

NOTITIE

AAN : Gemeente Nijmegen, t.a.v. Maarten de Wolff
 CC :
 VAN : Matthijs Mutsaers, advocaat
 DATUM : 20 januari 2022
 BETREFT : Nijmegen/Advies Nyma (20201032); **aanbestedingscheck gebiedsorganisatie incl. aanvullingen**

I. Uw vragen en korte beantwoording

1. In uw e-mail van 12 januari jl. (verzonden om 20:31 uur) legt u mij de volgende vragen ter beantwoording voor:
 - (i) Kan de vereniging NYMA een 1 op 1 opdracht aan de stichting NYMA verlenen?
 - (ii) Kan de gemeente 1 op 1 buitenruimte voor beheer en programmering (daarmee exploitatie) verhuren aan de stichting NYMA?
2. Gelet op de zeer korte termijn waarbinnen u vraagt te adviseren (uiterlijk vandaag), heb ik mij noodzakelijkerwijs moeten beperken tot een korte, globale check. Op basis daarvan lijkt uw eerste vraag bevestigend te kunnen worden beantwoord. Uw tweede vraag beantwoord ik ontkennend.
3. Mijn onderbouwing en suggesties, o.a. voor risicobeperkende maatregelen, treft u hieronder aan. Ik ben vanzelfsprekend graag bereid om mijn bevindingen op een ander moment nader uit te werken.

II. Beoordeling en beantwoording

II.1. Ad vraag (i)

4. Uw eerste vraag ziet op de (concept-)¹ Beheers- en adviesopdracht van de nog op te richten Vereniging NYMA (hierna: **VN**) aan de nog op te richten Stichting NYMA (hierna: **SN**). Deze opdracht (overeenkomst) wordt hierna aangeduid als: **de Beheersovereenkomst**. Op grond daarvan gaat SN in ruil voor een nog niet bekende betaling van VN (zie art. 3.1) de volgende werkzaamheden in opdracht van VN verrichten (zie art. 2.1):
 - het adviseren over de (verdere) ontwikkeling en beheer van het NYMA-gebied en het fungeren als klankbord voor opdrachtgever (VN) met betrekking tot de (verdere) ontwikkeling, het gebruik en de (wijze van) exploitatie van het NYMA-gebied;

¹ Zie het concept van 25 november jl.

- het verzorgen van de programmering van de door de opdrachtnemer (SN) gehuurde terreinen die deel uitmaken van het NYMA-gebied;
 - het verzorgen van de marketing- en communicatie met betrekking tot het NYMA-gebied;
 - het verrichten van (parkmanagement-) werkzaamheden.
5. Voor de beantwoording van uw eerste vraag is strikt genomen² bepalend of de Beheersovereenkomst al dan niet kwalificeert als *overheidsopdracht voor diensten* in de zin van art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012. Daartoe moet – kort samengevat – worden beoordeeld of de Beheersovereenkomst een *schriftelijke overeenkomst* onder *bezwarende titel* tussen een *aanbestedende dienst* en een *dienstverlener* is, gericht op het uitvoeren van *diensten*. Zo ja, dan is sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht van VN. Afhankelijk van de waarde van de Beheersovereenkomst zal deze dan in principe Europees of nationaal moeten worden aanbesteed.
- PM 1:** uitzoeken wat de precieze waarde van de Beheersovereenkomst is. In ons overleg via Zoom gaf u aan dat de waarde vooralsnog wordt geschat op een bedrag van zo'n € 40 k. à maximaal € 50 k. per jaar. Uitgaande van een contractduur van 4 jaar zou noch de drempel ad € 215 k. ex BTW voor "gewone", noch de drempel ad € 750 k. voor zogenaamde SAS-diensten worden overschreden en zou een Europese aanbestedingsplicht in ieder geval niet aan de orde zijn, ook al zou VN kwalificeren als *aanbestedende dienst*.
6. De Beheersovereenkomst betreft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel met een dienstverlener, gericht op het uitvoeren van diensten. Immers, de afspraken tussen partijen worden op schrift gesteld, SN kan/moet worden aangemerkt als dienstverlener in de zin van art. 1.1 Aanbestedingswet 2012, de door SN te verrichten prestaties betreffen diensten, SN ontvangt in ruil voor deze dienstverlening een op geld waardeerbare tegenprestatie van VN en SN is verplicht om deze diensten te verrichten (juridische afdwingbaarheid).
- PM 2:** uitzoeken of sprake is van "gewone" diensten of van zogenaamde SAS-diensten. Dit is van belang voor het antwoord op de vraag wat de toepasselijke drempel is: € 215 k. ex BTW resp. € 750 k. ex BTW. Zie ook PM 1.
7. Resteert het antwoord op de vraag of VN kwalificeert als *publiekrechtelijke instelling* en daarmee als *aanbestedende dienst*. Als zodanig merkt art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 aan:
- "een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

