



Postbus 1047 | 2280 CA Rijswijk | Nederland

VERTROUWELIJK

Gemeente Nijkerk
T.a.v. de heer G. Gijtenbeek
Kolkstraat 27
3861 AK Nijkerk

Kenmerk : advies buitensportverenigingen Nijkerk
Onderwerp : advies

Rijswijk, 6 augustus 2019

Beste Gerard,

1. Op 16 april jl. heeft u mij juridisch advies gevraagd over de inrichting van het beheer en onderhoud van de buitensportaccommodaties in de gemeente Nijkerk. Het gaat hierbij in de eerste plaats om de accommodaties van de vier voetbalverenigingen (mogelijk aangevuld met andere buitensportaccommodaties). De vraag is of het juridisch mogelijk en verdedigbaar is om het beheer van deze sportaccommodaties te bekostigen via een subsidie aan een beheerstichting waarin de voetbalverenigingen vertegenwoordigd zijn. Bij e-mail van 17 juni jl. heeft u mij de tussenrapportage van de voetbalverenigingen van 20 mei toegestuurd met een aantal uitgangspunten voor de beoogde inrichting.
2. De conclusie is – kort gezegd - dat er in deze situatie geen juridische mogelijkheden zijn om het beheer van de sportaccommodaties één op één bij de beheerstichting onder te brengen. In dat verband zijn de volgende drie benaderingen verkend:
 1. Subsidie
Advies: één-op-één subsidiering is niet mogelijk, nu sprake is van een schaars recht en enige concurrentiestelling moet worden geboden.
 2. Opdracht (aanbestedingsprocedure):
Advies: één-op-één gunning van de opdracht is niet mogelijk, nu de opdrachtwaarde hoger is dan de Europese drempelwaarde (van gewone diensten en sociale en andere specifieke diensten) en de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht geen toepassing vinden.
 3. Aanwijzing van een DAEB
Advies: aannemende dat er niet voldaan is aan het vereiste dat er sprake is van marktfalen, kan de gemeente Nijkerk de beheerstichting niet aanwijzen voor het beheer van de buitensportaccommodaties in de vorm van een DAEB.
3. In het onderstaande advies is voor ieder van deze benadering de juridische onderbouwing hieronder nader uitgewerkt.

FEITEN

4. De gemeente Nijkerk is eigenaar van de sportaccommodaties. De gemeente kiest er in het sportbeleid voor de regie over het beheer van de sportaccommodaties te voeren en de exploitatie en het beheer uit te besteden aan een derde partij. De gemeente heeft het beheer en de exploitatie van de vier buitensportaccommodaties, op basis van een aanbestedingsprocedure, gegund aan Optisport per 1 januari 2019 voor de duur van één jaar, met optie tot verlenging van één jaar.
5. De vier voetbalverenigingen en de gemeente Nijkerk onderzoeken naar aanleiding van het traject Samen aan Zet of het mogelijk is om de sportaccommodaties te laten beheeren door de voetbalverenigingen. Beoogd is om daartoe een beheerstichting op te richten, waarin de verenigingen vertegenwoordigd zijn en de beheertaken per 1 januari 2021 bij deze stichting onder te brengen.
6. De gemeente Nijkerk staat welwillend tegenover deze wens en gaat de dialoog hierover aan met de voetbalverenigingen. De gemeente heeft een werkwijze voor ogen die vergelijkbaar is aan die met Optisport voor het beheer van andere sportaccommodaties in de gemeente Nijkerk. Daarbij gelden de volgende uitgangspunten:
 - de gronden zijn en blijven in het bezit van de gemeente
 - de gemeente behoudt haar regierol, de dagelijkse aansturing vindt plaats vanuit de beheerorganisatie.
 - doelmatigheid staat centraal, versnippering van beheertaken dient te worden voorkomen
 - betrokkenheid van gebruikers wordt gewaardeerd, reden waarom het nieuwe model zorgvuldig wordt onderzocht
 - de afspraken met en prestaties van de beheerorganisatie dienen helder omschreven te zijn
 - de beheerorganisatie is (beperkt) risicodragend.

