

Raadsbrief ter informatie

Postadres:
Gemeente Almelo
Postbus 5100
7600 GC Almelo

Aan de raad van de gemeente Almelo

Doorkiesnummer

Behandeld door
M. Chakor

Datum
28 januari 2020

Onderwerp
Voortzetting verkoop Kolkschool

Geachte raadsleden,

Bij de voorbereiding van het politiek beraad over de verkoop van de Kolkschool van 27 augustus 2019, heeft het college op 1 augustus 2019 het signaal ontvangen dat er mogelijk fouten waren gemaakt in de verkoopprocedure. Naar aanleiding van dit signaal heeft het college de afwikkeling van de verkoop van de Kolkschool onmiddellijk 'on hold' gezet en is er een onafhankelijk, extern onderzoek uitgevoerd naar de relevante feiten en omstandigheden in relatie tot onder andere de verkoop van de Kolkschool. Dit feitenonderzoek is door onderzoeksbureau KPMG Advisory uitgevoerd. Bovendien heeft het college, naast het feitenonderzoek door KPMG, eind augustus 2019 MI Stadsadvocaat gevraagd een juridische analyse te maken op basis van het feitencomplex, om de juridische positie van de gemeente te bepalen.

De gemeente Almelo en Kloos2 bevinden zich juridisch gezien in de precontractuele fase. De precontractuele fase is in een zo vergevorderd stadium dat het niet continueren van de procedure tot verkoop niet zonder meer geoorloofd is. MI Stadsadvocaat heeft daarom geconcludeerd dat het college niet zonder juridische risico's kan afzien van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos2.

Alles overwegende, zowel de uitkomsten van het KPMG-onderzoek als het advies van MI Stadsadvocaat, heeft het college besloten de reeds ingezette verkoopprocedure van de Kolkschool aan Kloos2 te continueren.

Vertrouwende erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,
Burgemeester en Wethouders van Almelo,
de secretaris, de burgemeester,

F.W. van Ardenne

A.J. Gerritsen

Naam: M. Chakor
Datum: 22 januari 2020
Team/teamonderdeel: SVC Strategie en Bestuursadvies/*
Telefoonnummer:

Collegevoorstel

Onderwerp	Voortzetting verkoop Kolkschool
Advies	Bespreekstuk
Is er een uiterste behandeldatum?	Ja, 28 januari 2020
Hoofdpogave	Bestuur en ondersteuning
Portefeuillehouder	A.L. Langius
Openbaar	Openbaar
Raadsvoorstel of raadsbrief	Raadsbrief

Toelichting voor de openbare besluitenlijst:

Op 11 juni 2019 heeft het college besloten in te stemmen met de verkoop van de voormalige Kolkschool en het bijbehorende gymlokaal aan projectontwikkelaar Kloos2. Op 1 augustus 2019 is het college op de hoogte gesteld van een mogelijke fout in de verkoopprocedure. Het college heeft onmiddellijk besloten de (notariële) afwikkeling van de verkoop voorlopig 'on hold' te zetten. De betrokken partijen zijn hierover toen geïnformeerd.

Naar aanleiding van het politiek beraad van 27 augustus heeft het college besloten om een juridische analyse uit te laten voeren door de MI Stadsadvocaat, en een onderzoek naar het proces door KPMG Advisory. Op basis van de uitkomsten van deze onderzoeken, besluit het college de procedure tot (afwikkeling van de) verkoop van de Kolkschool aan projectontwikkelaar Kloos2 te continueren.

Voorgesteld besluit

1. Kennis te nemen van het 'Advies en juridische analyse inzake Kolkschool' (INT- 70872);
2. Vervolg te geven aan de met Kloos2 ingezette verkoopprocedure (BenW - 1907078).
3. De raad door middel van bijgaande raadsbrief te informeren over bovenstaand besluit (Raad - 2005916).

