

Aan de raad van de gemeente Leusden

Uw brief van
Uw kenmerk
Uw emailadres

Ons kenmerk: 229294

Behandeld door:
Telefoonnummer:
Verzonden:

Onderwerp: risico's bij twee raadsvoorstellen inzake
project Biezenkamp

Geachte raad,

De raadsvoorstellen "Financieringsconstructie Biezenkamp" en "MFC's / onderwijscentra Atlas en Atria" die u zijn aangeboden ter behandeling in uw raadsvergadering van 10 juli aanstaande bevatten onderdelen waaraan specifieke risico's zijn verbonden. Met deze geheime brief informeren wij u over deze risico's.

Staatssteun

De financieringsconstructie heeft tot doel om het project MFC in de Biezenkamp in financiële zin haalbaar te maken in de grondexploitatie van Heijmans door de druk op de financiële balans van Heijmans te verlichten, teneinde een voortgang in het project te borgen zonder negatieve financiële gevolgen voor de gemeente. Deze werkwijze zou kunnen worden aangemerkt als een niet toelaatbare vorm van staatssteun.

De constructie levert een financiële optimalisatie op die de gemeente gebruikt om te investeren in de aanleg van infrastructuur in de Biezenkamp. Volgens de Samenwerkingsovereenkomst Biezenkamp zouden de investeringen in infrastructuur in opdracht van Heijmans geschieden. Het gedeeltelijk overnemen daarvan kan mogelijk uit oogpunt van Staatssteun worden uitgelegd als een versoepeling van eerder gemaakte afspraken. Uit het besluit van de Commissie "Leidschendam Centrum" volgt dat het versoepelen van afspraken in een samenwerkingsovereenkomst - in dat betreffende geval in de vorm van het hanteren van een lagere grondprijs dan oorspronkelijk overeengekomen - staatssteun oplevert. In de voorliggende financieringsconstructie voor de Biezenkamp ziet de versoepeling echter niet op de grondprijs, maar op investeringen in infrastructuur. Daarvoor geldt dat deze geen staatssteun opleveren, zolang deze duidelijk gericht zijn op kosten voor algemene infrastructuur en openbare ruimte. Dit wordt gezien als een typische taak van de overheid, zonder specifiek voordeel. Er lijkt daarom, ondanks de versoepeling van de

Bezoekadres:	't Erf 1, LEUSDEN	Telefoon:	(033) 49 61 611
Postadres:	Postbus 150, 3830 AD LEUSDEN	Fax:	(033) 49 61 500
Bankreknr:	33.59.28.900		
Email:	gemeente@leusden.nl	Website:	www.leusden.nl

afspraken, geen sprake te zijn van staatssteun, maar de complexe regelgeving en grillige jurisprudentie op dit terrein maken het bieden van zekerheid vooraf helaas onmogelijk.

Op 28 januari 2014 zond het college de raad een brief betreffende de juridische en procesmatige risico's van wijzigingsovereenkomsten bij gebiedsontwikkelingen, mede geschreven met het oog op de voorziene wijziging van de samenwerkingsovereenkomst Biezenkamp. De brief signaleert dat het tussentijds wijzigen van een overeenkomst in een gebiedsontwikkelingsproject het risico met zich meebrengt op niet-toelaatbare staatssteun. Teneinde niet in herhaling te vervallen voor wat betreft de achtergronden van de staatssteunproblematiek en de daarbij optredende risico's en gevolgen, wordt verwezen naar voormelde brief, die als bijlage bij deze brief gaat.

Onteigening

In het voorstel "Financieringsconstructie Biezenkamp" worden oplossingen geduid die erin voorzien dat het U-blok mogelijk wordt gehandhaafd. Deze mogelijke ontwikkeling ondergraaft uw argumentatie dat onteigening van Ossensteegje 5 urgent is. Dit kan vergaande consequenties hebben voor het onteigeningsproces.

