GEMEENTE
GORINCHEM

Informatiebrief van het college - nummer Z/20/675256 D-771344 Gorinchem, 14 oktober 2021

Onderwerp: Onafhankelijk juridisch advies over eventuele aanbestedingsplicht voor de toekomstige exploitatie van De Nieuwe Doelen

Geachte leden van de raad,

Tijdens de tweede I&O-sessie over De Nieuwe Doelen op 16 september 2021 heeft u enkele verduidelijkende technische vragen gesteld. De meeste van deze vragen zijn tijdens de I&O-sessie beantwoord. Wethouder Van Zanten heeft toegezegd dat wij nog zouden reageren op een verzoek om een onafhankelijk juridisch advies over een eventuele (Europese) aanbestedingsplicht voor de toekomstige exploitatie van De Nieuwe Doelen.

Zoals wethouder Van Zanten tijdens de I&O-sessie heeft aangegeven, heeft het college bij de uitvraag extern advies ingewonnen omtrent mogelijke aanbestedingsrechtelijke aspecten. Diverse door uw raad in de I&O-sessie aangestipte aandachtspunten zijn relevant voor het vervolgproces. Dit gaat onder andere om de looptijd van een contract, de hoogte van de omzet, het eisen van tegenprestaties of het verleggen van risico's naar de exploitant. Om deze reden heeft het college Hekkelman Advocaten gevraagd een geconcretiseerd adviesmemo op te stellen, waarbij deze onderwerpen aan bod komen.

Als bijlage bij deze informatiebrief sturen wij u het gevraagde advies toe. Het advies concludeert dat – uitgaande van de eerder door uw raad vastgestelde minimumeisen en uitgangspunten bij de uitvraag – als volgende stap in het proces om te komen tot een toekomstige exploitant van De Nieuwe Doelen een aanbesteding conform deel 2a Aanbestedingswet 2012 zal dienen te houden.

Voorafgaand aan de B&A-sessie die waarschijnlijk in december zal plaatsvinden, en de raadsbesluitvorming ontvangt u een raadsvoorstel waarin wordt ingegaan op de aard van het vervolgproces en de daarbij te hanteren uitgangspunten, inclusief de bijbehorende voorgenomen planologische procedure voor Haarstraat 64.

Wij blijven ons inzetten om voor De Nieuwe Doelen een nieuwe exploitant te vinden die met ons een duurzame relatie wil aangaan om het gebouw aan de Haarstraat 64 nieuw leven in te blazen, zodat Gorinchem in de toekomst beschikt over een groot podium voor sociaal culturele activiteiten, voor onze inwoners en voor mensen uit onze regio. Wij vertrouwen erop dat wij u hiermee voldoende hebben geïnformeerd.

Burgemeester en wethouders van Gorinchem,
de secretaris, de burgemeester,

Bijlage:
- Memo '*Exploitatie De Nieuwe Doelen, aanbestedingsplichtig?*' door Hekkelman Advocaten

MIX
Papier van verantwoorde herkomst
FSC® C016391
www.fsc.org

MEMO

AAN	:	gemeente Gorinchem
CC	:	
VAN	:	Anita Serra
DATUM	:	13 oktober 2021
BETREFT	:	Exploitatie De Nieuwe Doelen, aanbestedingsplichtig?

1. Feitenschets en vraagstelling

De gemeente Gorinchem zoekt een exploitant voor het gebouw van het (voormalige) theater 'De Nieuwe Doelen'. Op dit moment is het uitgangspunt dat de gemeente eigenaar blijft van het pand en dat de exploitant het pand van de gemeente huurt. Het pand is verouderd en zal dus gerenoveerd moeten worden. De gemeente heeft hiervoor een bedrag van circa € 7,0 miljoen gereserveerd. De aanbesteding van de renovatie staat los van de onderhavige casus.

De gemeente heeft een zogenoemd bidbook opgesteld en openbaar gemaakt via o.a. social media en lokale media. In het bidbook worden marktpartijen uitgenodigd om een plan voor de inzet van het theatergebouw te ontwikkelen.

Tien partijen hebben op het bidbook gereageerd. Met negen van deze partijen zijn gesprekken gevoerd. De gesprekken hebben volgens het bidbook de aard van een "consultatieronde". Op basis van de gesprekken is inzicht verkregen in de te verwachten jaarlijkse omzet en in de wenselijke looptijd van de te sluiten overeenkomst.

