NOTITIE

Datum	:	4 april 2023
Aan	:	de heer F. van den Dries, gemeente Culemborg
Van	:	Mr. J.H.J. (Joris) Bax, Brackmann Aanbestedingsspecialist
Dossiernaam	:	gemeente Culemborg / rechtsopvolging zwembad de Waterlinie
Dossiernummer	:	D102663
Onderwerp	:	Advies overneming contract Optisport

1. Inleiding

1.1. De gemeente Culemborg (hierna: **de Gemeente**) is eigenaar van een perceel grond en het daarop gebouwde zwembad De Waterlinie. Voor de exploitatie van het zwembad is met Stichting Zwembad Culemborg (hierna: **SZC**) een erfpachtovereenkomst voor veertig jaar gesloten.

1.2. In 2019 heeft SZC een exploitatieovereenkomst gesloten met Optisport. Op grond van die exploitatieovereenkomst voert Optisport de exploitatie van het zwembad uit voor eigen rekening en risico, in opdracht van SZC. De looptijd van die overeenkomst is tien (10) jaar (eindigend op 1 september 2029), maar die looptijd kan telkens met vijf (5) jaar worden verlengd.

1.3. Het bestuur van SZC heeft aan de gemeente kenbaar gemaakt dat zij zal terugtreden. Waarschijnlijk leidt dat tot ontbinding van SZC. De Gemeente laat onderzoeken of, en zo ja hoe, de exploitatie van het zwembad door Optisport kan worden voortgezet, zonder dat een nieuwe overeenkomst aanbesteed hoeft te worden.

1.4. In deze notitie ga ik in op de volgende onderwerpen:

- Kan de Gemeente zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure de eigendom van het zwembad verwerven?
- Kan de Gemeente zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure de overeenkomst met Optisport overnemen c.q. voortzetten?

2. Conclusie

2.1. Ik concludeer dat de Gemeente juridisch eigenaar is van het zwembad en de grond waarop dat is gebouwd. De Gemeente is op dit moment niet de economisch eigenaar, aangezien de economisch eigendom middels een erfpacht overeenkomst is ‘overgedragen’ aan SZC. Als de erfpachtovereenkomst tussen de Gemeente en SZC eindigt, dan is de Gemeente ook weer economisch eigenaar van het zwembad. De (terug)verkrijging van de economisch eigendom is (dus) geen inkoopopdracht en valt buiten het aanbestedingsrecht.

2.2. De Gemeente kan de exploitatieovereenkomst met Optisport niet zomaar (een-op-een) voortzetten. De Gemeente is bij die overeenkomst geen partij en zij is niet de van rechtswege rechtsopvolger van SZC. De Gemeente zal dus een nieuwe overeenkomst met Optisport moeten sluiten. Daarbij kunnen dezelfde voorwaarden worden overeengekomen als die gelden in de overeenkomst tussen SZC en Optisport en zelfs worden aangesloten op de daarin genoemde looptijd. De Gemeente zal dat doen met gebruik van een – zoals zij het noemt – overeenkomst van ‘in de plaats-stelling’ (overeenkomst van contractoverneming). In

aanbestedingsrechtelijk opzicht is dit echter een inkoopopdracht die onder toepassing van de Aanbestedingswet 2012 valt.

2.3. De voorgenomen overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport is een concessieopdracht. Ik begrijp uit een door de Gemeente opgestelde raming dat de waarde daarvan over het restant van de initiële looptijd, ongeveer zes (6) jaar, onder de drempelwaarde van € 5.382.000,00 blijft. De Gemeente kan de overeenkomst met Optisport dus overnemen zonder nieuwe aanbestedingsprocedure (de overeenkomst tot 'in de plaats-stelling') als zij de looptijd beperkt houdt tot het restant van de initiële looptijd en geen gebruik maakt van de verlengingen. Om hierover geen misverstand te laten bestaan, raad ik aan om de in de overeenkomst tot 'in de plaats-stelling' op te nemen dat artikel 2.3 van de exploitatieovereenkomst tussen SZC en Optisport niet wordt overgenomen. Daarmee eindigt de voorgenomen overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport dus na afloop van de initiële looptijd (op 1 september 2029).