In het onteigeningsrecht geldt het principe dat een onteigening urgent moet zijn. Het komt erop neer dat vast moet staan dat binnen vijf jaar na het onteigeningsbesluit van de Kroon met de planuitvoering kan en zal worden begonnen. Daarnaast dient binnen drie jaar nadat de onteigening door de rechter is uitgesproken met de uitvoering te worden begonnen, omdat de voormalige eigenaar de onteigende zaak anders kan terugvorderen. Als gevolg van de in het kader van de financieringsconstructie gemaakte afspraken krijgt Heijmans een optie, niet de verplichting, met een termijn van 5 jaar om de benodigde onroerende zaken van de gemeente te kopen voor de realisatie van blok B. Wanneer de eigenaren op de hoogte zouden komen van deze afspraak, zouden zij het urgentie criterium mogelijk met succes in stelling kunnen brengen in de lopende onteigeningsprocedure. In geval van een geslaagde onteigeningsprocedure zouden zij de zaak met succes kunnen terugvorderen wanneer Heijmans besluit het optierecht niet te verzilveren. Beide gebeurtenissen zouden leiden tot mogelijke nieuwe procedures en nieuwe onduidelijkheid over de realisatiemogelijkheden van blok B.

Aanbesteding

Het voorstel "MFC's / onderwijscentra Atlas en Atria" richt zich op het aangaan van een overeenkomst met de WSL tot het in eigendom verkrijgen van Atlas. De gemeente is gehouden in deze situatie een aanbestedingsplicht op te leggen aan de WSL. Dat is in de samenwerkingsovereenkomst inzake de realisatie en exploitatie van Multifunctionele Centra (2006) ook zo opgenomen. Daarna zijn in de Samenwerkingsovereenkomst Biezenkamp (2007) (verder: SOK) na een selectieprocedure alle bouwactiviteiten aan Proper-Stok (thans: Heijmans) gegund. In 2010 hebben de WSL en de gemeente in een Projectovereenkomst die een uitwerking is van de samenwerkingsovereenkomst MFC's uit 2006 expliciet bepaald dat de WSL een mogelijke Europese aanbestedingsplicht van de gemeente aanvaardt en dat zij die plicht krijgt doorgelegd. Medio 2011 hebben WSL en Heijmans een voornemen kenbaar gemaakt de realisatie van het MFC Atlas in een bouwteam uit te voeren, hetgeen erop neerkomt dat niet wordt aanbesteed. Een Europese aanbestedingsplicht was toen niet aan de orde, aangezien de bouwsom onder de drempelwaarde lag. Wel stond vast dat in principe moest worden aanbesteed op grond van het nationale aanbestedingsrecht en gemeentelijk

Bezoekadres: 't Erf 1, LEUSDEN Telefoon: (033) 49 61 611
Postadres: Postbus 150, 3830 AD LEUSDEN Fax: (033) 49 61 500
Bankreknr: 33.59.28.900
Email: gemeente@leusden.nl Website: www.leusden.nl

inkoopbeleid. Aangezien de risico's van het niet volgen daarvan beperkt zijn en de voordelen van de voorgestelde constructie met een bouwteam destijds tot een haalbare ontwikkeling leken te leiden, heeft het college november 2011 besloten hiertegen geen bedenkingen te uiten.

Ondertussen is er een nieuwe situatie ontstaan als verwoord in het raadvorstel "MFC's / onderwijscentra Atlas en Atria", waardoor de mogelijkheid zich aandient dat toch sprake is van een Europese aanbestedingsplicht. De thans voorziene bouwkosten van het MFC Atlas liggen boven de Europese aanbestedingsdrempel. Ook nieuw is dat de gemeente het MFC gaat aankopen en dat de grondrouting niet verloopt zoals voorzien in de samenwerkingsovereenkomst Biezenkamp. De reeds bestaande afspraken zijn in het verleden niet door marktpartijen ter discussie gesteld. Nu de gemeente het MFC Biezenkamp na realisatie in eigendom neemt, kan de realisatie daarvan voor marktpartijen interessanter zijn geworden, hetgeen voor hen aanleiding kan zijn juist nu actie te ondernemen.

