

Rapport

Rapport

Rapport betreffende een klacht over het college van burgemeester en wethouders van Utrecht.

Datum: 19 mei 2014

Rapportnummer 2014/052

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de gemeente Utrecht hem in het kader van een aanbestedingsprocedure niet dezelfde, gunstige voorwaarden heeft aangeboden als is gedaan aan de ondernemer aan wie de opdracht nadien is gegund.

De feiten en omstandigheden

Wat betreft de gemeentelijke plannen

De gemeente Utrecht is in 1997 gestart met de ontwikkeling van de plannen van het nieuwe stadsdeel Leidsche Rijn, ten westen van het centrum van Utrecht. In de uitwerking van de stedenbouwkundige plannen voor het centrum van Leidsche Rijn is onder meer een bioscoopvoorziening, het 'Multi Media Educatie Centrum', opgenomen. In dat plan zijn de randvoorwaarden voor de ontwikkeling, de ambitie en de beeldkwaliteit van de locatie beschreven.

Het gebouw krijgt circa 2000 stoelen in 7 verschillende zalen, aangevuld met horeca. Primair is de exploitatie van een bioscoop voor alle nieuwe films en daarnaast het live streamen van concerten en colleges van universiteiten over de hele wereld. Daarnaast zal het gebouw gebruikt worden voor congressen en conferenties.

Het complex moet komen te liggen aan een plein dat medio 2014 aangelegd zal zijn. Om een exploitant te vinden voor het te ontwikkelen complex startte de gemeente in 2012 een selectieprocedure.

Wat betreft de regels voor aanbesteding

Voor de aanbesteding van overheidsopdrachten gelden wettelijke regels. De basis is de Europese richtlijn nr. 2004/178/EG voor de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen. Deze richtlijn leidde tot de Aanbestedingswet 2012, die op 1 april 2013 in werking is getreden.

Tot de invoering van de nieuwe wet gold het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van 16 juli 2005. Op grond van dat besluit dient de overheid bij

het aanbesteden van overheidsopdrachten ondernemers gelijk te behandelen en transparant te handelen.

De ontwikkeling van een bioscoop in Leidsche Rijn is niet aangemerkt als een overheidsopdracht in de zin van het Bao. Één van de criteria daarvoor is, dat sprake moet zijn van een rechtstreeks economisch belang bij de aanbestedende dienst en dat deed zich hier niet voor.

In dit verband wees het college erop, dat de gemeente is gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de vereisten van redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen.

Wat betreft de selectieprocedure voor het bioscoopcomplex.

Begin 2012 benaderde het Projectbureau Leidsche Rijn van de gemeente drie bioscoopexploitanten als mogelijk geïnteresseerden in de ontwikkeling van de bioscoopvoorziening. Deze drie partijen kregen rond 31 januari 2012 een selectieleidraad met de randvoorwaarden. Eén van de voorwaarden was een grondprijs van € 400 per m². Deze prijs was gebaseerd op de geraamde opbrengst, verminderd met de stichtingskosten (exclusief de grondkosten). Uitgangspunt daarbij was dat de parkeergarage van het complex budgettair neutraal (geen grondkosten en een dekking van de bouwkosten uit de opbrengsten) kon worden gerealiseerd.

In de maand maart 2012 trok één van de drie gegadigden zich terug, en van de andere twee, waaronder verzoeker en zijn zakenpartner, ontving de gemeente geen geldige bieding. Daarmee was de selectieprocedure beëindigd.

De gemeente voerde vervolgens nieuwe gesprekken met de afgefallen partijen, waarna de selectiecriteria werden aangepast. Op 15 mei 2012 benaderde de gemeente alle drie de beoogde exploitanten opnieuw met een verzoek of zij mee wilden doen aan een selectieprocedure. Eén der partijen trok zich daarop opnieuw terug. De andere twee, waaronder verzoeker en zijn zakenpartner, lieten in juni 2012 opnieuw weten dat zij geen onvoorwaardelijke bieding konden doen. Daarmee werd ook deze procedure beëindigd. In de vervolgesprekken die de gemeente in juli 2012 met de afgefallen partijen voerde gaven beide partijen aan onder meer de verlangde uitgifteprijs te hoog te vinden.

