

TBR 2024/61

Rechtbank Gelderland, 19-2-2024, No. C/05/430192 / KZ ZA 24-2, [ECLI:NL:RBGEL:2024:829](#) (Selectiecriteria verkoop waterzuiveringsinstallatie waterschap Rijn en IJssel)

(Mr. A.J.J.M. Weijnen)

BW: art. 3:14

Didam-arrest, objectief, toetsbaar en redelijk selectie criterium, motivering gunningsbeslissing:

Met noot J. Wieland, Red.

2. De feiten

2.1. Stichting Boomwortel is een langetermijnbelegger en ontwikkelaar.

2.2. Het Waterschap is in mei 2023 een openbare verkoopprocedure gestart in verband met de voorgenomen verkoop van haar voormalige waterzuiveringsinstallatie aan de [adres+plaats] (hierna: het object). De informatie over het object en de verkoopprocedure is opgenomen in een verkoopbrochure en een biedboek. In het biedboek is, voor zover in deze zaak relevant, het volgende vermeld:

'Uitgangspunt van deze verkoopprocedure voor het Waterschap is het selecteren van een gegadigde met het beste bod in combinatie met het plan voor gebruik van de onroerende zaak. (...)

1.3 **Mogelijkheden gebruik: het bestemmingsplan**

Op basis van het geldende bestemmingsplan Stedelijk gebied – 2021 is een enkelbestemming Bedrijf mogelijk voor nummer 11 en Wonen alsmede tuin voor nummer 13 en 13a. Het geldende bestemmingsplan vormt derhalve het juridisch planologisch kader voor het gebruik van de locatie. (...)

Eventuele benodigde aanpassingen van het bestemmingsplan en het verkrijgen van een omgevingsvergunning is volledig voor rekening en risico van de inschrijver en kan als ontbindende voorwaarde onderdeel uitmaken van de bieding.

1.5 **Inschrijvingen** (...)

Het voorgenomen gebruik dan wel de functie moet passend zijn binnen het beleid van de gemeente Doetinchem. Voor een nadere omschrijving van het beleid wordt verwezen naar Hoofdstuk 3 van dit biedboek en de bijbehorende bijlagen. Plannen die niet voldoen aan het bestemmingsplan worden niet per definitie uitgesloten. Eventuele ruimtelijke risico's zijn voor rekening en risico van de koper. (...)

1.7 **In te dienen stukken**

De inschrijving kan uitsluitend geschieden door het indienen van:

- *Het volledig ingevulde inschrijfformulier (bijlage 1) met daarop o.a. het financieel bod en de handtekening van de inschrijver, en*

- Ruimtelijk en functioneel plan (schetsontwerp) waarin duidelijk vermeld wordt voor welk gebruik/functie de inschrijver de onroerende zaak wil aanwenden, en
- Het schetsontwerp waarin een korte tekstuele beschrijving van de planopzet. (...)

1.9 **Gunningscriteria en -procedure**

Waterschap Rijn en IJssel heeft als doelstelling het pand te verkopen aan een partij met het beste bod in combinatie met het plan voor gebruik van de onroerende zaak. Voor de beoordeling van de inschrijvingen worden daartoe een aantal criteria gehanteerd o.a. een toekomstige functie en gebruik die bijdraagt aan de ambitie en verlevendiging van de stad respectievelijk de omgeving. Het voorgenomen gebruik van het pand moet passen binnen het beleid van de gemeente. Gezien het belang van deze bijzondere locatie voor de stad Doetinchem hecht het Waterschap waarde aan de toekomstige invulling. Daarbij zijn bij de beoordeling de volgende criteria van toepassing:

1. Hoogte van het bod;
2. Het plan moet een positieve bijdrage leveren aan de omgeving met name langs de [straat 1] en de [straat 2] ;
3. Het initiatief moet passen in het beleid van de gemeente voor het gebied.

Beoordeling

Voor de (voorlopige) gunning is de beoordeling van zowel de opbrengst als het bijbehorend plan voor het gebruik en de functie van het gebied van doorslaggevend belang. De beoordeling van de inschrijvingen zal gedaan worden door een beoordelingscommissie bestaande uit vertegenwoordiging het Waterschap Rijn en IJssel en het verkopend makelaarskantoor. De (voorlopige) gunning bevat geen beoordeling op definitieve haalbaarheid dan wel toezeggingen over haalbaarheid in een publiekrechtelijk kader.

De beoordelingscommissie weegt de gunningscriteria welke leiden tot een totaalafweging. Het advies wordt voorgelegd aan het bestuur van het waterschap Rijn en IJssel, waarna het dagelijks bestuur van het Waterschap besluiten over de (voorlopige) gunning.

Alle partijen die zich hebben ingeschreven ontvangen per e-mail bericht over het besluit van de (voorlopige) gunning. De inschrijving van partijen wordt evenals de door hen ingediende stukken gedurende de verkoopprocedure vertrouwelijk behandeld.

Binnen 20 dagen na bekendmaking/publicatie van de (voorlopige) gunning kan door degene die het niet eens is met de voorgenomen gunning om een voorziening worden gevraagd bij de president van de rechtbank. (...)

3.1 **Ruimtelijk beleid**

De Gemeente Doetinchem heeft de afgelopen jaren een notitie opgesteld ten aanzien van het ruimtelijk beleid alsmede de herziene woonvisie.

