

Uitsluitend per e-mail: [REDACTED]

c.c. [REDACTED]

Recreanten Adviesraad (RAR)

Behandelaar Mevrouw [REDACTED]
Functie senior advocaat
E-mail brackmann@aanbestedingsspecialist.nl
Telefoon (+31) (0)10 3032949
Fax (+31) (0)10 4184174
Betreft SCB/D102234 Recreanten Adviesraad (RAR) / advies Recreatieoord HvH
Uw referentie
Datum 15 november 2021

Beste [REDACTED]

Op jullie verzoek heb ik dit advies opgesteld, waarin ik inga op de aanbestedingsrechtelijke aspecten die samenhangen met de verkoop dan wel exploitatie van het Recreatieoord te Hoek van Holland. De onderliggende vraag is of er een scenario is waarbij de gemeente Rotterdam niet verplicht is om een aanbestedingsprocedure te voeren en waarbij de vijf kernwaarden die voor de recreanten van grote relevantie zijn, geborgd kunnen worden.

De vijf kernwaarden zijn:

- Langdurige verblijfsgarantie
- Behoud economische waarde opstal
- Kleinschalig en maatschappelijk karakter van het Recreatieoord
- Beperking excessieve stijging van de kosten per recreant
- Invloed/zeggenschap in beheer

1. Korte schets huidige situatie

- 1.1. De gemeente Rotterdam (hierna de “**Gemeente**”) is de eigenaar van het Recreatieoord en verhuurt stukken grond aan de recreanten. Op dit moment is sprake van ongeveer 1.100 recreanten. Zij huren een stuk grond en hebben daar een recreatieverblijf op gebouwd.
- 1.2. De Gemeente wenst het Recreatieoord te verkopen of in erfpacht uit te geven om het beheer en de exploitatie ervan niet langer meer zelf te hoeven doen.
- 1.3. Voor de overige relevante feiten verwijs ik naar de diverse adviezen van Pels Rijcken en van Lennart Hordijk.

2. Aanbestedingsrechtelijke aspecten - algemeen

- 2.1. Het aanbestedingsrecht speelt een rol bij het sluiten van een overeenkomst indien:
 - de opdrachtgever een aanbestedende dienst is
 - de opdracht een overheidsopdracht voor werken, leveringen en/of diensten is, dan wel een concessieopdracht voor werken en/of diensten

- de waarde van de opdracht de drempelwaarde overschrijdt
- er geen uitzonderingen van toepassing zijn

Aanbestedende dienst

2.2. Vaststaat dat de Gemeente een aanbestedende dienst is.¹

Overheidsopdracht

- 2.3. De opdracht is een overheidsopdracht als sprake is van een werk, een levering of een dienst waarbij de opdrachtgever een aanbestedende dienst is en de overeenkomst onder bezwarende titel is gesloten.²
- 2.4. ‘Onder bezwarende titel’ behelst drie aspecten: tegenprestatie, een rechtstreeks economisch belang en - als de overheidsopdracht een werk betreft - gestelde eisen die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijk kader.
- 2.5. Een tegenprestatie betekent kortweg dat sprake is van een overeenkomst waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een op geld waardeerbare tegenprestatie. Die tegenprestatie is rechtens afdwingbaar, en dat houdt in dat de ene partij de andere partij kan houden aan de te leveren tegenprestatie. Bij werken vertaalt de rechtens afdwingbaarheid zich meestal in de vorm van een bouwplicht.

Hoewel daarover geen jurisprudentie bestaat, lijkt het erop dat louter het contractuele recht van de aanbestedende dienst om de grond terug te kopen ingeval de koper de specifiek in de koopovereenkomst gespecificeerde en toegestane bebouwing niet realiseert, een onvoldoende sanctie is om te kwalificeren als juridisch bindende verplichting om te bouwen. Ik kan mij voorstellen dat een rechter daar anders over oordeelt, zeker als de koper gehouden wordt de gekochte grond terug te leveren tegen de overeengekomen koopprijs. Daar kan wel degelijk een bouwplicht van uitgaan.