SUBSIDIE

7. De hoofdregel is dat subsidies op grond van een wettelijke grondslag worden verstrekt.¹ De wetgever hecht belang aan dit vereiste om redenen van rechtszekerheid, rechtsstatelijkheid en doelmatigheid.

“Bij wettelijk voorschrift kan duidelijkheid worden geschapen over rechten en plichten van de subsidieverlener en subsidie-ontvanger. Dit bevordert niet alleen de rechtszekerheid, maar, mede daardoor, ook de doelmatige afwikkeling van de subsidieverhouding. De noodzaak een wettelijk voorschrift tot stand te brengen dwingt het bestuursorgaan zich terdege af te vragen, welke doeleinden met de subsidieverstreking worden nagestreefd, en welke voorschriften en bevoegdheden noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. Voorts is er in de literatuur bij herhaling op gewezen, dat het ook op rechtsstatelijke gronden wenselijk is dat de subsidieverlening op een wettelijke voorschrift berust. Er is op gewezen dat, nu de burgers voor zoveel belangrijke activiteiten in hoge mate afhankelijk zijn van overheids subsidie, de overheid door haar subsidiebeleid soms even diep in de vrijheidssfeer van de burger ingrijpt als door klassieke gebods- en verbodsbepalingen (vgl. o.a. L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, diss. Groningen

¹ Artikel 4:23 Awb bepaalt in dit verband: “Een bestuursorgaan verstrekt slechts subsidie op grond van een wettelijk voorschrift dat regelt voor welke activiteiten subsidie kan worden verstrekt.”

1987, Deventer 1987; E.M.H. HirschBallin, Rechtsstaat, grondrechten en subsidiever-houdingen, pre-advies VAR 1988, VAR-geschriftXCIX, Alphen a/d Rijn 1988, blz. 63 e.v.);”²

Vgl. Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 13 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:413: “De Afdeling overweegt hierover dat de eis dat er voor de verstrekking van subsidie een wettelijke grondslag bestaat een belangrijk element van de subsidietitel in de Awb vormt, dat daarin door de wetgever welbewust is verankerd en waaraan de (bestuurs)rechter dus niet voorbij kan gaan. Naast rechtsstatelijke overwegingen heeft daarbij de wens een weloverwogen gebruik van het subsidie-instrument te bevorderen een rol gespeeld. Om de met de subsidieverlening beoogde doelen te kunnen bereiken en enerzijds misbruik en oneigenlijk gebruik van subsidies te kunnen tegengaan, anderzijds de subsidieontvangers voldoende rechtszekerheid te verschaffen, dienen rechten, plichten en bevoegdheden van subsidiegevers en subsidieontvangers op heldere wijze te worden afgebakend, een evenwichtig geheel te vormen en goed kenbaar te zijn. Daarvoor is een wettelijke regeling nodig, aldus de memorie van toelichting bij de subsidietitel (Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 18).”

8. De Algemene Subsidieverordening van de gemeente Nijkerk bepaalt in dit verband in artikel 3 dat het college bij nadere regeling (een subsidieregeling) vaststelt welke activiteiten in aanmerking komen voor subsidie. Voor zover van toepassing, dient hierin tevens te worden bepaald welke doelgroepen voor subsidie in aanmerking komen, hoe de subsidie wordt berekend en hoe de subsidiebedragen worden uitbetaald.
9. Tot voor kort was het in de subsidiepraktijk niet ongebruikelijk dat een subsidieregeling voor één enkele organisatie in het leven werd geroepen, onder meer om begrotingssubsidies van een wettelijke grondslag te voorzien.

Vgl. bijvoorbeeld de BZK Subsidieregeling Nationaal Comité 4 en 5 mei en de Subsidieregeling COELO.

