



Notitie kavel 4B1 Sluisbuurt:

Aan 5.1, 2, e 5.1, 2, e
CC 5.1, 5.1, 2, e
Van 5.1, 2, e en 5.1, 2, e
Datum 24 september 2024

Inleiding

Kavel 4B1 is in december 2021 op de markt gebracht en betrof een tender met de nadruk op ruimtelijke kwaliteit en middeldure koopwoningen en voorzieningen. Een combinatie van NAT architecten NL BV, van 5.1, 2, f, van 5.1, 2, f, en Stichting het Open IJnde was de winnaar van de tender. Op 22 september 2022 is de optieovereenkomst tot stand gekomen. Op 9 november 2024 vervalt de optietermijn. Op dit moment is de omgevingsvergunning bijna verleend en is de erfpachtaanbieding klaar om verstuurd te worden. De ontwikkelaar wil zo snel mogelijk starten met de bouw. De verkoop van de 58 woningen verloopt zeer voorspoedig.

Verzoek tot oprichten project B.V.

De ontwikkelaar heeft kort na het gunnen van de tender al verzocht een project B.V op te richten. Daar is toen door de gemeente op gereageerd dat dit onder voorwaarden mogelijk is. Aan die voorwaarden voldeden partijen toen niet. Dit onderwerp is toen verder niet meer actief besproken. De ontwikkelaar heeft opnieuw het verzoek gedaan om een project B.V op te richten. Ook hier hebben wij op geantwoord dat dit onder voorwaarden mogelijk was, maar dat zij met de door hun voorgestelde constructie niet aan die voorwaarden voldoen. Belangrijkste reden om niet mee te werken is dat de optieovereenkomst en de overige tenderstukken er niet in voorzien dat er *nieuwe partijen* aan die project B.V worden toegevoegd.

Het voorstel

Het voorstel van ontwikkelaar is als volgt:

De project BV, genaamd de 5.1, 2, e zal bestaan uit vier aandeelhouders, te weten:

- 5.1, 2, e
-
- 5.1, 2, e 5.1, 2, e
- 5.1, 2, f

Dit betekent dat twee nieuwe partijen toegevoegd zullen worden, namelijk 5.1, 2, e
5.1, 2, f

Partijen hebben desgevraagd aangegeven dit voorstel te doen om de volgende redenen:

1. Fiscaliteit: het biedt fiscale nadelen wanneer de koopovereenkomsten woningen worden gesloten tussen kopers en de Stichting Het Open IJnde (conform de huidige situatie). Verschillende fiscale regimes zouden lastige verrekeningen noodzakelijk maken. .

2. Financierbaarheid: Op dit moment is er nog geen afnemer gevonden voor de commerciële ruimten (circa 1.300 m² bvo). De huidige optienemers kunnen dit niet zelf financieren, maar de aannemer 5.1, 2, e -5.1, 2, e 5.1, 2, e wil deze commerciële ruimten wel financieren. In ruil daarvoor wenst deze een belang in de project B.V.
3. Eenduidigheid naar de kopers: de ontwikkelaar vindt het belangrijk dat naar de kopers een duidelijke en eenduidige verkoper is. In de huidige situatie maken natuurlijke personen onderdeel uit van de Stichting Het Open IJnde die geen betrokkenheid hebben bij deze ontwikkeling. Hiervoor hebben partijen onderling een vrijwaring getekend.

Daarnaast voeren partijen aan dat:

4. Wijziging in model optieovereenkomst. Hoewel de gesloten optieovereenkomst voor kavel 4B1 geen mogelijkheid biedt om partijen toe te voegen aan een project BV, biedt de gemeente in de nieuwe/huidige model-optieovereenkomsten deze mogelijkheid wel. Zou de optieovereenkomst nu dus gesloten worden dan hadden de partijen deze constructie wel kunnen toepassen. Hoewel naar de letter van de overeenkomst volgens de gemeente niet toegestaan, meent de ontwikkelaar dat haar voorstel wel past in de geest van aanpassingen die de gemeente inmiddels heeft doorgevoerd.
5. Zij hechten aan de samenwerking met gemeente en vragen daarom vooraf toestemming. Dit in tegenstelling tot andere partijen hen bekende partijen die zonder toestemming te vragen aanpassingen doorvoeren.

Het projectteam hecht vooral veel waarde aan argument 2, omdat dit van belang is voor de voortgang van het project. De ontwikkelaar staat klaar om de erfpachtovereenkomst te tekenen en te starten met de bouw. Mocht de gemeente niet akkoord gaan met dit verzoek dan staat de financierbaarheid van het project onder druk en is het onzeker of het project op korte termijn doorgang zal vinden. De strenge lijn van G&O en de recente aanpassing zijn er op gericht om speculatie en de handel in grondopties te voorkomen. In het geval van 4B1 en de wijzigingen in de B.V is er hierover geen enkele zorg. Dit neemt niet weg dat het juridisch anders is dan bij uitschrijven was vastgelegd.

Advies JZ

JZ adviseert niet in te stemmen met het verzoek van de ontwikkelaar.