- 2.6. De aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben bij de prestatie, waarbij het Europese Hof met betrekking tot de uitleg van het begrip overheidsopdracht voor werken dit economisch belang in een drietal criteria verder heeft uitgewerkt:³
- de aanbestedende dienst zal eigenaar worden van de werken of het werk waarop de opdracht betrekking heeft;
 - de aanbestedende dienst zal krachtens een rechtstitel over de in het kader van de opdracht uit te voeren werken kunnen beschikken met het oog op hun openbare bestemming;
 - de aanbestedende dienst zal economische voordelen kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk, in het feit dat hij financieel aan de verwezenlijking van het werk heeft deelgenomen of in de risico's die hij loopt bij economische mislukking van het werk.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat volgens het Europese Hof deze omstandigheden niet limitatief zijn en dat uiteindelijk op basis van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of er sprake is van een rechtstreeks economisch belang.

- 2.7. Tot slot stelt de aanbestedende dienst eisen die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader. Deze voorwaarde is gebaseerd op de formulering in de Aanbestedingswet dat een overheidsopdracht een werk betreft dat voldoet aan de eisen van

¹ artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012

² artikel 1.1 Aw

³ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), punt 49-54

de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk. In de jurisprudentie wordt hierover het volgende opgemerkt:⁴

“67 Een aanbestedende dienst heeft zijn eisen in de zin van deze bepaling eerst vastgesteld, wanneer hij maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of althans een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen.

68 Het enkele feit dat een overheidsdienst in de uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw een aantal hem voorgelegde bouwplannen onderzoekt of op basis van bevoegdheden ter zake een besluit neemt, voldoet niet aan de voorwaarde ‘door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen’ in de zin van deze bepaling.”

Bepalend hierbij is of de aanbestedende dienst een beslissende invloed op het ontwerp uitoefent. De manier waarop is mijns inziens niet bepalend. Ik verwacht dat dat ook via het publiekrecht - bijvoorbeeld middels een bestemmingsplan - mogelijk is. Aan de manier waarop bepaalde eisen worden vastgesteld moet dus mijns inziens betrekkelijk weinig waarde worden toegekend.

- 2.8. Van belang is verder om te bepalen of de overeenkomst de aankoop door de Gemeente van een werk, levering of dienst betreft. Als de overeenkomst dat immers niet als hoofdvoorwerp heeft, dan valt die buiten het aanbestedingsrecht.
- 2.9. Een concessie is een variant op een overheidsopdracht voor werken of diensten, waarbij de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.⁵ De benodigde investeringen voor de totstandkoming van het werk of de dienst moet de exploitant zelf doen en hij moet die terugverdienen uit inkomsten die van derden, niet zijnde de Gemeente.
- 2.10. Een (concessie)opdracht voor werken heeft betrekking op de uitvoering danwel het ontwerp en de uitvoering (geïntegreerd contract) van werken, genoemd in de bijlage bij de betreffende Richtlijn, of op werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst, die een beslissende invloed uitoefenen op het soort werk of op het ontwerp van het werk. Kenmerkend voor een concessieovereenkomst is dat de concessiehouder (opdrachtnemer) het exploitatierisico draagt.

Waarde van de opdracht

- 2.11. De waarde van de opdracht wordt bepaald aan de hand van de omzet die de opdrachtnemer (koper) kan realiseren met de transactie.⁶ In het geval van een concessie gaat het daarbij om de inkomsten die de koper ontvangt van de derden die gebruik maken van het werk of de dienst (in dit geval de huurinkomsten van de recreanten en van andere derden, zoals campinggasten, een horeca-uitbater etc.). De drempelwaarde voor een overheidsopdracht voor werken, voor een concessieopdracht voor werken of een concessieopdracht voor diensten is steeds € 5.350.000 ex btw.

Een verkoop is een atypische overeenkomst in het kader van het aanbestedingsrecht omdat de Gemeente geen betalingen doet, maar juist ontvangt.