2.4. Gezien het gemeentelijk aanbestedingsbeleid zijn er goede mogelijkheden en (voldoende) objectieve criteria om de opdracht een-op-een aan Optisport te gunnen. In deze situatie kan het makkelijkste een overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport worden gesloten, met aanbestedingsrechtelijk de minste risico's.

2.5. Als de Gemeente wel gebruik wenst te maken van de verlengingen, dan ligt de waarde wel boven de drempel van € 5.382.000,00. De Gemeente moet de opdracht dan Europees aanbesteden. Mijns inziens is dat mogelijk niet nodig als (1) de Gemeente SZC voortzet door zelf een bestuur aan te stellen, of (2) de rechtsopvolger van SZC te worden door een statutenwijziging. Na zo'n statutenwijziging kan SZC zo nodig worden ontbonden en vereffend.

2.6. Mijn conclusies licht ik hierna verder toe.

3. Juridische kader

3.1. Op grond van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: **Aw**) moet de Gemeente voor te sluiten overeenkomsten een Europese aanbestedingsprocedure houden als aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

1) er wordt een overheidsopdracht voor leveringen en/ of werken en/ of diensten gesloten; of
2) een concessieopdracht voor werken en/ of diensten; en
3) de opdracht heeft een waarde die de Europese drempelwaarde overschrijdt, zijnde:[1]
    a. voor overheidsopdrachten voor leveringen en/ of diensten: € 215.000,00
    b. voor overheidsopdrachten voor werken en concessieopdrachten voor werken en/ of diensten: € 5.382.000,00.
4) er zijn geen uitzonderingen van toepassing.

3.2. Het verschil tussen een overheidsopdracht en een concessieopdracht, zit in de bezwarende titel. Bij een overheidsopdracht krijgt de opdrachtnemer (normaliter) een betaling inclusief winstmarge van de aanbestedende dienst voor de verrichte prestatie. Die betaling bevat ook een zekere winstmarge.

3.3. Bij een concessieopdracht krijgt de opdrachtnemer als tegenprestatie voor zijn prestatie het recht het werk of de dienst te exploiteren. Dat zogenaamde exploitatierecht houdt in dat de opdrachtnemer daarmee zijn investeringen moet terugverdienen. Het moet dan wel gaan om een werkelijk exploitatierecht, in die zin dat de opdrachtnemer het risico moet lopen zijn investeringen niet terug te verdienen en mogelijk zelfs failliet gaat aan de exploitatie

[1] Drempelwaarde in 2022 en 2023 exclusief btw.

(overweging 20 Richtlijn 2014/23/EU; artikel 5, lid 1, onder b Richtlijn 2014/24/EU)[2]. Het exploitatierecht kan gepaard gaan met een betaling van de aanbestedende dienst.

Europese aanbesteding – raming waarde

3.4. Voor de beoordeling of de drempelwaarde wordt overschreden, moet de opdrachtwaarde zorgvuldig worden geraamd. Daarvoor gelden de volgende regels:

- **Bij overheidsopdrachten** (artikel 2.15 Aw): De aanbesteder houdt rekening met alle inkomsten die de opdrachtnemer verkrijgt. Dus niet alleen de betaling van de aanbestedende dienst, maar ook eventuele betalingen van derden in verband met de uitgevoerde opdracht.[3] Het gaat om alle inkomsten gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst, waaronder eventuele verlengingen en opties (artikel 2.15, lid 2 Aw).
- **Bij concessieopdrachten** (artikel 2a.10 Aw): de waarde van een concessieopdracht raamt een aanbesteder op basis van de verwachte *omzet* die de concessiehouder behaalt met de exploitatie van de dienst of het werk gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst, inclusief eventuele verlengingen (. Voor de raming van de omzet, moet rekening worden gehouden met alle inkomsten van de concessiehouder. Dat zijn in ieder geval de inkomsten van derden in verband met het gebruik van de dienst of het werk, maar ook eventuele betalingen van de aanbesteder (bijvoorbeeld in verband met een onrendabele top).

3.5. Voor overheidsopdrachten en concessieopdrachten geldt dat de waarde geraamd moet worden over de volledige looptijd van de opdracht (artikel 2.15, lid 2 Aw/ artikel 2a.10, lid 2 Aw).