² Ik merk op dat VN (mede) op initiatief van de gemeente wordt opgericht en in zoverre als "verlengstuk" van de gemeente kan worden beschouwd. De gemeente is hoe dan ook aanbestedingsplichtig.

- a. *de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,*
 - b. *het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, **of***
 - c. *de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen;"*
8. VN bezit als vereniging rechtspersoonlijkheid.
9. Blijkens art. 2.1 van haar concept-statuten³ heeft VN de volgende doelstellingen:
 - a. *het ten behoeve van haar leden, zoveel als juridisch mogelijk, (blijven) voeren van de regie over het NYMA-gebied, het (mede) bepalen van de strategie voor de (verdere) ontwikkeling van het NYMA-gebied en het conform die strategie doorontwikkelen van het NYMA-gebied;*
 - b. *het NYMA-gebied te (doen) ontwikkelen tot een experimenteerterrein waar de stad Nijmegen getest kan worden op het gebied van cultuur, ambacht, evenementen, sport en spel, waarbij creativiteit en pionierschap van belang zijn en waarbij het streven is om:*
 - *nieuwe bedrijvigheid en ondernemingen te laten ontstaan en het NYMA-gebied te laten uitgroeien tot een vaste waarde voor de stad Nijmegen;*
 - *door samenwerking tussen - bij voorkeur lokale - profit en non-profit bedrijven en - bij voorkeur lokale - beleidsmakers te komen tot een unieke, opvallende en spraakmakende invulling van het NYMA-gebied.*
10. Op basis van deze statutaire doelomschrijving kan worden betwijfeld of VN wordt opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard. Immers, VN lijkt vooral het belang van haar leden (zijnde "gerechtigden", onder wie eigenaren, huurders, erfpachters, Lingotto en Klok, maar ook de gemeente Nijmegen) te dienen, welke behoefte (m.n. de statutaire doelstelling sub a) niet per se van algemeen belang lijkt te zijn. De statutaire doelstelling sub b lijkt wél/meer van algemeen belang te zijn.
11. Als het zo is dat VN werkt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit en zij zelf het economisch risico van haar activiteiten draagt, dan is dat een (sterke) aanwijzing dat VN niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard.

³ Zie het concept van 30 november jl.

12. Binnen het korte tijdsbestek waarbinnen dit advies tot stand moet komen, is het niet mogelijk om een afgewogen oordeel te vellen of aan één of meer van de drie alternatieve voorwaarden a t/m c in de definitie van het begrip *publiekrechtelijke instelling* wordt voldaan (zie bij nr. 7 hierboven). Mijn eerste indruk is niettemin dat de activiteiten van VN niet voor meer dan de helft door de gemeente (of een andere aanbestedende dienst) worden gefinancierd, ervan uitgaande dat de geldmiddelen (w.o. de opbrengsten uit haar activiteiten), zoals genoemd in art. 6.1 van de concept-statuten, niet voor meer dan de helft afkomstig zijn van de gemeente (en/of van andere aanbestedende diensten). Mijn eerste indruk is eveneens dat het niet zo is dat de leden van het bestuur van VN voor meer dan de helft door de gemeente (en/of een andere aanbestedende dienst) worden aangewezen. Ik verwijs naar art. 7.1 van de concept-statuten. Ik heb evenmin de indruk dat het beheer van VN is onderworpen aan toezicht door de gemeente (en/of een andere aanbestedende dienst) op zodanige wijze dat de gemeente (en/of een andere aanbestedende dienst) de besluiten van VN ter zake van opdrachten aan derden kan beïnvloeden; er lijkt ook wat dat betreft géén sprake te zijn van overwegende overheidsafhankelijkheid.
13. **Voorlopige conclusie m.b.t. vraag (i):** mijn eerste indruk is dat VN niet kwalificeert als publiekrechtelijke instelling en dus géén aanbestedende dienst is. Dit zou betekenen dat VN de Beheersovereenkomst één op één met SN kan/mag sluiten. Uw eerste vraag lijkt met andere woorden bevestigend te kunnen worden beantwoord.