- Meerjaren perspectief ontwikkellocaties 2020

- Woonvisie Gemeente Doetinchem 2023-2026

Deze stukken zijn beschikbaar in de dataroom.'

2.3. Stichting Boomwortel heeft zich voor 30 juni 2023 ingeschreven zonder plan.

2.4. Per brief van 14 november 2023 meldt (de makelaar van) het Waterschap aan Stichting Boomwortel dat een herstelprocedure wordt opgestart in verband met een omissie in de verkoopbrochure en het biedboek. Er zou strijdige informatie zijn gegeven over de mogelijkheid om een onvoorwaardelijke inschrijving te kunnen doen. De biedprocedure is voor partijen die zich als geïnteresseerde hadden gemeld daarom opnieuw opengesteld tot 24

november 2023 te 12.00 uur. Partijen die reeds een plan hadden ingediend konden hun inschrijving verbeteren, handhaven of terugtrekken. Het biedboek is op bepaalde punten aangepast, maar de onder 2.2 geciteerde tekst is (behoudens dat er onder het kopje 'Beoordeling' in plaats van gunning telkens is vermeld: (voorlopige) gunning) niet veranderd.

2.5. Stichting Boomwortel heeft zich tijdig opnieuw ingeschreven met een plan. Stichting Boomwortel heeft samengevat drie biedingen gedaan; € 806.000,00 as is met 0 verwachtingen van de verkoper, € 1.106.000,00 waarbij verkoper garandeert dat er een toegangsweg vanuit de [straat 3] kan worden gemaakt en € 1.511.000,00 waarbij de verkoper garandeert dat er een toegangsweg vanuit de [straat 3] kan worden gemaakt en waarbij de verkoper voor eigen rekening een plan maakt om hier een bedrijfsmatige hal op te bouwen van minimaal 8000 m2. Ten aanzien van het doel heeft Stichting Boomwortel het volgende aangegeven: 'Onze verwachting is om een groot gedeelte te gaan gebruiken voor een sport en/of bedrijfsmatige belegging'.

2.6. Het plan dat Stichting Boomwortel heeft ingediend bevat de volgende motivatie:

'Motivatie:

Stichting Boomwortel wil deze locatie als lange termijn belegging kopen. Bij dit plan zal eerst worden afgestemd met de gemeente en het Waterschap wat de wensen en mogelijkheden zijn. De uiteindelijke nieuwbouw zal een meerwaarde en toevoeging zijn voor de bewoners van Doetinchem en omgeving. In dit bestand zijn een aantal van de meerdere mogelijke plannen geschetst als idee.'

Bijgevoegd heeft Stichting Boomwortel een tekening en een 3d impressie van een city hub en een tekening en een 3d impressie van sport en leisure gebouwen op het object.

2.7. Op 20 december 2023 heeft Stichting Boomwortel bericht ontvangen dat haar inschrijving niet als beste inschrijving is beoordeeld. Als motivatie heeft het Waterschap verwezen naar onderstaande tabel:

Stichting Boomwortel is inschrijver nummer 3.

Inschrijver	Kwalificeert	Beoordeling prijs	Bijdrage omgeving	Past in ruimtelijk beleid gemeente	Opmerkingen	Oordeel
1	ja	625.000,00 kk	+	+	Beste uitgewerkt plan	Voorlopige gunning
2	ja	410.000,00 kk	+	+	Summier plan, Voorwaarde financiering	Voorlopig niet gegund
3	ja	806.000,00 kk	-	-	Uitwerking onvoldoende/ onduidelijk toekomstig gebruik	Voorlopig niet gegund
		1.106.000,00 kk	-	-	Uitwerking onvoldoende/ onduidelijk toekomstig gebruik. Garantie toegangsweg vrachtwagens	Voorlopig niet gegund
		1.511.000,00 kk	-	-	Voorwaarde dat WRU uitwerking plan bedrijfsaal verzorgd. Garantie toegangsweg vrachtwagens.	Voorlopig niet gegund
4	nee	523.333 kk			Geen plan ingediend	Niet gegund
5	nee	561.000 kk			Geen plan ingediend	Niet gegund
6	nee	635.000 kk			Geen uitgewerkt plan	Niet gegund
7	nee	851.000 kk			Geen uitgewerkt plan	Niet gegund
8	nee	500.100 kk			Geen plan ingediend	Niet gegund

3 Het geschil

3.1. Stichting Boomwortel vordert - samengevat - dat de voorzieningenrechter bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. Het Waterschap verbiedt uitvoering te geven aan de (voorlopige) gunningsbeslissing van 20 december 2023 ten aanzien van het object.

II. Het Waterschap gebiedt de (voorlopige) gunningsbeslissing van 20 december 2023 ten aanzien van het object

in te trekken.

III. *Primair*

Het Waterschap gebiedt, voor zover zij het object nog wil verkopen, deze aan Stichting Boomwortel te verkopen.

Subsidiair

Het Waterschap gebiedt over te gaan tot een nieuwe selectieprocedure voor de gunning van de verkoop van het object, waarbij wordt voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, althans het gelijkheidsbeginsel.