De waarde van een concessie wordt berekend op basis van de omzet die de concessiehouder tijdens de looptijd (inclusief optionele verlengingen) van de concessieovereenkomst behaalt (althans een begroting daarvan). Dat de concessiehouder ook kosten zal moeten maken, is niet van invloed op de

⁴ HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (Helmut Müller), punt 67-68

⁵ Artikel 1.1 Aw

⁶ Artikel 2.15, lid 2 Aw/artikel 2a.10, lid 2 Aw

waardebepaling. De huurinkomsten bedragen ongeveer € 1,5 mln per jaar zodat bij een looptijd van vier jaar de drempelwaarde al wordt overschreden.

- 2.12. Volledigheidshalve wijs ik erop dat als de opdracht wel kwalificeert als een overheidsopdracht of concessieopdracht, maar de waarde ervan de drempelwaarde niet overschrijdt, dat niet betekent dat de Aanbestedingswet niet van toepassing is. De Gemeente zal dan op basis van objectieve criteria moeten bepalen op welke manier de opdracht wordt gegund en welke ondernemers daarbij worden betrokken.⁷ In de praktijk zal de Gemeente conform haar aanbestedingsbeleid dan nog steeds een (soort van) aanbestedingsprocedure houden. Daarop zijn nog steeds de fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht inzake transparantie en gelijke behandeling van toepassing.

Uitzonderingen

- 2.13. De Aanbestedingswet kent enkele uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Enerzijds betreft het enkele specifiek omschreven overheidsopdrachten voor diensten, anderzijds betreft het de partij aan wie de overheidsopdracht wordt gegund (inbesteding of quasi-inbesteding). Als een uitzondering van toepassing is, dan is de Aanbestedingswet niet van toepassing.
- 2.14. De verkoop door de Gemeente, bijvoorbeeld van grond en eventuele daarop aanwezige (on)roerende zaken, is geen aankoop van werken, leveringen en/ of diensten en valt daarom in beginsel buiten het aanbestedingsrecht.⁸ Dit is anders als de verkoopovereenkomst ook eisen bevat die wel aanbestedingsrechtelijk relevant zijn, bijvoorbeeld eisen waarmee de Gemeente een werk definieert of een beslissende invloed uitoefent op de werken die op de grond gerealiseerd moeten worden. In dat geval moet de overeenkomst alsnog worden aanbesteed.⁹ Als de Gemeente evenwel geen eisen stelt aan het gebruik van de grond, maar de overeenkomst enkel de overdracht van de grond met eventuele daarop aanwezige (on)roerende zaken behelst, is het een zuivere (ver)koopovereenkomst. Daarvoor geldt het aanbestedingsrecht niet, maar de Gemeente heeft zich uiteraard wel te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel.¹⁰ Bovendien moet de Gemeente voorkomen dat door de verkoop onrechtmatige staatssteun wordt verstrekt aan een ondernemer, bijvoorbeeld doordat de grond voor een niet-marktconforme - te lage - prijs wordt verkocht.

3. Scenario verkoop van onroerende zaken

- 3.1. Bij de verkoop van grond door een aanbestedende dienst moet vastgesteld worden of de transactie aanbestedingsplichtig is. De enkele verkoop, dat wil zeggen, de zuivere eigendomsoverdracht van grond, waarbij de verkoper (aanbestedende dienst) verkoopt en de koper koopt en vervolgens de grond naar eigen inzicht gebruikt, is niet aanbestedingsplichtig. Er is dan namelijk geen sprake van een overheidsopdracht:
- Er is wel sprake van een tegenprestatie, te weten het betalen van de koopsom, maar de Gemeente eist geen andere prestaties van de koper;
 - De Gemeente heeft geen rechtstreeks economisch belang bij de verkoop;
 - De Gemeente stelt geen eisen die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.
- 3.2. De verkoop van de gronden waarop het Recreatieoord is gevestigd kwalificeert als een zuivere verkoop als de Gemeente geen eisen stelt aan het gebruik van de grond (anders dan die uit bestaande publiekrechtelijke regelgeving voortvloeit), dan wel geen eisen stelt die

⁷ Artikel 1.4 Aw

⁸ artikel 1, lid 2 Richtlijn 2014/24/EU

⁹ HvJ EU 29 oktober 2009, C-536/07 (*Köln Messe*).

¹⁰ artikel 3:2 Awb

het gebruik van de grond definieert of waardoor de Gemeente een beslissende invloed op het gebruik uitoefent.

