt gekozen dat vervolgens niet binnen het bestemmingsplan blijkt te passen). Van het winnende voorlopig ontwerp zal een definitief ontwerp moeten worden gemaakt, waarna een omgevingsvergunning moet worden aangevraagd. In het kader van die vergunningverlening toetst een onafhankelijke welstandscommissie of het ontwerp past bij de omgeving en voldoet aan de welstandscriteria. In het kader van de selectie vindt evenwel slechts een stedenbouwkundige toets door de buurt plaats, zoals ook is medegedeeld bij de beantwoording van de vragen 40, 41 en 42.

3.8 Het hof is met de gemeente van oordeel dat gelet op de door haar beschreven gang van zaken daadwerkelijk wordt getoetst of aan de dialoogeis is voldaan. De grieven I en II falen daarom.

3.9 Met grief III voert [appellante] aan dat de inschrijvingen van [Y] en [X] niet aan het bestemmingsplan voldoen. Zij hebben volgens [appellante] openbaar groen voorzien op een (onbebouwd) deel van de kavel dat bestemd is voor “woningen” en waar, vanwege het ontbreken van nadere aanduidingen op de kavel, openbare ruimten (waaronder openbaar groen) wordt uitgesloten. [Y] en [X] maken daarbij bovendien geen onderscheid tussen het groen op de kavel en het openbaar groen daarbuiten. Daardoor hebben [Y] en [X] de bewoners (die de voorkeur zullen geven aan een ontwerp waarmee zoveel mogelijk openbaar groen op de locatie wordt behouden) misleid en hadden hun ontwerpen buiten de selectie moeten worden gehouden. Als gebruik van ruimte als “openbare tuin” slechts op grond van het overgangsrecht toegestaan is onder het vigerend bestemmingsplan, is een ontwerp waarbinnen van dat gebruik sprake is, niet in overeenstemming met het bestemmingsplan.

3.10 Volgens de gemeente passen de ontwerpen na een eerste globale beoordeling wel in het bestemmingsplan, omdat op de kavel tuinen (lijken te) zijn ingetekend waarvan de eigenaar kan besluiten deze open te stellen voor het publiek, maar ook kan besluiten er een hek voor of omheen te plaatsen. Openbaar gebruik van de bestemming tuin is in beginsel niet in strijd met het bestemmingsplan. De gemeente heeft daarbij benadrukt dat het om voorlopige ontwerpen gaat (waarbij nog niet duidelijk is of het een openbare tuin wordt, of een tuin voor uitsluitend de bewoners) en dat haar toets ook een eerste voorlopige (en gelet op het

stadium van de procedure, enigszins welwillende) toets is; volledige zekerheid dat aan het bestemmingsplan wordt voldaan kan pas na indiening van het definitieve ontwerpen worden verkregen.

3.11 Het hof is voorshands van oordeel, met de gemeente, dat er niet vanuit kan worden gegaan dat de groenvoorzieningen op de te bebouwen kavel zoals deze zijn voorzien in de ontwerpen van [Y] en [X] zonder meer strijdig zijn met het bestemmingsplan en dat deze inschrijvingen op die grond buiten de selectie moesten worden gehouden. Als [Y] en [X] daarbij de grenzen hebben opgezocht van wat binnen het bestemmingsplan mogelijk was om de – belangrijke – stem van de buurt te winnen, kan hun dat op zichzelf niet worden verweten. Dat zij die grenzen zouden hebben overschreden is naar voorlopig oordeel onvoldoende aannemelijk geworden.

3.12 Voor zover [appellante] met grief III de gemeente nog ongelijke behandeling verwijt omdat de gemeente ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het ontwerp van [appellante] in strijd is met het bestemmingsplan (omdat het in strijd met dat plan voorziet in commerciële voorzieningen op de eerste bouwlaag), heeft te gelden dat de gemeente het plan van [appellante] desondanks toelaatbaar heeft geacht. Het verwijt van [appellante] dat de twee andere inschrijvers suggesties hebben gedaan voor de ruimte buiten de kavel kan [appellante] evenmin baten, nu ook [appellante] dergelijke suggesties heeft gedaan. De gemeente heeft bovendien de bewoners erop gewezen dat deze suggesties geen onderdeel uitmaken van de stemming. Dat op deze punten van ongelijke behandeling sprake is geweest, is mitsdien onvoldoende aannemelijk geworden. Ook grief III faalt.