10. In een aantal bepalende uitspraken heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) subsidies onder het leerstuk van de schaarse rechten gebracht. Tot de schaarse publieke rechten worden vergunningen en andere schaarse overheidstoestemmingen gerekend, zoals concessies, ontheffingen of vrijstellingen, schaarse verhandelbare publieke rechten (zoals emissierechten of quota) en schaarse subsidies of andere financiële aanspraken op overheden.³ Dit leerstuk is volop in ontwikkeling.
11. In mei 2016 is – op verzoek van de Afdeling – door staatsraad advocaat-generaal Widdersoven - onderzocht of er in Nederland een rechtsnorm geldt dat schaarse vergunningen dienen te worden verdeeld met een vorm van mededinging. Dat is volgens de staatsraad advocaat-generaal Widdershoven het geval, blijkens zijn conclusie van 25 mei 2016:

“Het antwoord op de kernvraag van de voorzitter is dat een nationale rechtsnorm om bij de verdeling van schaarse vergunningen aan potentiële gegadigden op enigerlei wijze reële mededingingsruimte te bieden, volgens mij inderdaad bestaat. Zij geldt ook voor de verlenging

² Memorie van Toelichting bij artikel 4:23 Awb, raadpleegbaar op www.pgawb.nl.

³ Zie conclusie A-G Widdershoven, Raad van State 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

van de vergunning. (...)De erkenning van de rechtsnorm heeft ook een goede inhoudelijke reden. Veel vergunningen en zeker vergunningen voor een economische activiteit, hebben vermogenswaarde. Typisch voor de verdeling van schaarse vergunningen is dat deze vermogenswaarde door het bestuur wordt toegekend aan, afhankelijk van het plafond, een of meer aanvragers en aan anderen niet. In deze situatie ligt het in de rede dat het bestuur deze vergunningen niet onderhands verleent aan een bepaalde aanvrager, maar dat zij alle (potentiële) aanvragers in de gelegenheid stelt hiernaar op enigerlei wijze mee te dingen. Doet het dat niet, dan bevoordeelt het zonder duidelijke reden een (of sommige) aanvrager(s) boven anderen en ligt het verwijt van willekeur op de loer. Het voorgaande is ook van belang voor de verdeling van een schaarse parkeervergunning, omdat ook daarvoor geldt dat 'een voordeel' (het recht om in een bepaald gebied te parkeren) wordt toegekend aan sommige aanvragers en aan anderen (voorlopig) niet. Daarom behoren potentiële gegadigden reële kansen te hebben om hiernaar mee te dingen, zodat wordt voorkomen dat het bestuur sommige aanvragers zonder duidelijke reden bevoordeelt. Om misverstanden te voorkomen, dat deze vergunningen open moeten staan voor mededinging betekent niet dat voor het aantal in een gebied te verdelen vergunningen geen onderscheid zou mogen worden gemaakt tussen categorieën van aanvragers."⁴

12. De Afdeling heeft dit oordeel in haar uitspraak van 2 november 2016 overgenomen:⁵

"De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat in het Nederlands recht een rechtsnorm geldt die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm komt ook tot uitdrukking in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) van 3 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BI6466, Swiss Leisure Group). In deze uitspraak heeft het CBB geoordeeld dat andere ondernemers, op het moment dat er ruimte ontstaat een vergunning te verlenen, in beginsel de mogelijkheid moet worden geboden mee te dingen naar de schaarse vergunning. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.

Uit deze rechtsnorm vloeit voort dat schaarse vergunningen in beginsel niet voor onbepaalde tijd, doch alleen tijdelijk kunnen worden verleend. De vergunninghouder wordt immers bij verlening voor onbepaalde tijd onevenredig bevoordeeld, omdat het voor nieuwkomers dan nagenoeg onmogelijk is om nog toe te treden tot de markt. De Afdeling sluit in zoverre aan bij de uitspraken van het CBB van 15 mei 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW6630) en van 24 augustus 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BX6540).