Inleiding

Bij de voorbereiding van het politiek beraad over de verkoop van de Kolkschool van 27 augustus 2019, heeft het college op 1 augustus 2019 het signaal ontvangen dat er mogelijk fouten waren gemaakt in de verkoopprocedure. Naar aanleiding van dit signaal heeft het college de afwikkeling van de verkoop van de Kolkschool onmiddellijk 'on hold' gezet en is er een onafhankelijk, extern onderzoek uitgevoerd naar de relevante feiten en omstandigheden in relatie tot onder andere de verkoop van de Kolkschool. Dit feitenonderzoek is door onderzoeksbureau KPMG Advisory uitgevoerd.

Bovendien heeft het college, naast het feitenonderzoek door KPMG, eind augustus 2019 MI Stadsadvocaat gevraagd een juridische analyse te maken op basis van het feitencomplex, om de juridische positie van de gemeente te bepalen.

Alles overwegende, zowel de uitkomsten van het KPMG-onderzoek als het advies van MI Stadsadvocaat, wordt voorgesteld de reeds ingezette verkoopprocedure van de Kolkschool aan Kloos2 te continueren.

Beoogd effect

De verkoop van de voormalige Kolkschool aan projectontwikkelaar Kloos2 te continueren.

Argumenten voor

2.1 Gezien het juridisch advies van MI Stadsadvocaat kiest het college ervoor de reeds ingezette verkoopprocedure van de Kolkschool aan Kloos2 te continueren.

De gemeente Almelo en Kloos2 bevinden zich juridisch gezien in de precontractuele fase. De precontractuele fase is in een zo ver gevorderd stadium dat het afbreken van de onderhandelingen of het afblazen van de verkoop niet zonder meer geoorloofd is. MI Stadsadvocaat heeft daarom geconcludeerd dat het college niet zonder juridische risico's kan afzien van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos2.

2.2 Het onderzoek van KPMG toont aan dat er geen partijen bevoordeeld zijn.

Het onderzoek van KPMG laat zien dat er geen sprake is geweest van bevoordeling van partijen door de gemeente. Er is op grond hiervan geen aanleiding om de verkoop te heroverwegen. De verkoop van de Kolkschool aan Kloos2 kan worden gecontinueerd.

3.1 De raad wordt geïnformeerd.

De raad is toegezegd te worden geïnformeerd over het vervolg van de verkoop van de Kolkschool. Proactieve communicatie aan de raad is derhalve gewenst.

Kanttekeningen

2.1 Met het nemen van dit besluit en het openbaar maken van het juridisch advies, wordt de juridische positie van Kloos2 verder versterkt.

Daarmee wordt de claim van Kloos2 op koop van de Kolkschool bevestigd.

Alternatieven

De Kolkschool opnieuw openbaar te verkopen.

Kosten, opbrengsten en dekking

Dit besluit brengt geen kosten met zich mee.

Uitvoering

- Na besluitvorming worden Kloos2 en de Werkgroep Kolkschool geïnformeerd over het continueren van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos2.
- Na besluitvorming wordt de planologische procedure rondom het bestemmingsplan opgestart.
- In de definitieve verkoopovereenkomst wordt het voorbehoud opgenomen dat de gemeenteraad een autonome bevoegdheid heeft met betrekking tot een eventuele wijziging van het bestemmingsplan
- De voorwaarden voor verkoop zoals geformuleerd in het B&W besluit van 11 juni 2019 (BW 7078) worden betrokken bij het sluiten van de definitieve verkoopovereenkomst.

Bijlagen

- INT- 70872 - Advies en juridische analyse inzake Kolkschool
- RAAD- 2005916 - Raadsbrief voortzetting verkoop Kolkschool

Procesinformatie

Intern overleg

Dit besluit is tot stand gekomen in afstemming met team SVC.

Afstemming met portefeuillehouder

Afstemming met portefeuillehouder heeft plaatsgevonden en heeft instemming.