In het bidbook is aangegeven dat, na de consultatieronde die in het bidbook is beschreven, de gemeente op basis van de ingezonden aanmeldingen een "inschrijving" zal organiseren. Bij de gemeente is nu de vraag ontstaan op welke wijze deze inschrijving c.q. aanbesteding in de markt geplaatst moeten worden. In het bijzonder is de vraag gerezen of er sprake is van een Europese aanbestedingsplicht.

De gemeente wil daarom weten of de met de toekomstige exploitant van het theater te sluiten overeenkomst een huurovereenkomst betreft, of een overheidsopdracht of een concessieopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Met andere woorden: kan de gemeente de inschrijvingsprocedure naar eigen inzicht inrichten, of dient zij zich te houden aan een procedure uit de Aanbestedingswet 2012?

2. Beoordeling

2.1 Algemeen
Uitgangspunt in het (Europese) aanbestedingsrecht is dat de verkoop of verhuur van grond of gebouwen niet aanbestedingsplichtig is. Het aanbestedingsrecht komt (pas) in beeld als de verhuur gepaard gaat met de verstrekking van een (concessie)opdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012. Dit betekent ook dat als er voor de vorm van een huurovereenkomst wordt gekozen, er materieel toch (ook) sprake kan zijn van een concessieopdracht die onder de Aanbestedingswet 2012 valt.

Dit is van belang, omdat áls er sprake is van een concessieopdracht, deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Er moet dan worden aanbesteed. De aanbestedingsprocedure verloopt bij concessies volgens een lichter regime dan bij gewone overheidsopdrachten. Bij een concessie staat het de gemeente, in tegenstelling tot bij een "gewone" aanbestedingsprocedure, vrij de procedure naar eigen goeddunken in te richten, zij het met in achtneming van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Het is en blijft echter een Europese aanbestedingsprocedure, die gestart moet worden met een aankondiging via TenderNed.

2.2 Concessieopdracht voor diensten?
De definitie uit artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012 voor een concessieopdracht voor diensten luidt:

"een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling".

Kenmerkend voor de concessieopdracht is de bezwarende titel. De bezwarende titel houdt in dat
1) met betrekking tot de diensten die de concessiehouder/opdrachtnemer uitvoert bepaalde verplichtingen worden opgelegd, die door de gemeente kunnen worden afgedwongen én
2) dat de gemeente voor het uitvoeren van die verplichtingen een tegenprestatie levert.

2.2.1 Verplichtingen
Een voorbeeld van een dergelijke verplichting is de verplichting om het gehuurde te exploiteren. In de regel wordt deze verplichting aangevuld met specifiekere verplichtingen, zoals het openhouden van het gebouw voor bepaalde doelgroepen/gedurende bepaalde tijden. Als dergelijke afspraken worden gemaakt, ligt het voor de hand dat deze door de gemeente ook kunnen worden afgedwongen.

2.2.2 Tegenprestatie
In tegenstelling tot bij de gewone overheidsopdracht, waar de opdrachtgever voor de diensten betaalt, bestaat de tegenprestatie van de aanbestedende dienst bij een concessie uit de verlening van het exploitatierecht, eventueel gecombineerd met een (niet volledig kostendekkende) betaling.

Kortom, een concessieopdracht is evenals een "gewone" overheidsopdracht een overeenkomst onder bezwarende titel. Bij beide opdrachten is de dienstverlener verplicht om bepaalde diensten uit te voeren. In het geval van een gewone overheidsopdracht is de tegenprestatie van de gemeente een betaling (de prijs), bij een concessieopdracht is de tegenprestatie de verstrekking van een exploitatierecht (al dan niet gecombineerd met een gedeeltelijke betaling).

2.2.3 Risico
Uit vaste rechtspraak volgt voorts dat het kenmerkend voor de concessie is dat de concessiehouder (de exploitant) het exploitatierisico draagt. In geval van een concessie wordt een exploitatierecht door de gemeente overgedragen aan de exploitant, die over een bepaalde economische vrijheid beschikt om te bepalen hoe hij dit recht exploiteert en daarmee blootstaat aan de risico's van deze exploitatie.