De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet, in dit geval de gemeentelijke verordening, of door de besluitvorming over andere vergunningen die op grond van wettelijke voorschriften voor het realiseren van de te vergunnen activiteit zijn vereist. Een zodanige beperking kan evenwel niet zover gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Een eis die in ieder geval geldt, is dat het wettelijk voorschrift dat de mededingingsruimte beperkt, althans de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, er blijk van geeft dat het belang van het bieden van

⁴ Zie conclusie A-G Widdershoven, Raad van State 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421.

⁵ ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

mededingingsruimte is meegewogen. Dit laat onverlet dat de eigenaar van een pand beslist over de wijze waarop het pand wordt gebruikt en door wie.

De Afdeling deelt de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.”

13. Vervolgens is deze rechtsnorm en de daarbij horende eisen voor het verdelen van schaarse rechten van toepassing verklaard op subsidies in een uitspraak van 11 juli 2018:

“Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 18 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:86) geldt in het Nederlandse recht een rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Deze rechtsnorm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat deze rechtsnorm ook in de hier aan de orde zijnde situatie van toepassing is, omdat sprake is van verdeling van schaarse subsidiemiddelen.”⁶

14. En eerder dit jaar, op 27 februari 2019, oordeel de Afdeling over een subsidieregeling van de gemeente Joure, waarin Stichting Zwem- en recreatiebad De Stienen Flier als subsidieontvanger was vermeld voor de exploitatie, het beheer en het onderhoud van een zwembad en sporthal, waarvan de gemeente eigenaar is.⁷ Het één op één subsidiëren van organisaties via een subsidieregeling is sinds deze uitspraak niet langer vanzelfsprekend. De Afdeling oordeelde in deze zaak namelijk dat de subsidieregeling naar haar aard geen algemeen verbindend voorschrift is, maar een beschikking. Omdat de regeling geen zelfstandige normen bevat voor herhaalde concrete toepassing en er geen ruimte is voor subsidiëring aan anderen, moest de subsidieregeling niet als wettelijk voorschrift worden gezien maar als een besluit. Daarom ontbrak een wettelijke grondslag, aldus de Afdeling. De Afdeling wijst de gemeente erop dat, mocht de gemeente ervoor kiezen om alsnog een (deugdelijke) subsidieregeling vast te stellen, sprake is van een schaars (subsidie)recht.

“Voor zover alsnog een subsidieregeling in die zin wordt vastgesteld, wijst de Afdeling, naar aanleiding van hetgeen in deze zaak naar voren is gebracht en het subsidieplafond dat de gemeenteraad heeft vastgesteld, op de in haar uitspraak van 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, neergelegde rechtsnorm. Die strekt ertoe dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bestuur op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Zoals eerder is overwogen (uitspraak van 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310), is deze rechtsnorm ook van toepassing bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen.”⁸

⁶ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2310, AB 2018/406.

⁷ ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78 m.nt. A. Drahmman, zie hierover ook blog V. Textor <https://www.nysingh.nl/actueel/oneerlijke-subsidieverlening-leidt-tot-conflict/>.

⁸ ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78 m.nt. A. Drahmman.