Daarop besloot het college van burgemeester en wethouders met één partij verder te onderhandelen.

De onderhandelingen tussen de gemeente en verzoeker

a. de lezing van verzoeker

Verzoeker wees erop, dat hij al vanaf 2009 bij het project is betrokken en dat hij in 2012 met de gemeente over het project heeft gesproken. Bij de onderhandelingen was hij er steeds van uitgegaan dat de grondprijs op € 400 per m2 was getaxeerd. Op het verzoek van de gemeente om aan te geven onder welke voorwaarden het bedrijf van zijn zakenpartner een bioscoop zou kunnen realiseren, sprak een medewerker van zijn zakenpartner in november 2012 telefonisch met een medewerker van de gemeente. Anders dan de gemeente stelde (zie hierna, onder b.) is volgens verzoeker niet voorgesteld om de grond "om niet" te geven en een exploitatiegarantie te verstrekken. Wel is in algemene zin besproken dat een bioscoop op de geplande locatie en een opening in 2013/2014 niet rendabel zou zijn en daarvoor ook geen investeerder kon worden gevonden. Op de vraag van betrokken ambtenaar om toch door te zetten is toen gereageerd met de opmerking om de grond "om niet te geven" en een exploitatiegarantie te geven, maar dat was volgens verzoeker niet serieus bedoeld. Dat zou immers een verzoek om overheidssteun zijn en dat past niet bij het bedrijf, omdat het trots is op zijn bedrijfsvoering zonder subsidies of andere overheidssteun.

b. de lezing van de gemeente

Na de brief van 25 juni 2012 waarmee de gemeente verzoekers zakenpartner uitnodigde voor een gesprek over de voorwaarden waaronder hij wel bereid zou zijn om een bioscoopvoorziening te ontwikkelen, is hierover in de daarop volgende maanden met verzoeker gesproken. In het laatst gesprek is verzoeker en zijn zakenpartner nogmaals en nadrukkelijk gevraagd om los van de selectiecriteria, een voorstel voor de ontwikkeling van een bioscoopvoorziening te doen. De afspraak was dat zij uiterlijk 9 november 2012 zouden reageren, maar ook na een herhaald verzoek is dat nooit gebeurd. Uiteindelijk is de gemeente op 16 november 2012 telefonisch meegedeeld dat zij thans niet op de desbetreffende locatie wilden investeren en pas in 2018/2019, als duidelijk zou zijn geworden hoe het winkelgebied rond de geplande bioscoop functioneerde, dat standpunt wilden heroverwegen. Dit, tenzij de grond "om niet" van de gemeente kon worden verkregen en het bedrijf een garantie voor het exploitatieresultaat zou krijgen. De gemeente deelde een medewerker van dit bedrijf op 23 november 2012 telefonisch mede, dat aan die voorwaarden niet kon worden voldaan, en bevestigde dat per brief van 26 november 2012. In de brief is verder meegedeeld dat met de enig overgebleven andere partij verder zou worden gesproken. Verzoekers zakenpartner heeft op die brief niet gereageerd.

De onderhandelingen tussen de gemeente en de derde partij

Omdat de bewoners van Leidsche Rijn een snelle ontwikkeling van een bioscoop wensten ging de gemeente medio december 2012 in gesprek met de derde partij, met de vraag of deze nog geïnteresseerd was en bereid tot investeren op de beoogde locatie. Begin januari 2013 gaf deze partij aan hoe zij dacht een bioscoop te kunnen ontwikkelen waarmee binnen korte termijn overeenstemming is bereikt. Op van basis van het ontwerp

van deze partij is door een onafhankelijk taxateur een taxatie gedaan. Na mondelinge informatie van de taxateur over de geschatte grondwaarde werkte de gemeente op basis van het concept dat al bij de selectieleidraad was gevoegd de uitgifteovereenkomst verder uit. Na de ontvangst van het taxatierapport van 26 februari 2013 is vervolgens op 28 februari 2013 de uitgifteovereenkomst gesloten.