PM 3: Voor zover VN toch als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst zou kwalificeren, zijn de hierboven eerder genoemde PM-posten van extra groot belang. Wellicht blijft de waarde van de Beheersovereenkomst onder de toepasselijke drempel, in welke situatie in ieder geval géén sprake zou zijn van een Europese aanbestedingsplicht. Voor die situatie zou ook nog onderzocht kunnen/moeten worden, of ter zake van de gunning van de Beheersovereenkomst door VN aan SN wellicht een (analoog) beroep kan worden gedaan op één of meer wettelijke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht.

II.2. Ad vraag (ii)

14. Uw tweede vraag luidt of 'de gemeente 1 op 1 buitenruimte voor beheer en programmering (daarmee exploitatie) kan verhuren aan de stichting NYMA.' Ik begrijp dat deze (ver-) huurovereenkomst (hierna: **de Huurovereenkomst**) nog moet worden opgesteld. In het kort zal deze overeenkomst de verhuur van drie evenemententerreinen betreffen die in het NYMA-gebied liggen. SN zal de programmering van deze terreinen verzorgen en deze onderverhuren aan de betreffende evenementenorganisaties. Het dagelijks onderhoud van deze terreinen zal door de gemeente worden gedaan, het bijzonder onderhoud (voor/na tijdens evenementen) door SN. Ik verwijs naar nr. 5 in het memo van 7 december jl. betreffende 'Stand van zaken Gebiedsorganisatie NYMA.'

15. Op het moment dat de Huurovereenkomst kwalificeert als *overheidsopdracht voor diensten* dan wel als *concessieopdracht voor diensten* in de zin van art. 1.1 Aanbestedingswet 2012,⁴ dan kan/mag de Gemeente deze niet zomaar één op één aan SN gunnen (met SN sluiten). Afhankelijk van de waarde zal de Huurovereenkomst in dat geval in principe Europees dan wel nationaal moeten worden aanbesteed.⁵ Tenzij een beroep kan worden gedaan op één of meer wettelijke uitzonderingen. Denk bijvoorbeeld aan de *quasi-inhouse* uitzondering ex artt. 2.24a en 2.24b Aanbestedingswet 2012, of het toepassen van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging ex art. 2.32 Aanbestedingswet 2012. Eerstgenoemde uitzondering lijkt echter niet in aanmerking te komen, omdat deze – kort gezegd – vereist dat de gemeente de dienst uitmaakt binnen SN. Tijdens ons Zoom-overleg gaf u aan dat dit géén begaanbare weg is, omdat de gemeente op termijn juist verder afstand wil nemen van SN. Een beroep op art. 2.32 Aanbestedingswet 2012 zou in beeld kunnen komen, als de gemeente zou kunnen aantonen dat de Huurovereenkomst slechts door SN kan worden uitgevoerd, althans dat er geen redelijk alternatief of substituut bestaat voor uitvoering door SN.
16. Op het moment dat de Huurovereenkomst niet kwalificeert als *overheidsopdracht voor diensten* dan wel als *concessieopdracht voor diensten*, dan vormt het recente *Montferland*-arrest een belemmering voor het één op één sluiten van deze Huurovereenkomst met SN. Zie HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778. In die zaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een gemeente die een onroerende zaak wil verkopen, gelegenheid moet bieden aan (potentiële) gegadigden om mee te dingen. Dat houdt in dat de gemeente de koper moet selecteren in een selectieprocedure aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Ook moet de gemeente hierover vooraf informatie bekend maken. Dit is alleen anders als bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Maar ook in dat geval moet het voornemen tot verkoop vooraf bekend worden gemaakt. Deze verplichtingen volgen uit het gelijkheidsbeginsel, waaraan overheidslichamen, zoals gemeenten, zijn gebonden.
17. Het is nog onduidelijk hoe rechters met het aspect van “uniciteit” zullen omgaan. Ook is onduidelijk/onzeker, of de rechtsregel uit het *Montferland*-arrest enkel ziet op de verkoop van gemeentelijk onroerend goed, of bijvoorbeeld ook op de verhuur van gemeentelijk onroerend goed. U dient er rekening mee te houden dat dit laatste wél het geval is. Immers, ook daarbij gaat het om privaatrechtelijk handelen, waarbij de gemeente gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (w.o. het gelijkheidsbeginsel).