Bij een tender moeten de aanbestedingsbeginselen (zoals gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit, objectiviteit) in acht worden genomen. Deze beginselen zijn uitgewerkt in de Aanbestedingswet 2012 en onderdeel van deze wet is het leerstuk van de wezenlijke wijziging. Met betrekking tot het vervangen van de oorspronkelijke opdrachtnemer bepaalt de aanbestedingswet expliciet dat dit alleen mogelijk is ten gevolge van:

1. een ondubbelzinnige herzieningsclausule, of
2. rechtsopvolging in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer ten gevolge van herstructurering van de onderneming door een andere ondernemer, welke moet voldoen aan de oorspronkelijk vastgestelde geschiktheidseisen.

In alle andere situaties is sprake van een wezenlijke wijziging en dat is niet mogelijk zonder de selectieprocedure opnieuw te doen.

Van een ondubbelzinnige herzieningsclausule is in dit geval geen sprake. In de selectiebrochure is enkel opgenomen dat de combinatie van partijen niet gewijzigd mag worden zonder

voorafgaande toestemming van de gemeente. Een dergelijke omschrijving is echter niet voldoende om aan te kunnen merken als een ondubbelzinnige herzieningsclausule. Daarvoor moet uit de bepaling meer blijken over de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen en de voorwaarden waaronder de herzieningsclausule kan worden toegepast.

Het oprichten van een project B.V. is als herstructurering aan te merken, maar met het voorstel van de ontwikkelaar zouden er naast de partijen uit de oorspronkelijke combinatie ook nieuwe partijen aandeelhouder worden van de project BV. Daarmee is geen sprake van rechtsopvolging in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer. Het toevoegen van nieuwe partijen leidt dus eveneens tot een wezenlijke wijziging.

Met betrekking tot het vervangen van de oorspronkelijke opdrachtnemer is limitatief bepaald in welke gevallen dat mogelijk is. De argumenten die de ontwikkelaar aandraagt leiden dan ook niet tot een ander oordeel. De fiscale consequenties hadden voorafgaand aan de inschrijving moeten worden bepaald. Hetzelfde geldt voor de financierbaarheid van het project alsmede de eenduidigheid richting de kopers die nu kennelijk ontbreekt. Dat de gemeente vanaf een later moment bij andere tenders wel een ondubbelzinnige herzieningsclausule heeft opgenomen in tenderstukken kan natuurlijk nooit betekenen dat de gewenste wijziging daarmee nu ook mogelijk is. Het gaat er juist om dat alle partijen die hebben ingeschreven voor deze tender of overwogen hebben dit te doen, uit kunnen gaan van de voorwaarden zoals opgenomen in de tenderstukken. Wat bij andere tenders in de voorwaarden is opgenomen doet uiteraard niet ter zake in deze tender. Dat nu in tenders wel een ondubbelzinnige herzieningsclausule is opgenomen leidt juist tot de conclusie dat dat in eerdere gevallen zoals onderhavige tender niet het geval is en is te meer een argument waarom geen wijziging kan plaatsvinden in de opdrachtnemer. Het argument dat andere partijen zonder toestemming van de gemeente dergelijke wijzigingen zouden doorvoeren snijdt uiteraard ook geen hout. Los van het feit of dat zo is (bij JZ zijn daarvan geen gevallen bekend) betekent dat natuurlijk niet dat de gemeente daarom nu de aanbestedingsbeginselen naast zich neer zou moeten leggen en toestemming zou moeten verlenen, waarbij de gemeente het risico loopt door andere partijen hierop aangesproken te worden.

Met betrekking tot de hierna genoemde optie 1 merkt JZ op dat overdracht van het recht op levering van het erfpachtrecht conform de erfpachtaanbieding onder voorwaarden alleen mogelijk is indien dit plaatsvindt aan de eindgebruiker (de belegger of de bewoner). Daar is in dit geval geen sprake van.

Voor de goede orde wil JZ benadrukken dat de gemeente naar deze partij al vanaf het begin (voor ondertekening optieovereenkomst in **september 2022**) heeft aangegeven dat het niet is toegestaan nieuwe partijen toe te voegen. Als de gemeente dit standpunt nu toch wenst te herzien wekt dat de indruk dat als je maar lang genoeg dezelfde vraag stelt, je uiteindelijk wel je zin krijgt. Ook goed om in ogenschouw te nemen dat de mensen die achter deze inschrijvers zitten vaker bij tenders inschrijven. De stappen die de gemeente nu neemt, nemen zij mee bij de andere tenders.

Opties

Er zijn drie opties mogelijke opties:

1. Deels instemmen: meewerken aan het oprichten van de project B.V. maar pas nadat de erfpachtovereenkomst is getekend. Zo wordt de optieovereenkomst opgevolgd door een erfpachtaanbieding die getekend wordt door de partij die ook de optie gegund heeft gekregen. Voor de ontwikkelaar heeft dit fiscaal gezien en voor eenduidigheid naar de kopers toe niet de voorkeur. Ook zorgt het voor meerkosten (oa notaris)
2. Instemmen met het verzoek voordat de erfpachtaanbieding wordt gedaan. De erfpachtaanbieding wordt dan gedaan aan de project B.V.. Dit heeft de voorkeur van de ontwikkelaar.
3. Niet instemmen met verzoek.

Project Sluisbuurt adviseert optie 2, waarbij ze de voortgang van de woningbouwproductie laat prevaleren boven de risico's die het toestaan van een wezenlijke wijziging met zich mee brengt.