3.13 De slotsom luidt dat niet aannemelijk is geworden dat de gemeente bij het aangaan van een overeenkomst met [Y] misbruik van recht heeft gemaakt omdat sprake was van klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Dat betekent dat de vorderingen van [appellante] niet voor toewijzing vatbaar zijn. Ook grief IV faalt.

3.14 Het vonnis waarvan beroep zal dan ook worden bekrachtigd. [appellante] zal als in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

## ***4. Beslissing***

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de gemeente begroot op € 711 aan verschotten en € 894 voor salaris, te vermeerderen met € 68 voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling(en) en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

**»Annotatie**

De Aanbestedingswet 2012 is niet van toepassing op gronduitgiftes door gemeenten. Een gronduitgifte zal immers (doorgaans) niet kunnen worden gekwalificeerd als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht of concessie. Toch dienen gemeenten waakzaam te zijn wanneer zij op aanbestedingsprocedures gelijkende procedures organiseren rondom de uitgifte van grond. In dat geval kunnen gemeenten verplicht zijn de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen in acht te nemen én gelden de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels. Dit blijkt uit drie recente uitspraken van het Gerechtshof en de Rechtbank Amsterdam. [\[noot:1\]](#)

Wat de drie uitspraken met elkaar gemeen hebben is dat de door de gemeente Amsterdam georganiseerde selectieprocedures rondom de uitgifte van grond in erfpacht niet kunnen worden gekwalificeerd als aanbestedingsprocedures als bedoeld in de Aanbestedingswet 2012. Toch kunnen de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn op een dergelijke procedure. Daarvoor is volgens de uitspraken van belang of de gevolgde procedure gelijkenissen vertoont met een aanbestedingsprocedure en of de gemeente (daardoor) bij de (potentiële) inschrijvers de verwachting heeft gewekt dat zij deze beginselen in acht zal nemen. [\[noot:2\]](#) Als de gemeente die verwachting heeft gewekt, of erkent dat zij conform deze beginselen handelt, dan zijn de aanbestedingsrechtelijke beginselen van toepassing en kan de inschrijver daar in rechte een beroep op doen. In dat geval ziet het gerechtshof bovendien aanleiding om de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels van toepassing te verklaren en om dezelfde juridische maatstaf te hanteren als die uit de systematiek van de Aanbestedingswet 2012 voortvloeit. Zo past het gerechtshof de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels toe die gelden in situaties dat een inschrijver de rechter verzoekt in te grijpen in een reeds gesloten overeenkomst. Daarnaast blijkt de rechtbank gevoelig voor een aanbestedingsrechtelijk Grossmann-verweer van de gemeente.

### **Toepasselijkheid van beginselen in “tenderprocedures”**

De les dat de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen ook van toepassing zijn in het kader van selectie- / ontwikkelprocedures als de onderhavige verbaast niet. Er zijn reeds voorbeelden in de jurisprudentie waaruit blijkt dat gemeenten bij het organiseren van op aanbestedingsprocedures gelijkende procedures gehouden zijn om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur én de aanbestedingsrechtelijke kernbeginselen in acht te nemen. [\[noot:3\]](#) Daarnaast is het inachtnemen van deze beginselen in het kader van gronduitgiftes door gemeenten ook om staatssteunrechtelijke redenen verstandig. Uit de recente (concept) Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip staatssteun blijkt namelijk duidelijk dat openbare instanties, zoals gemeenten, deze beginselen ook om staatssteunrechtelijke redenen in acht moeten nemen bij (op aanbestedingsprocedures lijkende) “tenderprocedures”. De Mededeling bepaalt:

*“Indien de aan- en verkoop van activa, goederen en diensten (of andere vergelijkbare transacties) plaatsvindt volgens een open, transparant, voldoende aangekondigde, niet-discriminerende en onvoorwaardelijke tenderprocedure, in overeenstemming met de*

*beginselen van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten (zelfs in gevallen waarin die betrokken richtlijnen niet als dusdanig van toepassing zijn), mag worden aangenomen dat die transacties marktconform zijn. [noot:4]”*

Laten gemeenten het na de beginselen te respecteren in het kader van op aanbestedingsprocedures lijkende tenderprocedures, dan lopen zij een groter risico om niet-marktconforme transacties aan te gaan, met alle staatssteunrechtelijke risico's van dien. Hoewel deze mededeling van de Europese Commissie nog niet definitief is vastgesteld, is de redenering van de Commissie mijns inziens zeker steekhoudend te noemen, zodat niet goed valt in te zien waarom de Mededeling op dit punt grote wijzigingen zal ondergaan.

Dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen voor gemeenten van toepassing zijn in het kader van op aanbestedingsprocedures gelijkende procedures is een juridisch zuivere conclusie. Vraag is wel welke juridische maatstaf geldt, indien sprake is van een selectieprocedure die slechts in beperkte mate lijkt op een aanbestedingsprocedure. Mogen de (potentiële) inschrijvers ook dan verwachten dat een gemeente desalniettemin de beginselen toepast? En is het een gemeente überhaupt toegestaan om de toepasselijkheid van de beginselen uit te sluiten in het kader van meer en minder op aanbestedingsprocedures gelijkende procedures? Gesteld kan worden dat zulks onder geen beding toelaatbaar is, omdat het uitsluiten van de toepasselijkheid van de beginselen in een selectieprocedure een gemeente in wezen een vrijbrief zou geven om willekeurig te handelen. Gesteld zou daarom kunnen worden dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen altijd van toepassing zijn, wanneer een gemeente (of een andere openbare instantie) een procedure organiseert waarin de (potentiële) inschrijvers met elkaar kunnen concurreren. De vraag of er een gerechtvaardigd vertrouwen is dat de beginselen worden toegepast, zou in die situaties in mijn optiek achterwege kunnen blijven en is slechts relevant in situaties waarin niet-aanbestedingsplichtige instellingen een op een aanbestedingsprocedure gelijkende procedure organiseren. [noot:5] Of deze stelling houdbaar is, zal moeten blijken.

### **Analoge toepassing aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels**

Aan de analoge toepassing van de aanbestedingsrechtelijke rechtsbeschermingsregels in procedures die op aanbestedingsprocedures lijken, zitten voor- en nadelen. Groot voordeel is de rechtszekerheid voor rechtzoekenden. Inschrijvers weten bij een analoge toepassing waar zij aan toe zijn en op welke rechten zij een beroep kunnen doen, bijvoorbeeld om een door de gemeente Amsterdam gesloten overeenkomst juridisch aan te tasten. Nadeel is dat momenteel niet voldoende duidelijk is welke regels niet en welke regels wél analoog moeten worden toegepast en in welke mate. Dient de rechtsbeschermingstermijn in procedures die op aanbestedingsprocedures lijken ook twintig dagen te zijn of is een kortere termijn toegestaan? Aan welke voorwaarden dient een aankondiging van een op een aanbestedingsprocedure lijkende procedure te voldoen? En dient een gemeente – conform art. 1.5 Aanbestedingswet 2012 – bij een selectieprocedure voor de uitgifte van grond rekening te houden met de belangen van bouwbedrijven en projectontwikkelaars uit het midden- en kleinbedrijf? Daar waar een analoge toepassing dus enerzijds leidt tot

rechtszekerheid, kan een gedeeltelijke analoge toepassing eveneens tot rechtsonzekerheid leiden.

mr. A.B.B. Gelderman, Advocaat bij Menzis

## »Voetnoten

[\[1\]](#)

Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1339, «JAAN» 2015/134; Vزر. Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:N:RBAMS:2015:2968, «JAAN» 2015/160 en Vزر. Rb. Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:N:RBAMS:2015:3654, «JAAN» 2015/161.

[\[2\]](#)

Hoewel in de uitspraken niet naar jurisprudentie van de Hoge Raad wordt verwezen, blijkt dit onder meer ook uit HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC), «JAAN» 2013/111.

[\[3\]](#)

Zie voor een sprekend voorbeeld de zaak “Noordwijk”: Gerechtshof Den Haag 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080.

[\[4\]](#)

[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/draft\\_guidance\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_nl.pdf)

[\[5\]](#)

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC), «JAAN» 2013/111.