Meer subsidiair

Het Waterschap gebiedt over te gaan tot het vormen van een nieuwe beoordelingscommissie waarin ten minste één van de leden wordt vervangen door een nieuw lid, alsmede hertoetsing van de inschrijving die zij heeft ontvangen naar aanleiding van de selectieprocedure voor de gunning van de voorgenomen verkoop van het object en daarbij de wijze van hertoetsing en beoordeling van de inschrijving volledig inzichtelijk te maken, althans zodanig uit te voeren dat daarmee wordt voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, althans het gelijkheidsbeginsel.

Meest subsidiair

Het Waterschap gebiedt over te gaan tot hertoetsing van de inschrijvingen die zij heeft ontvangen naar aanleiding van de selectieprocedure voor de gunning van de voorgenomen verkoop van het object en daarbij de wijze van hertoetsing en beoordeling van de inschrijvingen volledig inzichtelijk te maken, althans zodanig uit te voeren dat daarmee wordt voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, althans aan het gelijkheidsbeginsel.

IV. Met veroordeling van het Waterschap in de proceskosten.

3.2. Stichting Boomwortel legt aan de vordering het volgende ten grondslag.

3.3. Het Waterschap heeft bij de selectieprocedure niet voldaan aan het gelijkheidsbeginsel. De tijdsplanning was veel te kort, de selectiecriteria zijn onduidelijk en een toereikende motivering van de gunningsbeslissing ontbreekt. Het Waterschap handelt daarmee in strijd met de algemene beginselen van bestuur waardoor de gunningsbeslissing op grond van artikel 3:14 van het Burgerlijk Wetboek (BW) niet in stand kan blijven. Op de onderliggende motivering van voorgaande stellingen door Stichting Boomwortel wordt bij de beoordeling nader ingegaan.

3.4. Het Waterschap voert verweer. Het Waterschap concludeert tot niet-ontvankelijkheid van Stichting Boomwortel, dan wel tot afwijzing van de vorderingen van Stichting Boomwortel, met uitvoerbaar bij voorraad te verklaren veroordeling van Stichting Boomwortel in de kosten van deze procedure.

3.5. Het Waterschap voert het volgende aan. Stichting Boomwortel heeft ruim voldoende tijd gehad. In eerste instantie heeft Stichting Boomwortel zes weken de tijd gehad. Deze termijn is door de herstelprocedure verlengd met tien dagen. In die tijd had Stichting Boomwortel voldoende de mogelijkheid om een uitgewerkt plan in te dienen en vragen te stellen. De criteria zijn voldoende duidelijk. Het criterium onder 2 is bewust opengehouden omdat het juist aan de inschrijvers is om hun ideeën hierover te geven, voor ruimtelijke activiteiten die een positieve impuls geven aan het betrokken gebied en zonder dat het Waterschap hier vooraf kaders voor stelt. Dit gunningscriterium daagt hen hiertoe uit. Dit betekent dat het Waterschap zal moeten motiveren waarom de ene inschrijving een meer positieve uitstraling heeft dan de andere. Maar dit maakt het criterium niet te subjectief om

toe te passen. Omdat het plan van Stichting Boomwortel niet was uitgewerkt kon ook niet meer motivatie worden gegeven dan door het Waterschap is gedaan. Criterium 3 is eveneens voldoende duidelijk. Het ruimtelijk kader waaraan een plan door de gemeente zal worden getoetst is het omgevingsplan en de daarin opgenomen regels zijn bij uitstek toetsbaar. Voor zover het initiatief niet past binnen het omgevingsplan kan daarvoor een ontheffing worden aangevraagd. Voor de beoordeling van de ontheffing geldt in veel gevallen beleid zoals in het geval van woonbestemmingen. Dit beleid is opgenomen in de gemeentelijke Woonvisie en voor (bedrijfs)ontwikkellocaties in het meerjaren perspectief Ontwikkellocaties 2022. Beide stukken waren voor de inschrijvers beschikbaar in de dataroom. In het geval een plan in strijd is met het omgevingsplan waardoor hiervoor ontheffing nodig is, maar deze ontheffing niet op grond van gemeentelijk beleid kan worden verkregen, is geen sprake van een realistisch plan. Het lijkt alsof hiervan sprake is bij het plan van Stichting Boomwortel omdat het gehele perceel bebouwd wordt bij allebei de opties, maar het plan is te weinig uitgewerkt om dit criterium verder te kunnen beoordelen.

3.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Het gaat hier om een in kort geding gevorderde voorlopige voorziening. De rechter moet daarom eerst beoordelen of Stichting Boomwortel ten tijde van dit vonnis bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. Daarnaast geldt dat de rechter in dit kort geding moet beoordelen of de vorderingen in de bodemprocedure een zodanige kans van slagen hebben, dat vooruitlopend daarop toewijzing van de voorlopige voorziening gerechtvaardigd is. Als uitgangspunt geldt bovendien dat in deze procedure geen plaats is voor bewijslevering.

spoedeisend belang

4.2. Het spoedeisend belang is niet betwist en volgt uit de aard van de vordering.

juridisch kader

4.3. Tussen partijen is niet in discussie dat het Waterschap bij de verkoop van het object de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, in acht moet nemen. De Hoge Raad heeft in het Didam-arrest (nadere) eisen geformuleerd voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de verkoop van aan een overheidslichaam toebehorende onroerende zaak. In de r.o. 3.1.4-3.1.6. van dit arrest overweegt de Hoge Raad daarover:

'3.1.4. Uit het gelijkheidsbeginsel – dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen – vloeit voort dat een overheidslichaam dat het voornemen heeft een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, ruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen naar deze onroerende zaak indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In dat geval zal het overheidslichaam met inachtneming van de hem toekomende beleidsruimte criteria moeten opstellen aan de hand waarvan de koper wordt geselecteerd. Deze criteria moeten objectief, toetsbaar en redelijk zijn.