Wat betreft de te stellen eisen is onduidelijk welke dat zouden zijn. Daarover moet eerst duidelijkheid komen om daarna te kunnen bepalen of al dan niet sprake is van een aanbestedingsplicht. Daarbij moet ook beoordeeld worden in hoeverre eisen behoren tot reguliere afspraken tussen verhuurder en huurders, en opgenomen kunnen worden in de huurovereenkomsten of tot reguliere bepalingen waarvoor gemeentelijke verordeningen gelden, bijvoorbeeld met betrekking tot parkeren, duurzaamheid etc.

- 3.3. Huurovereenkomsten met recreanten: met de verkoop van de gronden gaan ook de huurovereenkomsten over naar de nieuwe eigenaar. Deze dient die huurovereenkomsten te respecteren.¹¹ De aspecten die de relatie verhuurder/huurder aangaan, zoals de hiervoor geformuleerde kernwaarden, dienen in de huurovereenkomsten vastgelegd te worden voor de verkoop. Daarnaast kan in de huurovereenkomsten ook worden vastgelegd of en zo ja, in welke mate de eigenaar/ verhuurder de kosten van nieuwe opstallen die op de gronden van het recreatieoord worden gerealiseerd mag doorberekenen aan de huurders, bijvoorbeeld als volgt:

- opstallen gerealiseerd door de huurder zelf: voor eigen rekening huurder; geen doorberekening aan anderen
- opstallen, zijnde gemeenschappelijke voorzieningen (denk aan receptiegebouw, sanitair, speeltuinen en infrastructuur): voor de hand liggend dat kosten doorberekend mogen worden aan de huurders maar wellicht kostenverhoging beperken tot een jaarlijks maximum om te grote verhogingen in één keer te voorkomen
- opstallen, zijnde niet-gemeenschappelijke voorzieningen (denk aan horeca): enkel doorberekening aan de huurders/pachters van die nieuwe opstallen.

- 3.4. Publiekrechtelijk kader: de koper heeft als eigenaar van de gronden het recht om die gronden te gebruiken conform de publiekrechtelijke kaders die van toepassing zijn op de gronden. De Gemeente kan voor de verkoop in het bestemmingsplan en andere, toepasselijke publiekrechtelijke kaders (verordeningen op het gebied van parkeren, vestiging van horeca etc.) het mogelijk maken dat op de gronden onroerende zaken gerealiseerd mogen worden, dat daarin horeca gevestigd mag worden etc.

Ik merk op dat de Gemeente de realisatie van onroerende zaken en horeca rechte niet kan afdwingen. De Gemeente kan echter wel vertrouwen op de commerciële aantrekkelijkheid voor de nieuwe eigenaar om gebruik te maken van de publiekrechtelijke mogelijkheden.

In het advies van Pels Rijcken komt niet aan de orde welke eisen meebrengen dat wel sprake zou zijn van een bezwarende titel en waarom dat niet op een andere manier vorm gegeven kan worden, namelijk via het publiekrechtelijke kader, dan enkel het stellen van die eisen aan de nieuwe eigenaar van de gronden.

- 3.5. De Gemeente heeft geen rechtstreeks economisch belang bij de verkoop: zij zal niet (krachtens een rechtstitel) kunnen beschikken over de uit te voeren werken, omdat deze geen openbare bestemming hebben en zij zal geen economische voordelen kunnen halen uit het toekomstige gebruik of de toekomstige overdracht van het werk (de Gemeente neemt niet financieel deel aan de verwezenlijking van het werk of in de risico's bij economische mislukking van het werk).

In de variant waarin de Gemeente elke recreant diens perceel in erfpacht geeft en zelf de volle eigendom houdt van de infrastructuur, heeft de Gemeente wel een

¹¹ Ik merk op dat ik niet gespecialiseerd ben in huurrecht dus deze stelling is een aanname.

rechtstreeks economisch belang als gevolg van de waardevermeerdering van de betreffende gronden; zie hierover par. 4 van dit advies.