3.6. Als een opdracht Europees moet worden aanbesteed, dan gebeurt dat volgens deel 2 Aw (voor overheidsopdrachten) of volgens deel 2A Aw (voor concessieopdrachten). Alleen als een succesvol beroep op een in die delen genoemde uitzondering kan worden gedaan, kan van een Europese aanbestedingsprocedure worden afgezien.

Onderdrempelige opdrachten

3.7. Als de waarde van de opdracht niet boven de drempel ligt, dan hoeft er geen Europese aanbestedingsprocedure worden gehouden. Tenzij er een duidelijk grensoverschrijdend belang bij de opdracht is[4], heeft de Gemeente twee opties:

1) Primair moet de Gemeente haar aanbestedingsbeleid volgen (artikel 4:84 Awb). Als daarin echter een afwijkingsbevoegdheid is opgenomen, dan kan de Gemeente de opdracht ook op een andere manier gunnen. Ze moet dan wel handelen conform de afwijkingsbevoegdheid en de beslissing nemen op basis van objectieve criteria (artikel 1.4 Aw).
2) Subsidiair: de opdracht naar eigen inzicht gunnen, mits zij daarvoor objectieve criteria hanteert (artikel 1.4 Aw). Objectieve criteria die de Gemeente in acht kan nemen zijn onder meer de waarde van de opdracht, de samenstelling van de markt en de complexiteit van de opdracht (Voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit). Als de Gemeente de opdracht enkelvoudig of meervoudig onderhands wenst te gunnen, dan moet ook de keuze voor de te betrekken ondernemers worden gebaseerd op objectieve criteria.

[2] Ook: HvJEG Eurawasser 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*).
[3] HvJEG 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux*).
[4] Bij een duidelijk grensoverschrijdend belang, moet de Gemeente de opdracht toch op Europees niveau aankondigen en een passende mate van openbaarheid betrachten bij de gunning ervan (artikel 1.7, sub b Aw).

4. Verkrijging eigendom van het zwembad

4.1. Allereerst de vraag wat de Gemeente moet doen om de eigendom van het zwembad (terug) te verkrijgen.

4.2. De Gemeente en SZC sloten een erfpachtovereenkomst. Vanwege die erfpachtovereenkomst is de juridisch en economisch eigendom van het zwembad gesplitst. De Gemeente is en blijft *juridisch* eigenaar van zowel het zwembad als de grond. SZC is gedurende de looptijd van veertig jaar de *economisch* eigenaar van het zwembad. SZC mag het zwembad dus voor eigen rekening en risico (doen) exploiteren.

4.3. De Gemeente is dus steeds juridisch eigenaar van het zwembad gebleven. Na afloop van de erfpachtovereenkomst, of dat nu na verloop van de looptijd is of na tussentijdse beëindiging ervan, krijgt de Gemeente de economisch eigendom weer terug. Zodoende is er geen (afzonderlijke) verkrijging van het zwembad nodig.

4.4. Omdat de erfpachtovereenkomst een looptijd van veertig jaar heeft, is die in beginsel niet tussentijds opzegbaar. In artikel 3, lid 3 van de erfpachtovereenkomst is echter bepaald dat de Gemeente de erfpachtovereenkomst tussentijds bij exploot kan opzeggen. Dat wijst erop dat de erfpachtovereenkomst voor de Gemeente tussentijds opzegbaar is. Uiteraard moet de de Gemeente dat wel middels een exploot doen. In dat exploot moet de termijn voor ontruiming en levering van het zwembad zijn vermeld.

5. Overneming contract met Optisport

5.1. Dan de vraag of de Gemeente het contract met Optisport kan overnemen.

5.2. In beginsel is dat niet mogelijk zonder dat de Gemeente daarvoor een aanbestedingsprocedure houdt. De Gemeente is immers geen partij bij die overeenkomst en dus geen rechtsopvolger van SZC. Als SZC wordt ontbonden, treedt de Gemeente niet automatisch in haar plaats.

5.3. Als de Gemeente de overeenkomst met Optisport wenst over te nemen, is dat voor de Gemeente een nieuwe overeenkomst die onder toepassing van het aanbestedingsrecht valt. Eerst moet worden bepaald of die overeenkomst Europees moet worden aanbesteed. Daarvoor is het volgende relevant:

- De Gemeente is voornemens een overeenkomst met Optisport te sluiten onder dezelfde voorwaarden als die gelden tussen SZC en Optisport. Daaronder valt ook de looptijd van de overeenkomst. In beginsel wordt er dus geen nieuwe looptijd overgenomen. De Gemeente neemt de overeenkomst kennelijk over vanaf 1 september 2023, zodat het restant van de initiële looptijd vanaf dat moment zes jaar is.