Het standpunt van verzoeker

Verzoeker stelde, dat de derde partij de grond is aangeboden voor circa een kwart (€ 107 per m²) van het bedrag dat aan het bedrijf van zijn zakenpartner is gevraagd. Ook heeft de gemeente van deze derde niet verlangd dat een parkeergarage zou worden gerealiseerd, maar doet de gemeente dat in eigen beheer. Verzoeker en zijn zakenpartner achten zich door deze gang van zaken benadeeld.

Het standpunt van het college van burgemeester en wethouders

Het college stelde voorop, dat een onderhandse selectieprocedure tot tweemaal toe niet tot een resultaat had geleid. Vervolgens is exclusief met het bedrijf waarmee verzoeker samenwerkt verder gesproken.

Verzoeker en zijn zakenpartner is daarbij verzocht om aan te geven onder welke condities hij, los van de selectiecriteria, een voorstel voor de ontwikkeling van een bioscoopvoorziening te doen. Een dergelijk voorstel is echter nooit ontvangen.

Vervolgens is de andere partij exact hetzelfde gevraagd als verzoeker en zijn zakenpartner.

De randvoorwaarde van een grondprijs van € 400 m² is gehanteerd in de onderhandse selectieprocedures. Daarna is er één op één met gegadigden onderhandeld, waarbij de eerdere selectiecriteria zijn losgelaten.

Nadat een onafhankelijke taxatie was uitgevoerd is met de derde partij een overeenkomst over de uitgifte gesloten, en inmiddels is aan deze derde een omgevingsvergunning verleend.

De reactie op het verslag van verzoeker

In zijn reactie op het verslag van bevindingen deelde verzoeker mee, dat zijns inziens de plannen van de gemeente nu zijn beschreven alsof is uitgegaan van een exploitatie door de derde partij. Verder stelde hij dat hoewel voor de parkeergarage geen bouwkosten verschuldigd waren, die garage toch gebouwd diende te worden en daarvoor dus een voorziening moest worden getroffen. Het projectbureau voor de realisatie van Leidsche Rijn is ook belast met de uitgifte van grond aan projectontwikkelaars. Volgens verzoeker mocht hij er vanuit gaan dat het projectbureau met de in lange tijd opgebouwde expertise

een correcte grondprijs kon vaststellen en dat het genoemde bedrag van € 400 de uitkomst was van een gedegen waardebeoordeling. Volgens verzoeker werden in het voorjaar van 2014 in Leidse Rijn diverse percelen grond voor de vestiging van bedrijven aangeboden voor minder dan € 250.

Wat betreft de realisatie van de bioscoop zonder overheidssteun wees verzoeker er nog op, dat dit pas mogelijk is na de ontwikkeling van het winkelgebied in 2018/2019, waarbij ook meespeelt dat het nog ontbreekt aan een goede loop/fietsverbinding met de locatie van de bioscoop.

De reactie op het verslag van het college

In zijn reactie op het verslag van bevindingen deelde het college onder meer zich niet de kunnen vinden in verzoekers opvatting dat de gemeente geen betrouwbare partner is. Het college achtte het complex van feiten voldoende duidelijk en wees er op dat in onderhandelingen met een professionele partij mag worden verwacht dat die kennelijke of vermeende onduidelijkheden, zoals in dit geval met betrekking tot de grondprijs, aan de orde stelt. Volgens het college is volstrekt duidelijk geweest dat na het mislukken van twee onderhandse selectieprocedures onder meer het criterium van de grondprijs was losgelaten. Dat geldt ook voor de gesprekken met verzoeker en zijn zakenpartner. Het kan daarom geen verrassing zijn geweest dat de uiteindelijke grondprijs en andere was dan de prijs ten tijde van onderhandse selectieprocedure. Tot slot wees het college erop dat van verzoekers zakenpartner, de formele onderhandelingspartner, geen klacht of dergelijke is ontvangen.

Beoordeling

Het vereiste van betrouwbaarheid houdt in dat de overheid binnen het wettelijk kader en eerlijk en oprecht handelt. Dit impliceert dat gerechtvaardigde verwachtingen die door uitspraken van de overheid zijn opgewekt moeten worden gehonoreerd. Uit een oogpunt van behoorlijk overheidsoptreden mag van een overheidsinstantie worden verlangd dat gelijke of vergelijkbare gevallen gelijk worden behandeld.