Het niet aanbesteden van de opdracht brengt verscheidene risico's met zich mee. Er zou binnen zes maanden na contractsluiting een vordering tot vernietiging kunnen worden ingesteld door bijvoorbeeld een concurrent die zelf in aanmerking wil komen voor de ontwikkeling. De nietigheid zou leiden tot het niet kunnen uitvoeren van de gemaakte afspraken en heronderhandeling over de gevolgen daarvan voor de contractpartijen. Afgezien van een vernietigingsvordering kan een partij die zich benadeeld voelt door een onwettige onderhandse gunning een onrechtmatige-daadsactie starten bij de rechtbank en schadevergoeding vorderen. Een dergelijke vordering kan ook nog na ommekomst van de hiervoor genoemde termijn van zes maanden worden ingesteld. De kans op succes is voor de klagende partij echter (zeer) beperkt, omdat hij waarschijnlijk niet voldoende aannemelijk kan maken dat hij als gevolg van het uitblijven van een aanbesteding concrete schade heeft geleden.

Een tweede risico is dat de Europese Commissie ("Commissie"), uit eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht van een derde, een ingebrekestelling verzendt aan de lidstaat Nederland in verband met een door haar geconstateerde schending van de aanbestedingsregels. De indiener van een klacht hoeft niet zelfstandig een belang te hebben bij realisatie van het project. Een ingebrekestelling van de Commissie is altijd gericht aan de lidstaat. De lidstaat zal vervolgens de betrokken gemeente aanspreken. Indien de Commissie, ook na consultatie van de betrokken partijen en nadere bestudering van de stukken, van oordeel blijft dat de aanbestedingsregels zijn geschonden, kan dit uiteindelijk resulteren in een (langdurige) procedure bij het Hof van Justitie EU.

Een laatste aandachtspunt is dat in het kader van de rechtmatigheidscontrole op de besteding van gemeentelijke middelen (jaarrekeningcontrole) door de accountant onder meer wordt beoordeeld of de gemeente de Europese aanbestedingsregels in acht heeft genomen. Het schenden van een Europese aanbestedingsverplichting kan consequenties hebben voor de af te geven accountantsverklaring op het gebied van rechtmatigheid. Dit heeft geen directe financiële gevolgen, maar is nadelig voor het gemeentelijke imago.

Op voorhand is moeilijk in te schatten in hoeverre die risico's zich in de praktijk daadwerkelijk zullen verwezenlijken. Enerzijds lijkt bijvoorbeeld de kans op bezwaren van geïnteresseerde marktpartijen in dit geval relatief beperkt. De reeds bestaande afspraken zijn in het verleden immers niet door marktpartijen ter discussie gesteld. Anderzijds heeft de opdracht na

wijziging een ander risicoprofiel gekregen. Nu de gemeente het MFC Biezenkamp na realisatie in eigendom neemt, is er voor marktpartijen mogelijk nieuwe aanleiding om zich juist nu te roeren.

Subsidie

De provincie heeft de gemeente voor het MFC De Biezenkamp bij schrijven van 21 mei 2010 een ISV- subsidie verleend van € 600.000,-. In de brief wordt er door GS op gewezen dat de regels rond staatssteun en aanbesteding in acht moeten worden genomen. Dit is echter geen onderdeel van de voorwaarden/verplichtingen waaraan moet worden voldaan om de subsidie te verkrijgen. De gemeente hoeft aan het eind van het tijdvak of na de afronding van het project geen verantwoording af te leggen aan de provincie via een accountantsverklaring. Voor de provincie is het voldoende dat het college van B&W verantwoording aflegt aan de gemeenteraad over de inzet van de beschikbaar gestelde middelen via de gemeentelijke jaarrekening (horizontale verantwoording).

Het is daarmee volgens ons niet zo dat de provincie verleende subsidie van de gemeente kan terugvorderen als we deze Europese regels niet zouden hebben nageleefd.

Volledigheidshalve hebben wij dit punt in deze brief opgenomen.