- Uitgaande van de huidige omstandigheden omtrent de voorgenomen overeenkomst, kwalificeert die in aanbestedingsrechtelijke zin als een concessieopdracht voor diensten. Optisport verkrijgt ter invulling van de bezwarende titel immers het recht om het zwembad voor eigen rekening en risico te exploiteren. Uit dat exploitatierecht moet Optisport de investeringen daarin terugverdienen. Hoewel Optisport een bijdrage in de huur ontvangt van de Gemeente, is Optisport verder volledig afhankelijk van de inkomsten van derden.

- Omdat de overeenkomst kwalificeert als een concessieopdracht voor diensten, geldt een drempelwaarde van € 5.382.000,00. Ik begrijp dat de waarde van de voorgenomen overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport voor het restant van de initiële looptijd (zes jaar) onder de drempelwaarde blijft. De waarde wordt voor die periode geraamd op circa € 4.400.000,00. Als de contractuele verlengingsopties in de raming worden betrokken, dan zal de waarde waarschijnlijk boven de drempel liggen.

5.4. Hierna verken ik de mogelijkheden om de overeenkomst met Optisport te sluiten zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. Dat is hoofdzakelijk afhankelijk van de opdrachtwaarde.

Waarde overeenkomst overschrijdt de drempel niet

5.5. Eerst de situatie dat de omzet van Optisport over de resterende looptijd de drempelwaarde niet overschrijdt. Voor het restant van de initiële looptijd (zes jaar) blijft de geraamde opdrachtwaarde immers onder de drempelwaarde. Aangenomen wordt dat er geen buitenlandse interesse is te verwachten en er dus ook geen duidelijk grensoverschrijdend belang is (artikel 1.7, sub b Aw). De Gemeente moet dat strikt genomen wel zelf onderzoeken.

5.6. Primair moet de Gemeente haar inkoopbeleid toepassen. Op pagina 18 van het gemeente inkoopbeleid is bepaald dat voor concessieopdrachten met een onderdrempelige waarde steeds een passende inkoopprocedure wordt aangewezen.

5.7. Het inkoopbeleid van de Gemeente schrijft voor de overeenkomst met Optisport dus geen specifieke procedure voor. De Gemeente kan die naar eigen inzicht kiezen, mits die keuze is gebaseerd op objectieve criteria (artikel 1.4 Aw)

5.8. Mijns inziens kan de enkelvoudig onderhandse gunning aan Optisport op basis van (voldoende) objectieve criteria worden onderbouwd. Hoewel op de relevante markt meerdere partijen in staat zijn de exploitatie van het zwembad uit te voeren, is de reële verwachting dat een concurrent van Optisport die investering niet wil doen op korte termijn (om de exploitatie te continueren) en waarschijnlijk ook niet zonder betaling van de Gemeente. Optisport heeft de noodzakelijke investeringen al gedaan en is kennelijk bereid de exploitatie te continueren onder gelijkblijvende contractuele voorwaarden. Bedrijfseconomisch heeft dus ook de voorkeur.

5.9. Gezien het voorgaande meen ik dat het goed mogelijk is om met Optisport een exploitatieovereenkomst te sluiten waarbij de Gemeente die opdracht enkelvoudig onderhands gunt.

5.10. Een belangrijke kanttekening is wel dat de looptijd beperkt moet blijven tot het restant van de initiële looptijd. Dus tot maximaal zes (6) jaar. Voor die periode blijft de opdrachtwaarde maar net onder de drempelwaarde. Als de contractuele verleningsopties (artikel 2.3 exploitatieovereenkomst) worden meegenomen, dan zal de opdrachtwaarde zeer waarschijnlijk toch boven de drempel komen. Als de Gemeente een-op-een met Optisport een overeenkomst wil sluiten (middels de overeenkomst van 'in de plaats-stelling'), dan raad ik aan dat wordt afgezien van de contractuele verlengingsopties. Zo nodig kan in de overeenkomst van 'in de plaats-stelling' artikel 2.3 van de oorspronkelijke exploitatieovereenkomst uitdrukkelijk niet van toepassing te verklaren. Dat betekent dat de Gemeente voor het einde van de initiële looptijd wel een nieuwe aanbestedingsprocedure moet houden voor een nieuwe exploitant, afhankelijk van de op dat moment geldende regels.