2.2.4 Rechtspraak
Ter illustratie wijs ik op de uitspraak van de kantonrechter bij de Rechtbank Noord-Nederland van 10 juli 2018 (ECLI:NL:RBNNE:2018:2661). In die zaak stond de vraag centraal of een overeenkomst tussen een gemeente en een onderneming met de titel huurovereenkomst een concessieovereenkomst was in de zin de Aanbestedingswet 2012. De kantonrechter overweegt dat in de overeenkomst was voorzien in een vergoeding die de onderneming aan de gemeente moest betalen voor het gebruik van het parkeerterrein, de parkeergarage en 'overloopterreinen'. Wat betreft de exploitatie en de overdracht van het exploitatierisico, wezenlijke elementen voor een concessie, overweegt de kantonrechter dat de overeenkomst betrekking had op (schaarse) parkeervoorzieningen die bedoeld zijn, en tevens noodzakelijk zijn voor het zogenoemde eilandgerelateerd (het betrof de gemeente Harlingen) parkeren. Het stond verder niet ter discussie dat de betreffende onderneming op grond van de overeenkomst die parkeervoorzieningen niet alleen mocht exploiteren, maar dit ook moest doen. In de overeenkomst lag dus een opdracht tot exploitatie besloten. Met de overeenkomst had de gemeente ook het exploitatierisico overgedragen, omdat de verantwoordelijkheid voor een kostendekkende of winstgevende exploitatie immers bij de onderneming lag, zonder de garantie dat haar investeringen of kosten konden worden terugverdiend. De onderneming was voor haar inkomsten afhankelijk van de parkeervraag van de eilandgangers. De voorlopige conclusie van de kantonrechter was dan ook dat sprake is van een concessieovereenkomst.

2.3 *De Nieuwe Doelen: concessieopdracht?*

De vraag is of de door de gemeente Gorinchem met de huurder/exploitant van het theatergebouw te sluiten overeenkomst een concessieovereenkomst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 is. De inhoud van deze overeenkomst staat nog niet vast. Het bidbook is globaal van aard en laat de invulling met name aan de marktpartijen.

In het bidbook worden wel minimumeisen aan de plannen gesteld, waaronder het zijn van een openbare, publiek toegankelijke voorziening waar ook culturele activiteiten worden georganiseerd en het jaarlijks organiseren of mogelijk maken van minimaal 35 sociaal-culturele activiteiten. Ook is vermeld dat de gemeente onder voorwaarden bereid is de exploitant een financiële tegemoetkoming te verstrekken. Deze voorwaarden zullen vermoedelijk verband houden met het faciliteren van bepaalde doelgroepen.

De eisen die in de inschrijvingsronde worden gesteld en de afspraken die in de overeenkomst worden vastgelegd, zullen worden gebaseerd op deze minimumeisen en op de informatie die voortvloeit uit de marktpartijen gedane voorstellen. Het ligt naar mijn oordeel voor de hand dat deze afspraken door de gemeente moeten kunnen worden afgedwongen. Het alternatief is immers dat de gemeente op basis van de door een marktpartij ingediende plannen een (huur)overeenkomst sluit, maar de exploitatie van het theater c.q. de uitvoering van deze plannen niet kan afdwingen. Dit lijkt mij onwenselijk en niet realistisch. Hierbij is ook relevant dat de gemeente het theatergebouw zal laten renoveren en zich voor de invulling daarvan zal baseren op de plannen van de toekomstige exploitant. Daar past niet bij dat de exploitant niet verplicht zou zijn deze plannen ook uit te voeren.

Daarmee ligt naar mijn oordeel voor de hand dat er een overeenkomst zal worden gesloten waarin over en weer rechten en verplichtingen zullen worden vastgelegd.

Aan het vereiste van een bezwarende titel wordt daarmee voldaan, nu er afdwingbare afspraken worden gemaakt met de exploitant en de gemeente als tegenprestatie in ieder geval het exploitatierecht verleent en eventueel nog een subsidie verstrekt. Ook aan het vereiste dat het exploitatierisico aan de exploitant overgaat, zal vermoedelijk worden voldaan.

Dit betekent dat de overeenkomst die de gemeente met de exploitant zal sluiten naar mijn oordeel geen eenvoudige huurovereenkomst, maar een concessieopdracht voor diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012 zal zijn. Uiteraard hangt dit af van de nog te bepalen inhoud van die overeenkomst, maar ik acht het niet realistisch dat de gemeente een overeenkomst zal sluiten die recht doet aan de bedoeling van de gemeente zoals deze uit het bidbook naar voren komt, maar die niet als een dienstenconcessie kwalificeert.