3.1.5. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te realiseren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de onroerende zaak, de selectieprocedure, het tijdschema en de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig

voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken op zodanige wijze dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

3.1.6. De hiervoor in 3.1.4 en 3.1.5 bedoelde mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. In dat geval dient het overheidslichaam zijn voornemen tot verkoop tijdig voorafgaand aan de verkoop op zodanige wijze bekend te maken dat een ieder daarvan kennis kan nemen, waarbij het dient te motiveren waarom naar zijn oordeel op grond van de hiervoor bedoelde criteria bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt.'

4.4. Partijen zijn het erover eens dat de uitzonderingssituatie zoals bedoeld onder 3.1.6. zich in onderhavige zaak niet voordoet. Dit betekent dat het Waterschap voor de verkoop van het object met inachtneming van de haar toekomende beleidsruimte criteria moest opstellen die objectief, toetsbaar en redelijk waren.

4.5. De voorwaarden dat de criteria objectief, toetsbaar en redelijk dienen te zijn, betekent niet dat een overheidslichaam alleen mag selecteren op zuiver objectieve criteria zoals hoogste prijs, volgorde van binnenkomst of loting. Een overheidslichaam heeft de beleidsvrijheid om kwaliteitscriteria op te stellen die (min of meer) subjectief zijn en daarmee een vergelijkende toets uit te voeren. Dit wordt ook niet door Stichting Boomwortel betwist. Dergelijke criteria maken de uitkomst van de procedure echter wel minder voorspelbaar waardoor (schijn van) favoritisme, willekeur of ongelijkheid dreigt. Het overheidslichaam moet daarom duidelijk motiveren waarop zij haar uiteindelijke keuze heeft gebaseerd. Daarbij heeft te gelden dat het overheidslichaam ook bij de beoordeling van subjectieve criteria niet achteraf mag selecteren op basis van punten waarvan vooraf onvoldoende bekend was of had kunnen zijn dat deze relevant(er) waren voor de beoordeling, ook niet als zij haar keuze duidelijk motiveert.

tijdsplanning

4.6. De voorzieningenrechter volgt niet de stelling van Stichting Boomwortel dat zij te weinig tijd heeft gehad om een plan in te dienen. Stichting Boomwortel heeft in de dagvaarding de suggestie gewekt dat zij slechts tien dagen de tijd heeft gehad om een plan in te dienen. Ter zitting is duidelijk geworden dat Stichting Boomwortel voor 30 juni 2023 al zes weken de mogelijkheid heeft gehad om een (bod en een) plan in te dienen. Zij heeft toen ook een inschrijving gedaan, evenwel zonder plan. Desgevraagd ter zitting heeft zij hierover opgemerkt dat zij het te druk had om een plan op te stellen maar toch meedeed met een bod voor het geval er geen andere belangstellende zou zijn. Vervolgens is in verband met een herstelprocedure de termijn voor het indienen van een (bod en een) plan nog met 10 dagen verlengd. Het herstel zag niet op de voorwaarden voor het plan of de selectiecriteria en het biedboek is ten aanzien van die punten ook niet aangepast. Er was daarom geen verplichting voor het Waterschap om van voor af aan een nieuwe selectieprocedure te starten: bieders mochten hun bod gestand doen dan wel aanpassen. Stichting Boomwortel heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt om een nieuwe inschrijving te doen, dit keer met een plan. Het feit dat Stichting Boomwortel niet van meet af aan met een plan aan de slag is gegaan, ligt in haar risicosfeer. Zij kan nu dan ook niet met succes betogen dat zij slechts tien dagen en dus te kort de tijd had voor het opstellen van een plan.

criteria

4.7. Het Waterschap heeft de volgende criteria opgesteld voor de selectie van de koper van het object:

1. Hoogte van het bod
2. Het plan moet een positieve bijdrage leveren aan de omgeving met name langs de [straat 1] en de [straat 2]
3. Het initiatief moet passen in het beleid van de gemeente voor het gebied

4.8. Volgens Stichting Boomwortel zijn de criteria 2 en 3 onvoldoende objectief, redelijk en toetsbaar. De gunningscriteria moeten zodanig ingericht worden dat ze vooraf helder zijn en achteraf controleerbaar. Daarvan is geen sprake. Criterium 2 is uiterst subjectief. Het Waterschap heeft niet onderbouwd wat zij onder een 'positieve' bijdrage verstaat. De inschrijvers hebben daarbij geen redelijke kans gekregen om daar vooraf duidelijkheid over te krijgen, er was geen tijd om vragen te stellen of deze vragen te verwerken in het plan. Het is achteraf volstrekt onduidelijk hoe het Waterschap dit criterium heeft beoordeeld. Uit de tabel blijkt dat het plan van doorslaggevend belang is, maar dat was vooraf niet duidelijk, aldus Stichting Boomwortel.