- 3.6. Indien de Gemeente kiest voor een zuivere verkoop, dient zij aan te kunnen tonen dat de verkoopprijs marktconform is en dat er geen sprake is van onrechtmatige staatssteun als bedoeld in artikel 107 VWEU. De meest gebruikte methoden daarvoor zijn een verkoopveiling, het uitvragen van minimaal drie aanbiedingen dan wel het laten opstellen van een extern, deskundig rapport omtrent de waarde van de gronden.
- 3.7. Conclusie: er is sprake van een zuivere verkoop van de gronden en daarop is het aanbestedingsrecht niet van toepassing indien de Gemeente met de eisen die zij wenst te stellen geen beslissende invloed uitoefent op het gebruik van de grond. De te stellen eisen zijn op dit moment onbekend. Zodra deze bekend zijn, moet bepaald worden in hoeverre sprake is van eisen die in de huurovereenkomsten, in het bestemmingsplan, in verordeningen en andere toepasselijke publiekrechtelijke kaders opgenomen kunnen worden omdat deze een brede, algemene toepassing hebben.

4. Scenario uitgifte in erfpacht van onroerende zaken

- 4.1. Bij de uitgifte in erfpacht van de gronden aan een derde heeft die derde de rechten die een eigenaar ook zou hebben om die gronden te gebruiken, mits binnen de erfpachtvoorwaarden en mits binnen de bestemming. Tezamen met de uitgifte in erfpacht zou een opstalrecht gevestigd moeten worden voor de bestaande bebouwing omdat deze anders eigendom zijn (blijven?) van de erfverpachter.¹²
- 4.2. De aanbestedingsrechtelijke aspecten van de uitgifte in erfpacht zijn dezelfde als die van de verkoop van onroerende zaken, met dien verstande dat de Gemeente als erfverpachter eigenaar blijft van de gronden, en dus profiteert van de waardeontwikkeling van de gronden. Concreet brengt dit mee dat als de Gemeente geen eisen stelt (bijvoorbeeld in de erfpachtvoorwaarden) waarmee zij een beslissende invloed uitoefent op het gebruik van de grond, de uitgifte in erfpacht niet aanbestedingsplichtig is.
- 4.3. Ik heb begrepen dat het Recreatieoord kadastraal ongeveer 14 percelen betreft. Op 6 van die percelen staan de recreatiewoningen, stacaravans en de camping (hierna "recreantendeel"). De overige percelen zijn deels onbebouwd en deels bevinden zich daarop een parkeerplaats, winkelcentrum en een boerderij.
- 4.4. De uitgifte in erfpacht kan verdeeld worden in twee uitgiften: ten eerste een uitgifte met betrekking tot het recreantendeel, aan de individuele recreanten dan wel aan een rechtspersoon die de recreanten vertegenwoordigt¹³. De erfpachter (de recreanten dan wel de recreantenrechtspersoon) is verantwoordelijk voor het uitvoeren van de reguliere verplichtingen die rusten op een erfpachter, en die tot doel hebben dat de erfpachter als goed huisvader zorgt voor de gronden, en tot het betalen van de canon aan de Gemeente. Daarmee heeft de Gemeente geen eisen gesteld die een beslissende invloed hebben op het gebruik van de grond, zodat geen sprake is van een aanbestedingsplicht.

De erfpachters, namelijk de individuele recreanten dan wel de door hen opgerichte recreantenrechtspersoon, moeten voldoen aan de verplichtingen uit de erfpachtovereenkomst, waaronder regulier beheer. De recreanten dan wel de recreantenrechtspersoon kunnen het beheer opdragen aan een derde. Die opdracht

¹² De juridische status van de opstallen (recreatiewoningen) is onduidelijk: ik ga ervan uit dat de Gemeente formeel de eigenaar is en dat de recreanten (daarom) huur betalen. Als het de bedoeling is dat de eigendom bij de recreanten ligt (of moet komen te liggen) dan zal een opstalrecht gevestigd moeten worden.

¹³ Ik adviseer om hierover in overleg te treden met een notaris. Doel is dat de op te richten rechtspersoon handelt uit hoofde van een volmacht van elke recreant (om de gronden te beheren en de huur en de canon te innen) en feitelijk een administratief vehikel is.

is niet onderworpen aan het aanbestedingsrecht omdat de recreanten dan wel de recreantenrechtspersoon niet kwalificeert als aanbestedende dienst.