2.4 Drempelwaarde

Voor de concessieopdracht geldt een drempelwaarde van € 5.350.000,00 (excl. BTW). Indien deze drempelwaarde wordt overschreden, moet de concessieopdracht

Europees worden aanbesteed conform deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. De berekening van de waarde van een concessieopdracht moet plaatsvinden op basis van de totale waarde van de concessieopdracht gedurende gehele looptijd daarvan, inclusief eventuele opties en verlengingen. Hierbij is niet alleen de hoogte van de exploitatiesubsidies afkomstig van de gemeente bepalend, maar juist ook de inkomsten van derden (de omzet) die de concessiehouder kan genereren met de exploitatie.

Uitgangspunt van de wet is dat concessieopdrachten een looptijd hebben van 5 jaar. Het is echter toegestaan om een langere looptijd overeen te komen, mits de aanbestedende dienst op economische gronden kan motiveren waarom de looptijd langer dient te zijn. Die langere looptijd dient wel beperkt te zijn tot de periode "*waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij de investeringen die hij heeft gedaan voor de exploitatie, samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen, kan terug verdienen, rekening houden met de investeringen die nodig zijn om de contractuele doelstellingen te behalen.*"[1]

In dit geval zal de gemeente dus zelf (aan de hand van de in de consultatieronde opgehaalde informatie) moeten bepalen wat een geschikte looptijd is voor de concessieopdracht. De waarde van de concessieopdracht dient dan te worden berekend over de totale looptijd, inclusief opties en verlengingen. Ik begreep van u dat het, gebaseerd op de tijdens de gesprekken verkregen informatie, waarschijnlijk is dat dat de concessieopdracht voor De Nieuwe Doelen een langere looptijd dient te hebben. Dit strookt ook met de raadsopdracht om een duurzame oplossing voor de exploitatie te zoeken. Het is daarmee aannemelijk, zo begreep ik van u, dat binnen 5 jaar de drempelwaarde van € 5.350.000,00 zal worden overschreden, mede gezien de omzet die naar verwachting met de exploitatie kan worden behaald. Dit betekent dat voor de concessieopdracht voor de exploitatie van De Nieuwe Doelen een Europese aanbestedingsverplichting geldt op grond van de Aanbestedingswet 2012.

Onderdrempelige concessie
Indien de drempelwaarde niet zou worden overschreden, bijvoorbeeld omdat de concessie een kortere looptijd kent of omdat er minder omzet wordt verwacht, is de concessieopdracht niet Europees aanbestedingsplichtig op grond van hoofdstuk 2a van de Aanbestedingswet 2012. Hiermee is echter nog niet alles gezegd.

Voor zogenaamde "onderdrempelige" concessieopdrachten kan op grond van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht nog wel een transparantieverplichting gelden. Deze verplichting geldt alleen wanneer de betreffende concessieopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Alleen in dat geval wordt de Europese markt immers geraakt en kan het Europese recht van toepassing zijn. Concreet gaat het om de vraag of buitenlandse partijen *mogelijk* in de exploitatie van het theater geïnteresseerd zouden kunnen zijn. Uit

[1] Zie artikel 2a.27 Aanbestedingswet 2012

jurisprudentie[2] volgt dat voor het aannemen van een duidelijk grensoverschrijdend belang niet vereist is dat vast komt te staan dat buitenlandse marktdeelnemers daadwerkelijk belangstelling hebben getoond.

Of sprake is van grensoverschrijdend belang is op grond van Europese jurisprudentie afhankelijk van de omstandigheden van het geval en ter beoordeling aan de aanbestedende dienst (in dit geval de gemeente), zij het dat deze beoordeling wel door de rechter kan worden getoetst. Het duidelijk grensoverschrijdend belang kan volgens vaste rechtspraak met name voortvloeien uit:

- de geografische ligging van de plaats van uitvoering van de opdracht;
- geraamde waarde van de opdracht;
- technische aard van de opdracht;
- kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken e.d.)