⁴ Dat zou het geval kunnen zijn als de Huurovereenkomst niet slechts betrekking heeft op de huur van bestaand onroerend goed, maar gepaard gaat met de verstrekking van één of meer aanbestedingsplichtige opdrachten.

⁵ Voor concessies voor diensten geldt sinds 1 januari jl. het drempelbedrag van € 5.382.000,-- ex BTW.

18. Concreet betekent dit dat de gemeente de Huurovereenkomst waarschijnlijk niet zomaar één op één kan/mag sluiten met SN, maar hiervoor een selectieprocedure moet organiseren. De gemeente zou de Huurovereenkomst blijkens het *Montferland*-arrest enkel rechtstreeks met SN mogen sluiten, als zij aannemelijk kan maken dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria SN de enige serieuze gegadigde is die in aanmerking komt. Maar dan nog is de gemeente verplicht om haar voornemen om met SN te contracteren openbaar te maken, zodat derden alsnog hun interesse kunnen doen blijken.

19. Dit alles leidt tot de volgende **voorlopige conclusies m.b.t. vraag (ii)**:

- Op het moment dat de Huurovereenkomst kwalificeert als *overheidsopdracht voor diensten* dan wel als *concessieopdracht voor diensten*, dan kan/mag de Gemeente deze niet zomaar één op één aan SN gunnen (met SN sluiten). Afhankelijk van de waarde zal de Huurovereenkomst in dat geval in principe Europees dan wel nationaal moeten worden aanbesteed. Tenzij een beroep kan worden gedaan op één of meer wettelijke uitzonderingen (**PM 4**). Handelen in strijd met een Europese aanbestedingsverplichting leidt er in ieder geval toe dat de één op één gesloten Huurovereenkomst gedurende maximaal 6 maanden vernietigbaar is;
- Op het moment dat de Huurovereenkomst niet kwalificeert als *overheidsopdracht voor diensten* dan wel als *concessieopdracht voor diensten*, dan vormt het recente *Montferland*-arrest een belemmering voor het één op één sluiten van deze Huurovereenkomst met SN. Handelt de gemeente in strijd met dat arrest, dan dient u er rekening mee te houden dat de Huurovereenkomst nietig dan wel vernietigbaar is, met alle nadelige gevolgen van dien;
- In de in de vorige bullet bedoelde situatie, moet de gemeente conform het *Montferland*-arrest een selectieprocedure organiseren m.b.t. de Huurovereenkomst. Tenzij de gemeente aannemelijk kan maken dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria SN de enige serieuze gegadigde is die in aanmerking komt. Maar dan nog is de gemeente verplicht om haar voornemen om met SN te contracteren openbaar te maken, zodat derden alsnog van hun interesse kunnen doen blijken. In het inmiddels gepubliceerde 'Factsheet uitgifte van onroerende zaken en het bieden van gelijke kansen' van het Ministerie van BZK (hierna: **het Factsheet**)⁶ wordt in het kader van vraag 6 ('Wanneer kan een overheidslichaam afzien van een selectieprocedure?') gesuggereerd om in de hiervóór bedoelde situatie de volgende werkwijze toe te passen: **(i)** de gemeente publiceert haar voornemen tijdig en op zodanige wijze dat eenieder daarvan kennis kan nemen; **(ii)** daarbij dient a.d.h.v. de gestelde

⁶ Zie:

<https://www.woningmarktbeleid.nl/onderwerpen/grondbeleid/documenten/publicaties/2022/01/10/factsheet-uitgifte-van-onroerende-zaken-en-het-bieden-van-gelijke-kansen>

criteria tevens te worden gemotiveerd waarom bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt. Indien zich naar aanleiding hiervan géén andere gegadigden melden, dan kan worden afgezien van een selectieprocedure en kan de overeenkomst worden gesloten. Melden zich wél één of meer gegadigden, dan zal in de eerste plaats moeten worden onderzocht of het inderdaad om serieuze gegadigden gaat. Daartoe moet worden getoetst of de andere gegadigden voldoen aan de in de kennisgeving gestelde criteria, op basis waarvan werd vermoed dat er slechts één serieuze gegadigde in aanmerking kwam. Indien blijkt dat de andere gegadigden aan die criteria voldoen, dan ligt het in de rede om alsnog een selectieprocedure te houden. Indien daarentegen blijkt dat de andere gegadigden niet aan die criteria voldoen, dan ligt het in de reden om hen daarvan in kennis te stellen, waarbij zij een (redelijke) termijn kunnen krijgen om de zaak aan de rechter voor te leggen voordat de overeenkomst wordt gesloten. Een alternatief zou kunnen zijn dat aansluiting wordt gezocht bij art. 4.16 Aanbestedingswet 2012 ('vrijwillige transparantie vooraf' c.q. 'ex ante aankondiging'): de gemeente publiceert haar voornemen om de Huurovereenkomst met SN te sluiten (bijv. via TenderNed). In die aankondiging zou dan gemotiveerd moeten worden waarom SN redelijkerwijs de enige in aanmerking komende partij is (**PM 5**) en dat als iemand daartegen bezwaar heeft, hij/zij binnen een redelijke termijn een kort geding moet aanspannen, bij gebreke waarvan de gemeente tot sluiting van de Huurovereenkomst overgaat. Op deze manieren kan de gemeente proberen om zo veel mogelijk rechtszekerheid voor zichzelf en SN te creëren. De zorgvuldigste en wellicht veiligste route lijkt die in het Factsheet wordt gesuggereerd. Nadeel van het alternatief is dat die route de verhoudingen maximaal op scherp stelt en de gemeente in een situatie terecht zou kunnen komen, waarin er geen weg meer terug is en in een onwenselijke tijdsklem terecht wordt gekomen;

- Het lijkt overigens principieel geen verschil te maken of de Huurovereenkomst met SN wordt gesloten dan wel met VN, omdat de gedachte achter het *Montferland*-arrest is dat gemeentelijke onroerend goed-transacties die interessant kunnen zijn voor de markt voor mededinging worden opengesteld. Toch zou nader kunnen worden onderzocht of het sluiten van een Huurovereenkomst met VN in plaats van SN wellicht meer voor de hand ligt c.q. beter uitlegbaar is en aldus toch een kleinere kans op bezwaren oplevert (**PM 6**);
- Tot slot: tijdens ons Zoom-overleg bespraken we dat nog nader zou kunnen worden onderzocht of het aan te raden is om er juist voor te zorgen dat de Huurovereenkomst wél als aanbestedingsplichtige (concessie-) opdracht kwalificeert. Dit vanuit de gedachte dat alsdan wellicht een beroep kan worden gedaan op een duidelijke wettelijke uitzondering op de aanbestedingsplicht (bijv. art. 2.32 Aanbestedingswet 2012), terwijl de Hoge Raad in zijn *Montferland*-arrest niet heeft verduidelijkt welke route precies moet worden gevolgd in geval van publicatie van het voornemen om met

één bepaalde partij te contracteren en wat daarvan de rechtsgevolgen zijn. Ik betwijfel op dit moment of dergelijk nader onderzoek zinvol is, omdat het in geval van een beroep op art. 2.32 aan te raden lijkt om veiligheidshalve vrijwillig transparant te zijn in de zin van art. 4.16 Aanbestedingswet 2012. De facto komt dat op ongeveer hetzelfde neer als de aankondiging van het voornemen zoals bedoel in het *Montferland*-arrest.

20. Kortom, uw tweede vraag beantwoord ik ontkennend.

21. Tot zo ver mijn bevindingen voor dit moment. Graag bereid tot een nadere toelichting, overleg en/of vervolgadvisering.