- 4.5. Ten tweede een uitgifte in erfpacht van de overige percelen. De Gemeente heeft de keuze om deze in erfpacht uit te geven aan een derde en om aan die derde wel eisen op te leggen die een beslissende invloed hebben op het gebruik van de grond. Bijvoorbeeld de eis dat de erfpachter binnen een bepaalde termijn bepaalde onroerende zaken moet hebben gerealiseerd (inclusief de eventuele sloop van bestaande onroerende zaken) en verder dat de erfpachter verantwoordelijk is voor exploitatie en beheer van de gronden en de onroerende zaken. Nu tot de onroerende zaken een parkeerplaats en een winkelcentrum behoren, kan de exploitatie ook de inning omvatten van de parkeergelden en huren, en het onderhouden van de onroerende zaken (inclusief de infrastructuur).
- 4.6. Omdat de Gemeente eigenaar blijft van de gronden bij een erfpachtovereenkomst, zal de overeenkomst als bedoeld in 4.5 waarschijnlijk kwalificeren als een concessieopdracht voor werken (of diensten als er geen onroerende zaken gerealiseerd behoeven te worden) waarop de Aanbestedingswet van toepassing is, ervan uitgaande dat de waarde van de exploitatie de drempelwaarde overschrijdt.
- 4.7. Ik ga ervan uit dat ten behoeve van de te realiseren opstallen een opstalrecht gevestigd zal worden, zodat de Gemeente niet profiteert van de waarde van die opstallen omdat zij daar niet de eigendom van verkrijgt.
- 4.8. Conclusie: dezelfde conclusie als bij verkoop geldt ook hier (zie par. 3.7).

5. Scenario (quasi-)inbesteding

- 5.1. De Aanbestedingswet kent als uitzondering op de aanbestedingsplicht de vorm waarbij de opdracht wordt verstrekt aan een onderdeel van de eigen aanbestedende dienst (inbesteding) of aan een rechtspersoon die daarmee gelijkgesteld kan worden (quasi-inbesteding).
- 5.2. Bij inbesteding gaat het om het ene onderdeel van een aanbestedende dienst (bijvoorbeeld de Dienst Stadsontwikkeling) dat een opdracht geeft aan een ander onderdeel van dezelfde aanbestedende dienst (bijvoorbeeld de Dienst Groenbeheer). Nu daarvan in dit geval geen sprake is, bespreek ik deze uitzondering verder niet. De opdracht wordt dan (nog steeds) uitgevoerd door de Gemeente zelf en valt buiten de aanbestedingsregelgeving.¹⁴
- 5.3. Bij quasi-inbesteding geeft de aanbestedende dienst de opdracht aan een andere rechtspersoon, waarbij de aanbestedende dienst (1) toezicht uitoefent op die andere rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten, en waarbij (2) meer dan 80% van de activiteiten van die andere rechtspersoon worden uitgevoerd ten behoeve van de aanbestedende dienst en waarbij (3) er geen sprake is van directe participatie van privékapitaal in die andere rechtspersoon.¹⁵
- 5.4. Indien de Gemeente en een derde partij (het Recreatieoord?) samen een nieuwe rechtspersoon zouden oprichten die verantwoordelijk is voor de exploitatie van het recreatieoord, de realisatie van nieuwbouw en - in de algemene bewoordingen van de Gemeente - voor verduurzaming en revitalisering, valt dat dus niet onder deze vrijstelling indien niet voldaan wordt aan de drie voorwaarden, genoemd in punt 5.3. Als de derde partij mede-aandeelhouder is, is daarmee sprake van participatie van privékapitaal en kan de Gemeente geen beroep doen op deze vrijstelling.
- 5.5. Indien het doel van de nieuw op te richten rechtspersoon de exploitatie betreft, is de keuze van de derde partij feitelijk het verstrekken van de opdracht en moet beoordeeld worden of

¹⁴ overweging 5, Richtlijn 2014/24/EU

¹⁵ Artikel 2.24a Aw

sprake is van een aanbestedingsplicht. Dit geldt ook als vaststaat wat het takenpakket is van de nieuw op te richten rechtspersoon zal zijn, maar de Gemeente een private partner wil selecteren om in die rechtspersoon deel te nemen.