Directie-advies

B&W voorstel standaard

Communicatie over het besluit

Regulier

STRIKT VERTROUWELIJK - NIET OPENBAAR

Aan het college van burgemeester en wethouders
van de gemeente Almelo
Haven Zuidzijde 30
7607 EW Almelo

ADVIES INZAKE KOLKSCHOOL

BEHANDELD DOOR : dhr. mr. M. Ichoh, advocaat
E-MAIL : ichoh@stadsadvocaat.nl
TELEFOON : 085 - 06 09 488
INZAKE : Gemeente Almelo / Kolksschool
ONZE REF. : D2019123

DATUM:
5 september 2019

1. INLEIDING

- 1.1. Hierbij volgt het advies over de kwestie rondom de Kolksschool, waarbij op basis van het feitencomplex een juridische analyse is gemaakt van de zaak.
- 1.2. De feiten in deze zaak worden bekend verondersteld. Hier zal dan ook alleen aan worden gerefereerd voor zover dat nodig is om zaken te verduidelijken en/of toe te lichten.

2. ONDERZOEKSOPDRACHT EN VRAGEN

- 2.1. Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Almelo (hierna: 'het college') heeft laten weten behoefte te hebben aan een onafhankelijk extern onderzoek om de juridische positie van de gemeente te kunnen bepalen. Daarbij zijn vanuit de gemeente de volgende vragen gesteld:
- a) In hoeverre is de gemeente juridisch gebonden aan de verkoop van de Kolksschool?
 - b) Is er sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel t.a.v. de werkgroep Kolksschool?
 - c) Is de werkgroep Kolksschool benadeeld door de mail van 12 februari 2019?
 - d) Had de gemeente beter kunnen kiezen voor een openbare aanbesteding?
 - e) Kan de procedure opnieuw worden gedaan?
 - f) Welke punten behoeven aandacht?

3. BEANTWOORDING / JURIDISCHE ANALYSE

- 3.1. Hierna volgt steeds eerst een kort antwoord op de gestelde vraag, zodat direct tot de kern van de zaak wordt doorgedrongen, gevolgd door een toelichting op dat antwoord.

Vraag a) Is de gemeente juridisch gebonden aan de verkoop van de Kolkschool?

Kort antwoord

- 3.2. De gemeente kan niet zonder juridische risico's de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 afblazen. Partijen zitten namelijk in de zogeheten precontractuele fase, waarbij hun rechtsverhoudingen worden beheerst door de goede trouw. Partijen zitten in een zodanig stadium dat het afblazen van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 door de rechter in strijd met de goede trouw kan worden geacht, omdat partijen over en weer erop mochten vertrouwen dat een contract zou worden gesloten en de verkoop geëffectueerd zou worden.

Toelichting

- 3.3. Enerzijds heeft het college het besluit genomen dat strekt tot verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 en daartoe is het college ook bevoegd ex artikel 160 lid 1 aanhef en onder e van de Gemeentewet.¹ Anderzijds moeten partijen (de gemeente en Kloos 2) in het verlengde daarvan nog een koopovereenkomst sluiten en daarbij onderhandelen en ook eens worden over de inhoud en voorwaarden daarvan.² Ten aanzien van bepaalde belangrijke zaken hebben partijen al overeenstemming bereikt, zoals over het plan van Kloos 2 en de prijs.
- 3.4. In dit geval spant Kloos 2 zich al jaren in om de Kolkschool te verwerven. Kloos 2 heeft in dit verband een plan ontwikkeld. Dat plan is aan de gemeente ter beoordeling voorgelegd. De vragen van de gemeente hierover zijn door Kloos 2 beantwoord. Kloos 2 heeft in het verlengde daarvan een bieding gedaan. De prijs is door de gemeente geaccepteerd. Over een aantal belangrijke zaken hebben partijen dus al overeenstemming bereikt.
- 3.5. In de nog te sluiten koopovereenkomst moeten partijen nog onderhandelen en overeenstemming bereiken over de resterende zaken, zoals o.a. de voorwaarden die door het college zijn geformuleerd in het collegebesluit van 11 juni 2019 en waarvan het college heeft bepaald dat die voorwaarden in de koopovereenkomst moeten worden opgenomen. Die voorwaarden zijn:
- Ontwikkeling van woningen onder de huurtoeslaggrens zijn niet toegestaan;
 - Instandhouding van de voormalige Kolkschool (uiterlijk aan de buitenzijde);
 - Een termijn waarbinnen realisatie van de ontwikkeling moet plaatsvinden;
 - Een anti-speculatiebeding.
- 3.6. Daarnaast moet overeenstemming worden bereikt over de leveringsdatum en is het gebruikelijk dat de gemeente een zogeheten Bibob- en integriteitclausule in de koopovereenkomst opneemt.