4.9. De voorzieningenrechter volgt Stichting Boomwortel in haar stelling dat het criterium 'een positieve bijdrage' een open en subjectief criterium is. Het Waterschap heeft ook geen nadere criteria met weegfactor/puntenverdeling opgesteld waaruit kan worden opgemaakt hoe zij de positiviteit van de bijdrage weegt. Dat is bijvoorbeeld wel een gebruikelijke werkwijze als sprake is van een vergelijkende toets bij aanbestedingen en verdeling van schaarse vergunningen. Dit betekent op zichzelf niet dat het criterium niet op deze wijze gesteld mag worden. Het Waterschap mag een open criterium opstellen zodat zij inschrijvers de mogelijkheid geeft om hun ideeën hierover te geven. Uit de motivering moet dan wel blijken dat het Waterschap heeft geselecteerd op basis van punten waarvan vooraf voldoende bekend was dat deze relevant waren voor de beoordeling van het plan. In dit geval is aan die voorwaarde voldaan. Daartoe wordt het volgende overwogen.

4.10. Uit de informatie in het biedboek (zie 2.2 onder 1.3, 1.7 en 1.9) blijkt genoegzaam dat het Waterschap waarde hecht aan de inhoud van het plan voor de gunning van het object en van de inschrijver verwacht dat deze zelf een creatief plan bedenkt. Er moet daarbij sprake zijn van een 'ruimtelijk en functioneel' plan dat een 'positieve bijdrage' moet leveren aan de omgeving, waarbij wordt gekeken naar 'een toekomstige functie en gebruik dat bijdraagt aan de ambitie en verlevendiging van de stad respectievelijk omgeving'. Verder heeft het Waterschap voor de invulling van het plan verwezen naar het beleid van de gemeente Doetinchem en diverse beleidsstukken opgenomen in de dataroom. Daarnaast staat er met zoveel woorden in het biedboek dat het Waterschap gezien het belang van deze 'bijzondere locatie' voor de stad Doetinchem waarde hecht aan de toekomstige invulling. Ten slotte wordt als voorwaarde gesteld dat de inschrijver een schetsontwerp van het plan indient met een korte tekstuele beschrijving.

4.11. Uit voorgaande informatie had Stichting Boomwortel duidelijk op kunnen maken dat zij niet kon volstaan met de aanbieding om in overleg te gaan met het Waterschap over de invulling van het gebruik van het object met uitsluitend schetsen van twee gebouwen als suggestie. Stichting Boomwortel heeft in haar inschrijving op geen enkele wijze onderbouwd waarom de suggesties die zij geeft voldoen aan de onder 4.10 genoemde criteria van het Waterschap. De suggesties zijn ook niet geformuleerd als een duidelijk plan dat Stichting Boomwortel wil gaan uitvoeren, maar als iets wat Stichting Boomwortel als ontwikkelaar zou kunnen doen. Het Waterschap heeft

echter niet vooraf gevraagd om de kwalificaties van een partij, maar om een (concreet) plan. Stichting Boomwortel heeft ook niet toegelicht waarom haar plan past binnen het beleid en de toekomstvisie van de gemeente Doetinchem. Vanwege de geringe uitwerking van de suggesties van Stichting Boomwortel kon het Waterschap volstaan met de motivering die zij heeft gegeven. Het plan is zodanig minimaal uitgewerkt dat van het Waterschap niet verwacht hoeft te worden dat zij meer motivering geeft.

4.12. Anders dan Stichting Boomwortel betoogt, is het ook niet onbegrijpelijk dat het hogere bod van Stichting Boomwortel is afgewezen. Uit de vooraf gegeven informatie blijkt voldoende duidelijk dat niet alleen het bod maar ook het plan van belang is, welk plan bij Stichting Boomwortel – zoals hiervoor reeds overwogen – slechts zeer marginaal aanwezig is. Overigens blijkt naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit de tabel niet dat het plan van doorslaggevend belang is. Wel blijkt dat inhoud van het plan een factor is die medebepalend is voor de gunning, hetgeen duidelijk is aangegeven in de informatie vooraf. Het enkele feit dat de hoogte van het bod als eerste wordt genoemd, maakt ook niet dat Stichting Boomwortel ervan uit mocht gaan dat het bod doorslaggevend was. Opsommen door middel van cijfers brengt niet automatisch een rangorde mee. Uit de tekstuele uitleg blijkt voldoende dat het gaat om een combinatie van het plan en het bod. Daarbij komt dat het Waterschap twee inlichtingenrondes heeft gehouden, waarbij aan de potentieel belangstellenden de mogelijkheid werd geboden vragen te stellen, waarmee ook eventuele onduidelijkheden over de voorwaarden hadden kunnen worden weggenomen. Dat Stichting Boomwortel hiervan geen gebruik heeft gemaakt, komt voor haar rekening en risico.