De aanbestedende dienst dient deze criteria gezamenlijk af te wegen. Het gaat dus niet om cumulatieve eisen, maar om een weging van deze criteria, waarbij de waarde van de opdracht wel vaak het meeste gewicht in de schaal legt. Een aanzienlijk bedrag van de opdracht, bezien in samenhang met de plaats van uitvoering en de technische aard van de opdracht, kan al wijzen op het bestaan van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

2.5 Tussenconclusie

Op basis van de informatie die ik van u heb ontvangen, concludeer ik dat de met de toekomstige huurder/exploitant van De Nieuwe Doelen te sluiten overeenkomst hoogstwaarschijnlijk een dienstenconcessie in de zin van de Aanbestedingswet 2012 zal zijn. Ervan uitgaande dat de geraamde waarde van de concessie, gedurende de looptijd van de overeenkomst, het drempelbedrag van € 5.350.000,00 overschrijdt, moet deze concessie Europees worden aanbesteed conform deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. Als de geraamde waarde het drempelbedrag niet overstijgt, dient er niettemin een passende mate van transparantie worden betracht als er sprake is van een opdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

3. Huidige procedure en vervolg

De vraag rijst wat de volgende stap van de gemeente moet zijn. De gemeente dient allereerst de consultatieronde af te ronden c.q. te beëindigen. Naar mijn oordeel kan uit de procedure tot nu toe geen verplichting voor de gemeente worden afgeleid om de opdracht aan één van de partijen die zich hebben gemeld te gunnen. Het bidbook bevat immers geen selectie- of gunningscriteria en vermeldt wel duidelijk dat er sprake is van een consultatieronde en dat er nog een "inschrijvingsronde" volgt.

---

[2] Zie Conclusies van A-G Hartlief 26-01-2018, gepubliceerd 13-02-2018, ECLI:NL:PHR:2018:81, ECLI:NL:PHR:2018:82 en ECLI:NL:PHR:2018:83 en Hof van Justitie EU 20 maart 2018, zaak C-178/16, ECLI:EU:C:2018:194.

Als de gemeente daarna een inschrijving organiseert, geldt het volgende. Ervan uitgaande dat uit die inschrijving een overeenkomst met een marktpartij voortvloeit waarin afdwingbare verplichtingen voor die marktpartij worden opgenomen, én de geraamde waarde van deze overeenkomst boven de drempel van € 5.350.000,-- uitkomt, dient de gemeente een aanbesteding te houden conform deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. Belangrijk is dat de aanbesteding vooraf moet worden aangekondigd via TenderNed. Aan de aanbestedingsprocedure kunnen ook dus partijen deelnemen die niet aan de eerste consultatieronde hebben meegedaan.

4. Conclusies

De overeenkomst die de gemeente met de exploitant zal sluiten zal vermoedelijk geen huurovereenkomst, maar een concessieopdracht voor diensten in de zin van de Aanbestedingswet 2012 zijn. Uiteraard hangt dit af van de nog te bepalen inhoud van die overeenkomst. Ik acht het niet goed mogelijk om een overeenkomst te sluiten die recht doet aan de bedoeling van de gemeente zoals deze uit het bidbook naar voren komt, maar die niet als een dienstenconcessie kwalificeert.

De berekening van de waarde van een concessieopdracht moet plaatsvinden op basis van de totale waarde van de concessieopdracht gedurende gehele looptijd daarvan, inclusief eventuele opties en verlengingen. Hierbij is niet alleen de hoogte van de exploitatiesubsidies afkomstig van de gemeente bepalend, maar ook de inkomsten van derden (de omzet) die de concessiehouder kan genereren met de exploitatie. Ik heb begrepen dat, gebaseerd op de tijdens de gesprekken verkregen informatie, het aannemelijk is dat de drempelwaarde van € 5.350.000,00 zal worden overschreden.

Voor zogenaamde "onderdrempelige" concessieopdrachten kan op grond van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht een transparantieverplichting gelden. Deze verplichting geldt alleen wanneer de betreffende concessieopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Naar mijn oordeel kan uit de procedure tot nu toe geen verplichting voor de gemeente worden afgeleid om de opdracht aan één van de partijen die zich hebben gemeld te gunnen. Het bidbook bevat geen selectie- of gunningscriteria en vermeldt duidelijk dat er sprake is van een consultatieronde en dat er nog een "inschrijvingsronde" volgt.

Uit het bovenstaande volgt dat de gemeente na afronding van de huidige consultatieronde een aanbesteding conform deel 2a Aanbestedingswet 2012 zal dienen te houden. Dat betekent dat de aanbesteding vooraf moet worden aangekondigd via TenderNed en dat dan ook partijen kunnen deelnemen die niet aan de eerste consultatieronde hebben meegedaan.