¹ Het collegebesluit tot verkoop van gemeentegrond kan overigens niet worden gekwalificeerd als een Awb-besluit ex artikel 1:3, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht, zodat derden ook geen mogelijkheid hebben om tegen dat besluit bezwaar en beroep in te dienen. Dat heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'de Afdeling') nadrukkelijk uitgemaakt in haar uitspraak van 16 april 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:1334).

² Artikel 171 lid 1 van de Gemeentewet bepaalt dat de burgemeester de gemeente in en buiten rechte vertegenwoordigt. Dat betekent dat als partijen een overeenkomst sluiten, dat de burgemeester bevoegd is om die overeenkomst namens de gemeente te ondertekenen.

- 3.7. Aangezien het voor het plan van Kloos 2 waarschijnlijk noodzakelijk is om het bestemmingsplan te wijzigen om woning op locatie mogelijk te maken, ligt het voor de hand dat het college in de koopovereenkomst een voorbehoud maakt voor wat betreft de goedkeuring van de gemeenteraad ter zake hiervan. Ter zake van het wijzigen of vaststellen van een bestemmingsplan heeft de gemeenteraad immers een autonome positie. Dat heeft de Hoge Raad benadrukt in zijn arrest van 26 juni 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1737) en daarbij het volgende geoordeeld:

“3.7.2 In het stelsel van de Gemeentewet komt groot gewicht toe aan de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B&W en de gemeenteraad. De raad heeft een autonome positie, en grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van een gemeente zonder instemming van de raad in gevallen waar de raad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Dat geldt ook in gevallen waarin die formele positie wordt ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval het in art. 2 lid 2 en art. 15 lid 2 van de samenwerkingsovereenkomst opgenomen voorbehoud van goedkeuring van de realisatieovereenkomst door de Raad. De zelfstandige beslissingsvrijheid van de raad brengt mee dat een wederpartij niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college de instemming van de raad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de raad zelf.”

- 3.8. Kortom, het gegeven dat het college heeft besloten tot een privaatrechtelijke rechtshandeling, te weten de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2, betekent niet dat Kloos 2 erop mag vertrouwen dat de gemeenteraad bestuursrechtelijk automatisch instemt met een wijziging van het bestemmingsplan, althans als het college in de koopovereenkomst nadrukkelijk een voorbehoud daartoe maakt. Gelet op de kritische houding van de gemeenteraad ten opzichte van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2, ligt het voor de hand om Kloos 2 hierop te wijzen.
- 3.9. Gelet op het voorgaande zitten partijen juridisch gezien dan ook in de zogeheten precontractuele fase. Dat is de fase van onderhandelingen voorafgaand aan het sluiten van een (koop)overeenkomst. De precontractuele fase is in dit geval in een zo ver gevorderd stadium, dat het afbreken van de onderhandelingen of afblazen van de verkoop niet zonder meer geoorloofd is. Er is immers door Kloos 2 geruime tijd moeite gedaan om de Kolkschool te verwerven. Daartoe is door Kloos 2 een plan opgesteld en er is een bieding gedaan. Op basis daarvan is door het college besloten tot verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2, zodat beide partijen in beginsel over en weer erop mochten vertrouwen dat een contract zou worden gesloten en de verkoop geëffectueerd zou worden. Ter illustratie hiervan wordt verwezen naar het oude, maar bekende arrest *Plas/Valburg*³ van de Hoge Raad. In die zaak was de casus als volgt.
- 3.10. Aannemer Plas Bouwonderneming B.V. ("Plas") had op verzoek van de gemeente Valburg een offerte gemaakt voor de bouw van een overdekt zwembad. Een commissie van de gemeenteraad besloot vervolgens de offerte van Plas, evenals die van drie andere aannemers te onderzoeken. Op verzoek van de gemeente heeft Plas daarna nog adviezen ingewonnen van externe deskundigen en heeft ook de kosten hiervan gedragen. Vervolgens verzocht de gemeente zowel Plas als één van de overige aannemers om hun offerte op bepaalde punten aan te passen en een prijsopgave te doen. De prijsopgave van Plas bleek de laagste te zijn, waarna het college besloot te kiezen voor Plas.

³ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg),

- 3.11. Daarnaast had de burgemeester aan Plas gemeld dat de bouw van het zwembad aan haar gegund zou worden, op voorwaarde van goedkeuring door de gemeenteraad en behoudens enige aanpassingen van details. Daarna kwam opeens een andere aannemer met een lagere offerte. Vervolgens werd de overeenkomst aan die aannemer gegund, terwijl die aannemer bij de oorspronkelijke offertes helemaal niet betrokken was geweest. Plas vorderde vervolgens van de gemeente een schadevergoeding voor gemaakte kosten en voor gederfde winst op grond van onrechtmatig handelen c.q. van een toerekenbare tekortkoming. De Hoge Raad stelde Plas in het gelijk en oordeelde:

"niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst".

- 3.12. Hierbij komt dat het vertrouwensbeginsel met zich brengt dat de overheid het door haar opgewekte vertrouwen, al dan niet door toezeggingen of andere handelingen, dient te honoreren. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is nodig dat er aan het bestuursorgaan toe te rekenen concrete, ondubbelzinnige toezeggingen zijn gedaan door een daartoe bevoegd persoon, waarvan rechte(n)s te honoreren verwachtingen kunnen worden ontleend (ABRS 5 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6483 en gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3989). Is schade geleden door in het opgewekte vertrouwen te handelen, dan kan onder omstandigheden op grond van onrechtmatig handelen bij de civiele rechter schadevergoeding worden gevorderd (HR 2 februari 1990, NJ 1993, 635).
- 3.13. Gelet op al het voorgaande luidt de conclusie dat de gemeente niet zonder juridische risico's de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 kan afblazen.

Vraag b) Is er sprake van schending van het gelijkheidsbeginsel t.a.v. de werkgroep Kolkschool?

Kort antwoord

- 3.14. Op basis van de voorliggende feiten kan niet gesteld worden dat de gemeente het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

Toelichting

- 3.15. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat gelijke gevallen in beginsel gelijk behandeld dienen te worden. In dit geval is er echter geen sprake van gelijke gevallen en kan daar ook geen sprake van zijn om de eenvoudige reden dat er sprake is van twee verschillende plannen. Zo heeft de werkgroep Kolkschool een plan ingediend dat gericht is op een cultuurbestemming van het gebouw, terwijl Kloos 2 een plan heeft ingediend dat gericht is op wonen. Het gegeven dat het college voor het plan van Kloos 2 heeft gekozen, betekent niet dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Een andersluidende conclusie zou impliceren dat als het college bijvoorbeeld voor het plan van de werkgroep Kolkschool had gekozen, dat alsdan eveneens strijd met gelijkheidsbeginsel zou ontstaan, maar nu ten opzichte van Kloos 2, en in dat geval zou er dus