4.13. Stichting Boomwortel heeft nog aangevoerd dat vooraf onvoldoende duidelijk was wat de weging was van het plan. Moest er een 'voldoende' plan worden ingediend of zou er worden beoordeeld op 'het meest positieve' plan? Nu Stichting Boomwortel een dusdanig minimalistisch plan heeft ingediend dat dit ook de drempel van 'een voldoende' plan niet heeft gehaald (en daarop is afgewezen door het Waterschap), kan dit verweer – wat er verder ook van zij – Stichting Boomwortel niet baten. Daarbij heeft ook hier te gelden dat Stichting Boomwortel voldoende mogelijkheid heeft gehad – middels de informatierondes – hierover vragen te stellen maar dit niet heeft gedaan.

4.14. Het derde criterium is eveneens voldoende helder. Het Waterschap heeft in haar verweer (zie 3.4) toegelicht hoe dit criterium getoetst werd. In het biedboek staat opgenomen dat het plan moet passen binnen het beleid van de gemeente. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 verwezen naar het meerjaren perspectief ontwikkellocaties 2020 en de woonvisie gemeente Doetinchem. Deze stukken zijn opgenomen in de dataroom. Voor Stichting Boomwortel was daarom vooraf voldoende kenbaar wat het Waterschap bedoelde met het criterium dat het plan moest passen binnen het beleid van de gemeente.

4.15. Volgens Stichting Boomwortel past haar plan volgens deze definitie binnen het beleid van de gemeente Doetinchem omdat, in strijd wat het Waterschap aangeeft, niet het gehele perceel wordt bebouwd. Uit de stukken kan inderdaad worden opgemaakt dat op een deel van perceel sectie A, nummer 8075 geen bebouwing staat waardoor niet vast staat dat de inschrijving van Stichting Boomwortel mocht worden afgewezen op het derde criterium. Omdat de inschrijving Stichting Boomwortel wel mocht worden afgewezen op grond van het tweede criterium leidt dit echter niet tot toewijzing van de vordering. Stichting Boomwortel heeft nog aangevoerd dat het plan van de winnende inschrijving ook niet binnen het beleid van de gemeente Doetinchem past. Dit is door het

Waterschap gemotiveerd betwist. In deze zaak is onvoldoende aannemelijk geworden dat hiervan sprake is. Het is ook niet vereist dat het plan binnen het bestemmingsplan past, in het biedboek is expliciet opgenomen dat dat geen voorwaarde is. Voor zover het winnende plan niet binnen het bestemmingsplan past, is dit geen reden om de inschrijving te af te wijzen.

4.16. Voorgaande in acht genomen worden de vorderingen afgewezen.

(...)

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen van Stichting Boomwortel af (*Enz., enz., Red.*)

noot

1. Inmiddels is het Didam-arrest (HR 26 november 2021, [ECLI:NL:HR:2021:1778](#)) alweer tweeënhalft jaar oud en zijn er ruim honderd uitspraken gepubliceerd over de toepassing van de in dat arrest geformuleerde regels inzake het bieden van gelijke kansen bij de uitgifte van onroerende zaken door overheden. Verreweg de meeste rechtspraak ziet op de in het Didam-arrest geformuleerde uitzondering, op grond waarvan geen mededingingsruimte door middel van een selectieprocedure hoeft te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop. Rechtspraak over de te hanteren selectiecriteria als wél een selectieprocedure wordt doorlopen, is schaars. Dat maakt de hier opgenomen rechtbankuitspraak een signalering waard, omdat daarin de vraag centraal staat of de door het overheidslichaam geformuleerde selectiecriteria objectief, toetsbaar en redelijk zijn - zoals het Didam-arrest voorschrijft - en dus hadden mogen worden toegepast.

2. Deze zaak gaat over het voornemen van het waterschap Rijn en IJssel om een voormalige waterzuiveringsinstallatie in Doetinchem te verkopen. Teneinde een koper te selecteren is het waterschap een openbare verkoopprocedure gestart. De informatie over het object en de te volgen verkoopprocedure is opgenomen in een verkoopbrochure en een biedboek. In dat biedboek is onder meer vermeld dat het waterschap het pand wil verkopen aan een partij met het beste bod in combinatie met het plan voor gebruik van het pand. Het waterschap hecht daarbij veel waarde aan een toekomstige functie en gebruik die bijdragen aan de ambitie en verlevendiging van de stad en de omgeving. In dat kader heeft het waterschap de volgende selectiecriteria - in afwijking van het Didam-arrest aangeduid als gunningscriteria - geformuleerd: (1) de hoogte van het bod, (2) het plan moet een positieve bijdrage leveren aan de omgeving en (3) het initiatief moet passen in het beleid van de gemeente voor het gebied. Verder is vermeld dat voor de (voorlopige) gunning de beoordeling van zowel de opbrengst als het bijbehorende plan voor het gebruik en de functie van het gebied van doorslaggevend belang is. De criteria worden gewogen en dat leidt tot een totaalafweging. Het is opmerkelijk dat het waterschap het in de geciteerde passages uit het biedboek steeds heeft over 'gunning' en 'gunningscriteria'. Die terminologie is afkomstig uit het aanbestedingsrecht waarbij een aanbestedingsprocedure uiteindelijk leidt tot de gunning van

een opdracht. Deze zaak gaat daarentegen over een Didam-procedure die leidt tot (een voornemen tot) vervreemding van een onroerende zaak. Er wordt in zoverre dus niets gegund. Dat is ook de reden dat de Hoge Raad in het Didam-arrest consequent spreekt over 'selectie' en 'selectiecriteria'. De terminologie die het waterschap hanteert is dan ook niet juist. Meer nog verbaast het mij echter dat ook de voorzieningenrechter de Didam-terminologie niet consequent toepast in deze uitspraak en beide termen door elkaar gebruikt.