- 5.6. De kans bestaat dat de nieuw op te richten rechtspersoon zelf ook kwalificeert als aanbestedende dienst en derhalve aanbestedingsplichtig is.
- 5.7. Conclusie: gebruikmaken van de figuur van quasi-inbesteding lijkt niet tot andere conclusies te leiden dan de hiervoor getrokken conclusies.

6. Scenario opdracht voor exploitatie en beheer

- 6.1. De Gemeente kan - in plaats van verkoop of uitgifte in erfpacht - ervoor kiezen om als eigenaar de exploitatie en het beheer van het Recreatieoord op te dragen aan een derde partij. Indien de opdracht tevens inhoudt dat de exploitant het exploitatierisico draagt, dat wil zeggen dat de Gemeente de onrendabele top niet financiert, dan is sprake van een concessieovereenkomst. De opdracht is een concessieovereenkomst voor werken als onderdeel van de opdracht is dat de exploitant bepaalde werken realiseert en exploiteert. De opdracht is een concessieovereenkomst voor diensten als de exploitatie enkel ziet op de exploitatie van bestaande onroerende zaken en van diensten.
- 6.2. Een concessieovereenkomst is onderworpen aan de regels van het aanbestedingsrecht als het exploitatierisico bij de exploitant rust en als de waarde van de opdracht de drempelwaarde overschrijdt.
- 6.3. Indien de Gemeente vervolgens de gronden in erfpacht wil uitgeven, dan is de zittende exploitant een complicerende factor, vooral als sprake is van een werkenconcessie. Het is niet uitgesloten dat de exploitant onroerende zaken heeft gerealiseerd en dat hij gedurende de looptijd van de concessieovereenkomst de kosten daarvan dient te verhalen uit de exploitatieopbrengsten. Indien de Gemeente voortijdig, ofwel voordat de exploitant zijn kosten volledig heeft kunnen verhalen, de grond in erfpacht uitgeeft, dan zal de Gemeente een oplossing moeten vinden voor de gerealiseerde onroerende zaken. Het voert voor het bestek van dit advies thans te ver om de verschillende mogelijkheden te onderzoeken.

7. Aanbestedingsprocedure

- 7.1. De Gemeente kan kiezen voor een verkoop van de gronden door middel van een (vrijwillige) aanbestedingsprocedure. De Gemeente kan met behulp van die procedure een overeenkomst sluiten met een koper/opdrachtnemer die niet alleen de gronden koopt (of in erfpacht verkrijgt), maar met wie de Gemeente ook verdergaande afspraken maakt over de realisatie van de eisen van de Gemeente.
- 7.2. Teneinde te waarborgen dat de belangen van de recreanten worden geborgd, zouden de recreanten (via de RAR) de mogelijkheid moeten krijgen om de aanbestedingsstukken te reviewen. De review betreft de kernwaarden, maar ook een degelijk contractmanagement voor het geval de koper zich niet houdt aan hetgeen met de Gemeente is overeengekomen. De Gemeente heeft de intentie uitgesproken om de RAR deze mogelijkheid te geven.
- 7.3. In het geval de Gemeente kiest voor een (vrijwillige) aanbestedingsprocedure, is het nog steeds raadzaam om de nodige waarborgen op te nemen in de huurovereenkomsten, zoals beschreven in par. 3 van deze notitie.
- 7.4. Als de Gemeente geen aanbestedingsprocedure houdt, omdat het aanbestedingsrecht toch niet van toepassing is, dan wordt de grond mogelijk middels een openbare veiling verkocht om te voorkomen dat onrechtmatige staatssteun wordt verstrekt en vanwege de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De recreanten kunnen dan natuurlijk (gezamenlijk) meebieden. Onderwerp van nader onderzoek is dan of het staatssteunrecht van toepassing is,

met name ter beantwoording van de vraag of de gezamenlijke recreanten kwalificeren als een onderneming of niet.

Ik vertrouw erop je hiermee voldoende geïnformeerd te hebben.

Met vriendelijke groet,
Brackmann Aanbestedingsspecialist