altijd strijd met het gelijkheidsbeginsel ontstaan en zou er nooit een keuze gemaakt kunnen worden. Zo werkt het juridisch niet. Er zou slechts strijd met het gelijkheidsbeginsel kunnen ontstaan als beide partijen (dus zowel Kloos 2 en de werkgroep Kolkschool) twee identieke plannen hadden ingediend, die beide gericht waren op dezelfde bestemming (hetzij wonen, hetzij cultuur) en beide partijen hetzelfde bedrag hadden aangeboden. Van een dergelijke situatie is feitelijk echter geen sprake. Feit is dat partijen verschillende plannen met verschillende bestemmingen en verschillende biedingen hebben ingediend. Het staat het college vrij om in een dergelijk geval een keuze te maken voor het plan, waarvan het college vindt dat het passend en goed is voor de stad. Dat levert juridisch geen strijd op met het gelijkheidsbeginsel.

Vraag c) Is de werkgroep Kolkschool benadeeld door de mail van 12 februari 2019?

Kort antwoord

- 3.16. Op basis van de voorliggende feiten kan niet gesteld worden dat de werkgroep Kolkschool is benadeeld door de mail van 12 februari 2019.

Toelichting

- 3.17. In de mail van 12 februari 2019 heeft een ambtenaar van de gemeente de bieding van de werkgroep Kolkschool, zijnde € 353.000,--, aan Kloos 2 gemeld. Na het ontdekken van dit mailbericht heeft het college het verkoopproces stil gelegd om dit aspect te laten onderzoeken. Juridisch rijst in dat verband de vraag of de werkgroep Kolkschool door dit mailbericht is benadeeld. Het antwoord hierop is ontkennend en wel om de volgende redenen.
- 3.18. In de eerste plaats heeft Kloos 2 reeds op **30 november 2018** haar bieding uitgebracht met twee varianten. In de eerste variant (loftwonen) is een bedrag van **€ 280.000,--** geboden en in de tweede variant (begeleid wonen) is een bedrag van **€ 420.000,--** geboden. NB. De gymzaal was door Kloos 2 niet bij haar biedingen betrokken. Deze biedingen van Kloos 2 met haar plannen waren openbaar en daar heeft de werkgroep Kolkschool haar voordeel mee kunnen doen, in die zin had de werkgroep Kolkschool zelfs een voordeel.
- 3.19. Op **1 december 2018** heeft de werkgroep Kolkschool haar plannen ingediend met een bieding van **€ 353.0000,--**. Daarbij heeft de werkgroep op eigen initiatief de gymzaal betrokken.
- 3.20. In haar mail van **11 februari 2019** heeft Kloos 2 desgevraagd gemeld dat het betrekken van de gymzaal bij de ontwikkeling een extra waarde van **€ 100.000,--** tot **€ 120.000,--** kan creëren. Daarmee kwam de nieuwe totale bieding van Kloos 2 uit op **€ 400.000,--**, bestaande uit de eerdere bieding van € 280.000,-- voor Loftwonen en € 120.000,-- voor de gymzaal.
- 3.21. Feitelijk kan derhalve worden vastgesteld dat deze verhoging uitsluitend heeft plaatsgevonden op basis van het feit dat de gymzaal bij de ontwikkeling is betrokken. De verhoging is dus niet ingegeven door het feit dat Kloos 2 een dag later, dus op 12 februari 2019 per mail de bieding van de werkgroep Kolkschool vernam.