Opdrachtwaarde is bovendrempelig

5.11. Als de Gemeente wel gebruik zou willen maken van de verlengingsopties, dan komt de opdrachtwaarde boven de drempelwaarde € 5.382.000,00. De Gemeente kan de overeenkomst met Optisport dan niet een-op-een overnemen (middels de overeenkomst van 'in de plaats-stelling'), maar moet een Europese aanbestedingsprocedure houden. De Gemeente mag niet zomaar een overeenkomst met Optisport sluiten zonder voorgaande Europese aanbestedingsprocedure.

5.12. De Gemeente zou desalniettemin het volgende kunnen doen om mogelijk aan een aanbestedingsplicht te ontkomen:

SZC blijft in stand en een nieuw bestuur wijzigt de statuten van SZC zodat de Gemeente rechtsopvolger van SZC wordt bij een beëindiging van SZC. In deze situatie blijft SZC bestaan en daarmee ook de overeenkomst met Optisport. Aangezien er geen nieuwe overeenkomst moet worden gesloten, is er dus geen aanbestedingsplicht.

Deze optie is naar ik verwacht vanuit aanbestedingsrechtelijk opzicht de meest eenvoudige en waarschijnlijk ook meest praktische oplossing als de opdrachtwaarde de drempel overschrijdt. Ik begrijp dat er een voorstel is om SZC tijdelijk aan te houden en een nieuw bestuur aan te laten stellen. Het nieuwe bestuur wijzigt vervolgens de statuten zodat de Gemeente een rechtsopvolger van SZC wordt, in ieder geval voor wat betreft de overeenkomst met Optisport. Als SZC later wordt geliquideerd, treedt de Gemeente automatisch in de plaats van Optisport.

Ik wijs erop dat ik volledige zekerheid dat deze werkwijze de aanbestedingsrechtelijke toets kan doorstaan niet kan geven. Naar mij bekend zijn voor deze handelswijze geen precedenten, zodat ik niet kan toetsen hoe in de rechtspraak hierover wordt gedacht.

5.13. Ook als de opdrachtwaarde boven de drempelwaarde ligt, zijn er mijns inziens dus zeker mogelijkheden om het contract met Optisport voort te zetten, zonder dat de Gemeente in strijd met het aanbestedingsrecht handelt.

5.14. Volledigheidshalve wijs ik nog op het risico van het niet Europees aanbesteden van de overeenkomst als de opdrachtwaarde toch boven de drempel zou liggen. Als de Gemeente de overeenkomst dan toch een-op-een zou gunnen, dan is de overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport vernietigbaar (artikel 4.15, lid 1, onder a Aw). Een concurrent van Optisport heeft vervolgens zes maanden om rechtsmaatregelen tegen de overeenkomst te nemen. Dat komt in de praktijk neer op

1) een kort geding waarin wordt gevorderd dat de Gemeente en Optisport worden verboden verder uitvoering te geven aan de overeenkomst. Dit kort geding moet binnen kort(re) tijd uitsluitsel bieden aan de concurrent van Optisport.

2) een gelijktijdig met het kort geding gestarte bodemprocedure waarin de vernietiging van de overeenkomst tussen de Gemeente en Optisport wordt gevorderd.

5.15. Omdat de Gemeente openbaarheid geeft aan de hele gang van zaken, is er een reëel risico dat concurrenten van Optisport hiermee bekend zullen raken. Er is dus ook een reëel risico dat zij rechtsmaatregelen overwegen.

5.16. De Gemeente kan de termijn waarbinnen de voornoemde rechtsmaatregelen kunnen worden genomen, beperken tot 30 dagen. De Gemeente moet dan een zogenaamde ex ante-bekendmaking plaatsen op TenderNed waarin ze motiveert waarom er geen Europese aanbestedingsprocedure hoeft worden gehouden (artikel 4.16, lid 1, onder a Aw).

****