Financiën

De uitvoering van de financieringsconstructie zal normaal gesproken budgettair neutraal voor de gemeente verlopen. Wel verandert het risicoprofiel van de interne grondexploitatie van de Biezenkamp door het verwerken van de financieringsconstructie hierin. Waar de gemeente tot nu toe faciliterend optrad in de Biezenkamp, gaat ze nu over op een meer actieve rol door het aankopen van vastgoed en het weer naar zich toetrekken van de ontwikkelrechten voor de vrijvallende locaties van de scholen. Deze risico's zien op een aantal aspecten:

- Het bezit van vastgoed. Hiermee wordt bedoeld op het feit dat het in bezit hebben van vastgoed altijd in enige mate een risico met zich meebrengt. Hier wordt niet zozeer het risico op bijvoorbeeld brand bedoeld (dat is immers goed verzekeraar), maar meer op risico's als extra tijdsbesteding (er wordt een ruit ingegooid, er treed lekkage op, etc.) en het daaruit voortvloeiende 'gedoe'. Mogelijk vloeien hier ook financiële consequenties uit voort. Het beheer van het vastgoed (onderhoud, verzekering e.d.) zijn nu niet opgenomen in de financieringsconstructie, deze worden indien mogelijk gedekt uit verhuuropbrengsten en anders verrekend bij (door)verkoop van de panden.

- De waarde van het vastgoed. De panden die de gemeente aankoopt zullen in principe na 5 jaar weer worden afgenomen door Heijmans. Dit is echter niet als harde verplichting afgesproken, het opnemen van een dergelijke harde verplichting was voor Heijmans niet aanvaardbaar. In de periode van 5 tot 10 jaar na aankoop van het vastgoed heeft Heijmans een doorverkoop verplichting en betaalt ze een vergoeding aan de gemeente die 6% hoger ligt dan de rentekosten die de gemeente heeft. Hierdoor kan in 5 jaar maximaal 30% van de boekwaarde van de panden worden verminderd. Na 10 jaar is het echter mogelijk dat de panden nog niet zijn doorverkocht. Het risico op verkoop of herontwikkeling komt dan bij de gemeente te liggen. Het verschil tussen het bedrag waarvoor de panden nu worden aangekocht en de (door onafhankelijke derden te taxeren) marktwaarde wordt echter afgedekt door een concerngarantie van Heijmans. Dit risico wordt dan ook als goed beheersbaar ingeschat.

- De waarde van de ontwikkelrechten. De ontwikkelrechten worden nu voor een bedrag van € 2,0 mln. overgenomen van Heijmans. Er bestaat een risico dat de waarde van de

ontwikkelrechten lager blijkt te zijn dan deze € 2,0 mln. Dit risico wordt als klein ingeschat, de huidige inschatting is dat de daadwerkelijke waarde op dit moment hoger ligt dan € 2,0 mln. Ter verdere zekerstelling van dit risico is daarnaast overeengekomen dat Heijmans ook hier in jaar 6 tot en met 10 na de overdracht van de ontwikkelrechten een reserveringsvergoeding betaalt die 6% hoger ligt dan de rentekosten voor de gemeente.

De conclusie met betrekking tot de financiële risico's is dat deze aanvaardbaar zijn. In het afsprakenkader zijn ze namelijk binnen de verschillende onderdelen reeds in voldoende mate afgedekt (concerngarantie, 6% hogere vergoeding dan rentekosten, etc.). Daarnaast wordt ter algemene zekerstelling het ontwikkelrecht van de locatie De Kleine Beer in onderpand aan de gemeente gegeven. Dit ontwikkelrecht kan worden gebruikt om mogelijke financiële tegenslagen als gevolg van de financieringsconstructie mee op te vangen. De waarde van dit ontwikkelrecht bedraagt naar de huidige inzichten ca. € 0,7 mln. Het voordeel van het bezit van vastgoed is verder dat de gemeente meer grip en regie krijgt op de ontwikkelingen in de Biezenkamp.

Met vriendelijke groet,
het college van Leusden,

E.D. Luchtenburg
directeur-secretaris

mevrouw drs. A. Vermeulen
burgemeester

bijlage: brief aan de raad van 28 januari 2014