- 3.22. Hierbij komt dat de gemeente begin maart 2019 aan beide partijen heeft gemeld dat zij twee makelaars heeft gevraagd om de planontwikkeling te taxeren en dat de ontvangen taxaties beduidend hoger liggen dan de biedingen van partijen. Daarop heeft de gemeente beide partijen in de gelegenheid gesteld om hun biedingen aan te passen, oftewel te verhogen.
- 3.23. Op 15 april 2019 heeft de gemeente partijen opnieuw in de gelegenheid gesteld om hun biedingen aan te passen, maar beide partijen hebben aan de gemeente gemeld geen aanleiding te zien om hun aanbieding aan te passen.
- 3.24. Gelet op het voorgaande kan niet gesteld worden dat de werkgroep Kolkschool benadeeld is door de mail van 12 februari 2019. Temeer niet, omdat ook de werkgroep daarna tot twee keer toe te horen heeft gekregen dat de taxaties van de makelaars op een hogere bedragen uitkwamen en de werkgroep in de gelegenheid is gesteld haar bieding hierop aan te passen. Van deze gelegenheid heeft de werkgroep geen gebruik gemaakt.
- 3.25. Overigens kreeg Kloos 2 van de gemeente hetzelfde te horen, namelijk dat de taxaties van de makelaars op een hogere waarde uitkwamen en dat de gemeente om die reden beide partijen in de gelegenheid heeft gesteld om hun bieding aan te passen. Kloos 2 wist dus dat werkgroep Kolkschool mogelijk naar aanleiding hiervan haar aanbieding zou verhogen met het risico dat de werkgroep een hoger bedrag zou bieden, maar Kloos 2 bleef bij haar eigen bieding en eigen berekening.
- 3.26. Op basis van de voorliggende feiten kan dan ook niet gesteld worden dat de werkgroep Kolkschool is benadeeld door de mail van 12 februari 2019, omdat de mail enerzijds geen invloed heeft gehad op de bieding van Kloos 2 (die bieding was immers eerder gedaan en is gehandhaafd) en anderzijds omdat de bieding van de werkgroep ook niet meer actueel was vanwege het feit dat de gemeente beide partijen tot twee keer toe in de gelegenheid heeft gesteld hun aanbieding te verhogen.

Vraag d) Had de gemeente beter kunnen kiezen voor een openbare aanbesteding?

Kort antwoord

- 3.27. Het antwoord op de hiervoor gestelde vraag is ontkennend, omdat de werkgroep in dat geval geen vrijheid zou hebben gehad om een eigen plan te ontwikkelen en te presenteren.

Toelichting

- 3.28. Er heeft in deze zaak geen openbare aanbesteding plaatsgevonden in de zin van de aanbestedingswet 2012, waardoor zowel Kloos 2 als de werkgroep Kolkschool volledig de vrijheid hebben gekregen om een eigen plan te ontwikkelen en een bieding te doen.
- 3.29. Daartegenover staat dat bij een openbare aanbesteding de overheid zelf de opdracht bepaalt. Vaak gaat het om projecten, zoals de bouw van overheidsgebouw. In dat geval is doorgaans al een bestek opgesteld en is de bestemming al bepaald. Er zit weinig ruimte voor de inschrijver om iets te veranderen aan de opdracht.

- 3.30. Als de gemeente voor een dergelijke openbare aanbesteding had gekozen en de keuze van de gemeente was uitgevallen op de ontwikkeling van loftwoningen, dan zou de werkgroep Kolkschool zich waarschijnlijk niet eens hebben ingeschreven voor die opdracht, omdat de werkgroep inzet op een cultuurbestemming. Dan zou de werkgroep zich waarschijnlijk buitengesloten voelen. Door de werkgroep in de gelegenheid te stellen een eigen plan te ontwikkelen, zoals inmiddels is gebeurd, heeft de werkgroep alle gelegenheid en vrijheid gekregen om haar ideeën te formuleren en een bieding te doen. Dit is voor de werkgroep een beter alternatief geweest dan een openbare aanbesteding, waarbij geen ruimte is om de vergunbare opdracht te wijzigen.

Vraag e) Kan het verkoopproces opnieuw worden gedaan?

Kort antwoord

- 3.31. Het verkoopproces kan in beginsel niet opnieuw worden gedaan zonder dat Kloos 2 daarmee instemt.

Toelichting

- 3.32. Zoals hiervoor uiteengezet (zie randnummer 3.2. en volgende) kan de gemeente niet zonder juridische risico's de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 afblazen of opnieuw doen. Partijen zitten namelijk in de zogeheten precontractuele fase, waarbij hun rechtsverhoudingen worden beheerst door de goede trouw. Partijen zitten in een zodanig stadium dat het afblazen van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 door de rechter in strijd met de goede trouw kan worden geacht, omdat partijen over en weer erop mochten vertrouwen dat een contract zou worden gesloten en de verkoop geëffectueerd zou worden.