Overheidsinstanties zijn verplicht om voor het aanbesteden van grote opdrachten de in de wet voorgeschreven procedures te volgen. Daardoor kan helder worden gemaakt dat een opdracht integer is aanbesteed en kan publiek worden verantwoord dat niet een te hoge prijs is betaald.

Volgens het college van burgemeester en wethouders ging het hier echter niet om opdracht in de zin van de wettelijke voorschriften.

Het is aannemelijk dat het aantal bioscoopexploitanten dat geïnteresseerd was in de ontwikkeling van de door de gemeente gewenste bioscoopvoorziening beperkt is. De drie

mogelijke gegadigden zijn alle drie via een leidraad geïnformeerd over de selectiecriteria, maar geen van hen kon of wilde aan deze criteria voldoen.

De gemeente heeft hen daarop benaderd met een nieuw verzoek, op basis van aangepaste selectiecriteria. Ook aan dit verzoek konden of wilden de betrokken partijen niet voldoen. Daarop heeft de gemeente hen nogmaals uitgenodigd, dit keer voor overleg over de condities waaronder zij dan wel een mogelijkheid zagen om het project te ontwikkelen.

De gemeente heeft als eerste gesproken met het bedrijf waarmee verzoeker samenwerkt. Daarbij bleek dat dit bedrijf pas rond 2018 een afweging met betrekking tot een investering te willen maken. Volgens het college was in een telefoongesprek op 16 november 2012 met een medewerker van het bedrijf gezegd dat dit anders zou zijn als de grond "om niet" zou worden gegeven en een garanties zou worden geboden voor het exploitatieresultaat. Volgens verzoeker is dat niet, of niet in die bewoordingen zo gezegd.

De gemeente heeft het bedrijf op 26 november 2012 schriftelijk bevestigd dat niet op deze condities kon worden ingegaan. Het bedrijf heeft op die brief niet gereageerd.

Het standpunt van de gemeente is alleszins redelijk, omdat instemmen met deze condities kon worden uitgelegd als ongeoorloofde staatssteun. Daarbij was ook van belang de wens van de bewoners van Leidse Rijn om vlot een bioscoopvoorziening te realiseren en niet pas rond 2018.

Ondanks een herhaald verzoek van gemeentezijde om uiterlijk 9 november 2012 uitsluitel te geven over hun condities hebben verzoeker noch zijn zakenpartner dat overigens nooit concreet gedaan, ook niet in dat laatste telefoongesprek op 16 november 2012.

Vervolgens kwam de gemeente tot overeenstemming met de derde partij. Deze partij was, evenals verzoeker en zijn zakenpartner, gevraagd om een voorstel te doen, los van de eerdere selectiecriteria. Van het eerder gehanteerde criterium van een grondprijs van € 400 per m² was in deze fase van de onderhandelingen dus geen sprake meer. Aangezien de gemeente en verzoekers zakenpartner geen overeenstemming hebben bereikt, was de gemeente vrij om met de derde partij besprekingen aan te gaan over de voorwaarden waaronder een akkoord kon worden bereikt. Dat akkoord is ook bereikt, mede op basis van een onafhankelijke taxatie van de grondprijs.

Volgens verzoeker had de gemeente hem de grond ook voor deze prijs moeten bieden.

In dat standpunt kan hij echter niet worden gevolgd. Verzoeker en zijn zakenpartner hadden in deze laatste fase als eerste de gelegenheid om met de gemeente te onderhandelen, dus ook over de grondprijs. De condities van verzoekers zakenpartner bleken voor de gemeente niet acceptabel, waarna de besprekingen zijn stopgezet.

Het valt niet in te zien waarom de gemeente na het bereiken van overeenstemming met de derde partij ook verzoekers zakenpartner nog weer de gelegenheid voor een nieuw voorstel had moeten geven.

De onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouders van Utrecht is behoorlijk.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van het college van burgemeester en wethouder van Utrecht is niet gegrond.

De Nationale ombudsman,

mr. F.J.W.M. van Dooren,

waarnemend ombudsman