3. Eiseres - Stichting Boomwortel - wil de voormalige waterzuiveringsinstallatie graag verwerven en heeft in dat verband met drie verschillende biedingen ingeschreven, zonder daarbij evenwel met een concreet uitgewerkt plan te komen. Zij heeft slechts aangegeven dat haar verwachting is om een groot gedeelte te gaan gebruiken voor een sport en/of bedrijfsmatige belegging. De inschrijving van Stichting Boomwortel is vervolgens niet als beste inschrijving beoordeeld, omdat onvoldoende is uitgewerkt wat het toekomstige gebruik is. De inschrijving is geëindigd op de derde plaats. Dit leidt tot het oordeel dat er voorlopig niet aan haar 'gegund' wordt. Stichting Boomwortel kan zich daarmee niet verenigen en start een kort geding, waarin zij - kort gezegd - vordert dat het waterschap geen uitvoering geeft aan de 'gunningsbeslissing' en het pand aan haar verkoopt, dan wel overgaat tot een nieuwe selectieprocedure. De kern van het betoog van Stichting Bomwortel is dat de criteria 2 en 3 onvoldoende objectief, toetsbaar en redelijk zijn en de selectieprocedure derhalve niet aan de in het Didam-arrest geformuleerde eisen voldeed.

4. Wat deze uitspraak in de eerste plaats interessant maakt, is dat de voorzieningenrechter nader ingaat op de vraag wanneer een door een overheidslichaam gehanteerd selectie criterium objectief is, zoals het Didam-arrest voorschrijft. In algemene zin wordt vooropgesteld dat de voorwaarde dat de selectiecriteria objectief, toetsbaar en redelijk moeten zijn niet betekent dat een overheidslichaam alleen mag selecteren op zuiver objectieve criteria zoals hoogste prijs, volgorde van binnenkomst of loting. Een overheidslichaam heeft de beleidsvrijheid om kwaliteitscriteria op te stellen die (min of meer) subjectief zijn en daarmee een vergelijkende toets uit te voeren. Dergelijke criteria maken de uitkomst van de procedure echter wel minder voorspelbaar waardoor (de schijn van) favoritisme, willekeur of ongelijkheid dreigt. Het overheidslichaam moet daarom duidelijk motiveren waarop zij haar uiteindelijke keuze heeft gebaseerd. Daarbij geldt dat het overheidslichaam ook bij de beoordeling van subjectieve criteria niet achteraf mag selecteren op basis van punten waarvan vooraf onvoldoende bekend was of had kunnen zijn dat deze relevant(er) waren voor de beoordeling, ook niet als zij haar keuze duidelijk motiveert. Deze overweging valt goed te begrijpen in het licht van het aan het Didam-arrest ten grondslag liggende aanbestedingsrecht en het leerstuk van de verdeling van schaarse publieke rechten. Ook op die twee terreinen geldt dat selectiecriteria - mits goed gemotiveerd - een intrinsiek subjectief karakter kunnen hebben. Deze uitspraak onderstreept daarmee de sterke verwantschap tussen een aanbestedingsprocedure en de verdeling van schaarse publieke rechten enerzijds en het volgen van een openbare selectieprocedure bij de vervreemding van onroerende zaken door overheden anderzijds. De voorzieningenrechter maakt hier duidelijk dat ook bij een Didam-procedure met een 'objectief'-criterium niet is bedoeld dat het gehanteerde criterium als zodanig per se objectief moet zijn. Bestuursorganen mogen aan de selectie van partijen subjectieve beleidskeuzes ten grondslag leggen. Wat echter niet mag, is het toeschrijven van selectiecriteria naar bepaalde partijen. In dat geval is per definitie geen sprake van een objectief criterium als bedoeld in het Didam-arrest. In aanvulling daarop brengt de

voorgeschreven objectiviteit - net als in het aanbestedingsrecht en bij de verdeling van schaarse publieke rechten - mee dat vooraf duidelijk moet zijn op welke wijze invulling wordt gegeven aan de selectiecriteria, vooral als sprake is van een open en subjectief criterium. Als dat laatste niet gebeurt, dan ontstaat het risico dat bij de beoordeling van de inschrijvingen alsnog naar een bepaalde partij wordt toe geredeneerd. Ook dan is geen sprake van een objectief selectie criterium als bedoeld in het Didam-arrest. Gelijke kansen zijn dan niet aan de orde.