15. De Afdeling bevestigt hiermee – nogmaals – de algemene rechtsnorm dat bij de verdeling van schaarse subsidies aan (potentiële) gegadigden enige ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare subsidie mee te dingen. Deze rechtsnorm is ook van toepassing op de verdeling van schaarse subsidies door de gemeente Nijkerk. Dat de feitelijke situatie in Joure rondom het beheer van sportaccommodaties anders is dan de situatie in Nijkerk maakt dat niet anders. Dat geldt temeer, nu deze uitspraken over de rechtsnorm van een eerlijke verdeling van schaarse rechten passen in een reeds bestaande tendens dat schaarse subsidies worden getoetst aan eisen van transparantie en gelijkheid en in zoverre vergelijkbaar zijn met aanbestedingen.⁹
16. Uit bovenstaande uiteenzetting volgt ook dat de verplichting om mededingsruimte te bieden kan worden beperkt, maar dat die beperking niet zover kan gaan dat iedere mededingingsruimte volledig wordt uitgesloten. Daar komt bij dat een beslissing tot beperking van de mededinging blijkt moet geven van de afweging die daarbij is gemaakt: waarom is het noodzakelijk om zonder verdeelprocedure de subsidie één op één aan een bepaalde organisatie te verstrekken? Binnen de gemeente Nijkerk zijn er geen aanknopingspunten dat uitbesteding aan de beheerstichting noodzakelijk is vanuit sociaal-maatschappelijk en publiek belang. Omdat de beperking van de mededinging niet kan worden onderbouwd, brengt het leerstuk van de schaarse rechten mee dat bij een subsidie enige vorm van mededinging moet worden geboden. Een organisatie als Optisport verricht vergelijkbare activiteiten en heeft een concurrentiepositie. Dergelijke organisaties dienen dan ook een mogelijkheid te krijgen mee te dingen naar subsidie voor het beheer en onderhoud van de gemeentelijke buitensportaccommodaties.
17. Mijn conclusie is dat een subsidieregeling van het college van de gemeente Nijkerk, waarin de beheerstichting de enige doelgroep is, niet in de rede ligt. Mogelijk dat toekomstige uitspraken een verdere verduidelijking bieden, maar in het licht van het wettelijk kader en de recente ontwikkelingen in de rechtspraak, zal een dergelijke beslissing nu juridisch lastig te onderbouwen zijn.
18. De vervolgvraag is of wellicht een begrotingssubsidie aan de beheerstichting kan worden verleend. Een begrotingssubsidie houdt in dat de naam van de organisatie en het bedrag in de begroting van de gemeenteraad wordt opgenomen. Ook dan is dus sprake van één-op-één-subsidiëring, echter zonder wettelijke grondslag (zie artikel 4:23, tweede lid Awb).
19. Ik zie drie risico's waarmee rekening dient te worden gehouden bij het verstrekken van een begrotingssubsidie. In de eerste plaats is het niet uitgesloten dat de recente rechtspraak van de Afdeling over het bieden van gelijke kansen ook in acht moet worden genomen bij subsidieverstrekingen via de begroting.¹⁰ Op die manier wordt voorkomen dat overheden het leerstuk van de schaarse rechten omzeilen via de begroting. Toekomstige rechtspraak zal op dit punt nog verduidelijking moeten geven.
20. In de tweede plaats is van belang dat partijen beogen de afspraken (deels) in een civielrechtelijke overeenkomst vast te leggen. Zonder subsidieregeling, waarin het beleid, de afwegingen, en

⁹Zie hierover: A. Drahmman, transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten, 2015.

https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/31687/Binnenwerk_Transparante_en_eerlijke_verdeling_van_schaarse_besluiten.pdf?sequence=5

¹⁰Zie in gelijke zin A. Drahmman in haar annotatie bij ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:595, Gst. 2019/78.

verplichtingen tot uitdrukking komen, is de kans groter dat de subsidie als “verkapte opdracht” wordt gezien.

N.B. Zoals ik eerder aangaf, dient de vraag of sprake is van opdracht of subsidie van geval tot geval te worden beoordeeld. Er zijn aanknopingspunten om de beheertaken van de buitensportaccommodaties aan te merken als subsidie,

- indien er geen prestatieplicht is,
- de beheerstichting niet alle kosten vergoed krijgt (wegens de bijdrage van de sportverenigingen),
- de activiteiten primair ten dienste staan van derden (de voetbalverenigingen).