Vraag f) welke punten behoeven aandacht?

Kort antwoord

- 3.33. Kloos 2 moet door het college gewezen worden op de autonome positie van de gemeenteraad voor wat betreft het wijzigen of vaststellen van het bestemmingsplan en ter zake hiervan moet het college een voorbehoud bedingen in de eventueel te sluiten koopovereenkomst.

Toelichting

- 3.34. Zoals hiervoor onder randnummer 3.7. is weergegeven, is voor het plan van Kloos 2 waarschijnlijk een wijziging van het bestemmingsplan noodzakelijk om de bestemming 'woning' op locatie mogelijk te maken. Ter zake hiervan heeft de gemeenteraad een autonome positie en is de gemeenteraad het bevoegd gezag. Kloos 2 moet derhalve beseffen dat realisatie van haar ontwikkelingsplan via het bestemmingsplan onderworpen is aan goedkeuring van de gemeenteraad. Het college wordt geadviseerd ter zake hiervan een voorbehoud te maken in een eventueel te sluiten koopovereenkomst. Daarnaast verdient het aanbeveling om zowel met Kloos 2 als werkgroep Kolkschool in gesprek te gaan om te bezien of het niet mogelijk is om het ontwikkelingsplan van Kloos 2 (loftwoning in de Kolkschool) te combineren met een deel van het ontwikkelingsplan van de werkgroep Kolkschool, zoals een cultureel deel in de gymzaal. Dat kan de weg bij de gemeenteraad vrijmaken voor het wijzigen van een bestemmingsplan.

4. SYNTHESE EN CONCLUSIES

4.1. Op basis van het voorgaande kunnen samenvattend de volgende conclusies worden getrokken:

- De gemeente kan niet zonder juridische risico's de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 afblazen;
- Op basis van de voorliggende feiten kan niet gesteld worden dat de gemeente het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden ten opzichte van de werkgroep Kolkschool;
- Op basis van de voorliggende feiten kan niet gesteld worden dat de werkgroep Kolkschool is benadeeld door de mail van 12 februari 2019;
- Doordat de gemeente niet voor een openbare aanbesteding heeft gekozen, zoals bedoeld in de aanbestedingswet, heeft de werkgroep Kolkschool alle vrijheid en gelegenheid gehad om een eigen ontwikkelingsplan te formuleren en een bieding te doen;
- Aangezien partijen (de gemeente en Kloos 2) in de zogeheten precontractuele fase zitten, waarbij hun rechtsverhoudingen worden beheerst door de goede trouw, ligt het niet voor de hand om het verkoopproces opnieuw te doen. Partijen zitten immers in een zodanig stadium, dat het afblazen van de verkoop van de Kolkschool aan Kloos 2 door de rechter in strijd met de goede trouw kan worden geacht;
- Kloos 2 dient erop gewezen te worden dat de gemeenteraad een eigen autonome positie heeft voor wat betreft de eventuele wijziging van het bestemmingsplan en ter zake hiervan dient het college in een eventuele koopovereenkomst met Kloos 2 een voorbehoud te maken. Kloos 2 doet er echter verstandig aan om in dat kader in overleg te treden met zowel de gemeente als werkgroep Kolkschool om te bezien of minnelijke oplossing mogelijk is.

4.2. Vanzelfsprekend ben ik bereid om dit advies mondeling nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Mr. M. (Mousa) Ichoh
Advocaat

Scope en toepassing advies

Dit advies is geschreven op verzoek van en uitsluitend bestemd voor de gemeente Almelo. Derden kunnen aan dit advies geen rechten ontleen. Dit advies heeft een informatief karakter en kan derhalve niet worden gebruikt voor andere doeleinden. Dit advies is uitdrukkelijk geen juridische opinie.