5. Deze uitspraak is in de tweede plaats interessant, omdat deze het belang onderstreept van enerzijds een goede onderbouwing van een inschrijving door een inschrijver en anderzijds een goede motivering van de uiteindelijke keuze voor een inschrijver door het overheidslichaam. De voorzieningenrechter volgt Stichting Boomwortel in haar stelling dat het criterium 'een positieve bijdrage' een open en subjectief criterium is. Het waterschap heeft ook geen nadere criteria met weegfactor/puntenverdeling opgesteld waaruit kan worden opgemaakt hoe zij de 'positiviteit' van de bijdrage weegt. Dat is bijvoorbeeld wel een gebruikelijke werkwijze als sprake is van een vergelijkende toets bij aanbestedingen en de verdeling van schaarse vergunningen. Zie hier wederom de parallel met het aanbestedingsrecht en de verdeling van schaarse publieke rechten. Dat laat onverlet dat het criterium op deze wijze gesteld mag worden. Het waterschap mag een open criterium opstellen zodat zij inschrijvers de mogelijkheid geeft om hun ideeën hierover te geven. Belangrijk is dan echter wel dat uit de motivering moet blijken dat het waterschap heeft geselecteerd op basis van punten waarvan vooraf voldoende bekend was dat deze relevant waren voor de beoordeling van het plan. In dit geval is naar het oordeel van de voorzieningenrechter aan die voorwaarde voldaan. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter dat uit de informatie in het biedboek genoegzaam blijkt dat het waterschap waarde hecht aan de inhoud van het plan voor de selectie van het object en van de inschrijver verwacht dat deze zelf een creatief plan bedenkt. Verder heeft het waterschap voor de invulling van het plan verwezen naar het beleid van de gemeente Doetinchem en diverse beleidsstukken opgenomen in een dataroom. Daarnaast staat er met zoveel woorden in het biedboek dat het waterschap gezien het belang van de 'bijzondere locatie' voor de stad Doetinchem waarde hecht aan de toekomstige invulling ervan. Ten slotte wordt als voorwaarde gesteld dat de inschrijver een schetsontwerp van het plan indient met een korte tekstuele beschrijving. Uit voorgaande informatie had Stichting Boomwortel volgens de voorzieningenrechter duidelijk kunnen opmaken dat zij niet kon volstaan met de aanbieding om in overleg te gaan met het waterschap over de invulling van het gebruik van het object met uitsluitend schetsen van twee gebouwen als suggestie. Stichting Boomwortel heeft in haar inschrijving op geen enkele wijze onderbouwd waarom de suggesties die zij geeft voldoen aan de genoemde criteria van het waterschap. De suggesties zijn ook niet geformuleerd als een duidelijk plan dat Stichting Boomwortel wil gaan uitvoeren, maar als iets wat Stichting Boomwortel als ontwikkelaar zou kunnen doen. Het waterschap heeft echter niet vooraf gevraagd om de kwalificaties van een partij, maar om een (concreet) plan. Stichting Boomwortel heeft ook niet toegelicht waarom haar plan past binnen het beleid en de toekomstvisie van de gemeente Doetinchem. Vanwege de geringe uitwerking van de suggesties van Stichting Boomwortel kon het waterschap volstaan met de motivering die zij heeft gegeven. Het plan is zodanig minimaal uitgewerkt dat van het waterschap niet verwacht hoeft te worden dat zij meer motivering geeft, aldus de voorzieningenrechter. In zekere zin is dus sprake van communicerende

vaten. Hoe minder werk een inschrijver maakt van zijn inschrijving, hoe minder werk het overheidslichaam op haar beurt hoeft te maken van de afwijzing van die inschrijving.

6. Al met al is deze uitspraak niet zo verassend gelet op de eisen die aan een vergelijkende toets worden gesteld bij aanbestedingen en de verdeling van schaarse publieke rechten. Wel is het een van de weinige uitspraken over die eisen in een Didam-casus. Samenvattend volgt uit deze uitspraak dat ook bij een selectieprocedure voor de vervreemding van overheidsvastgoed een intrinsiek subjectief criterium als objectief selectiecriterium kan worden aangemerkt. Het gaat er uiteindelijk om dat de keuze voor een selectiecriterium op objectieve overwegingen rust. Het is in dat kader niet toegestaan om selectiecriteria naar een partij toe te schrijven. Ook is vanuit objectiviteitsoogpunt vereist dat vooraf duidelijk is op welke wijze het overheidslichaam toepassing geeft aan (met name) subjectieve selectiecriteria. In de tweede plaats volgt uit deze uitspraak dat als een overheidslichaam een open en subjectief criterium hanteert, het goed moet motiveren waarom het ene plan wel voldoet aan dit criterium en het andere niet of in mindere mate. Dit dient te gebeuren op basis van punten waarvan vooraf voldoende bekend was dat deze relevant waren voor de beoordeling van het plan. Daarmee hangt samen de constatering dat het organiseren van een openbare selectieprocedure alleen niet voldoende is voor het bieden van gelijke kansen. Steeds zal het overheidslichaam ook goed moeten blijven motiveren waarom het voor een bepaalde partij kiest. Tot slot laat deze uitspraak zien dat de partij die een beroep doet op het Didam-arrest daadwerkelijk een serieuze gegadigde moet zijn en in dat kader ook met een goed, aan de hand van de opgestelde selectiecriteria uitgewerkt plan moet komen. Doet een partij dat laatste niet, dan kan het overheidslichaam volstaan met een minder uitgebreide motivering van de uiteindelijke selectie van een partij en dus makkelijk aan haar motiveringsverplichting voldoen. Deze uitspraak bevat daarmee belangrijke lessen voor zowel overheidslichamen als potentiële gegadigden die overheidsvastgoed wensen te verwerven.

J. Wieland