Echter, er zijn evengoed argumenten om de beheertaken te kwalificeren als opdracht,

- indien de beoogde afspraken grotendeels gelijk zijn aan de afspraken met de huidige beheerder,
- de accommodaties zijn in eigendom van de gemeente; er is sprake van een dienst, waar de gemeente voordeel van heeft.

In de situatie dat de subsidierelatie enkel wordt gevestigd in een begrotingssubsidie (in plaats van een subsidieregeling) verschuift het zwaartepunt met betrekking tot de inhoudelijke afspraken. Deze worden in dat geval naar verwachting voor een belangrijk deel in een civielrechtelijke overeenkomst vastgelegd, in plaats van in publiekrechtelijke regels en besluiten. Dan zal naar mijn inschatting ook eerder aanleiding zijn de activiteiten als (verkapte) opdracht te kwalificeren.

Vgl. ook: Hof van Justitie 18 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:843, AB 2019/319, m.nt. J.E. van den Brink en L.W. Verboeket waarin het Hof oordeelde dat een Italiaanse subsidie moet worden aanbesteed als opdracht, als bij de verlening daarvan een afdwingbare overeenkomst wordt gesloten en de Europese drempels worden overschreden. Niet de hoogte van de vergoeding (subsidie), maar de afdwingbaarheid (prestatieplicht) werd daarbij tot uitgangspunt genomen. Dit is in Nederland vergelijkbaar met de uitvoeringsovereenkomst van [art. 4:36 Awb](#).

21. Ten derde is van belang dat de buitensportaccommodaties op dit moment door een commerciële aanbieder worden beheerd. De kans dat Optisport als concurrent-belanghebbende rechtsmiddelen aanwendt tegen de nieuwe situatie van één-op-één-subsidiëring aan de beheerstichting schat ik groter in dan beroep in een situatie dat er geen bestaande aanbieder is (bijvoorbeeld omdat de gemeente de taken in eigen beheer heeft).

22. Tegen deze achtergrond is mijn juridisch advies om de beheerstichting niet één-op-één te subsidiëren.

OPDRACHT (AANBESTEDINGSPROCEDURE)

23. De vraag is of de gemeente Nijkerk de beheerstichting rechtstreeks een opdracht kan gunnen voor het beheren van de buitensportaccommodaties. U schat in dat de opdrachtwaarde hoger is dan de Europese drempelwaarde van € 221.000,- voor diensten die geldt voor decentrale overheden.

N.B. De waarde wordt berekend over het hele bedrag van de opdracht inclusief opties en verleningen en exclusief btw. Bij opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter is dan 48 maanden neemt de aanbestedende dienst de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd. Bij opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd langer is dan 48 maanden neemt men het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

24. Uitgangspunt van de Aanbestedingswet 2012 is dat diensten boven de Europese drempelwaarde Europees moeten worden aanbesteed. De overheidsdienst gunt de opdracht aan de marktpartij die in een openbare, transparante, gelijke aanbestedingsprocedure het beste aanbod heeft gedaan (beste prijs/kwaliteit of laagste prijs).
25. Slechts in uitzonderingssituaties kan de overheid besluiten een opdracht één-op-één aan een organisatie te gunnen. De mogelijkheden voor het een-op-een gunnen zijn (i) inbesteden, (ii) quasi-in house (ook wel quasi inbesteden genoemd) en (iii) exclusief verlenen van de opdracht aan één organisatie (alleenrecht).
26. Inbesteden houdt in dat een dienst wordt uitbesteed aan een afdeling van de eigen gemeentelijke organisatie. Nu de gemeente Nijkerk ervoor kiest het beheer van de buitensportaccommodaties op afstand te plaatsen en uitsluitend een regierol te vervullen ten opzichte van de beheerder, is dit geen reële optie.
27. Quasi-inbesteden houdt in dat een gemeente een opdracht verstrekt aan een gelieerde instelling, die een separate rechtspersoon is. De opdracht hoeft niet te worden aanbesteed, als aan de volgende criteria uit artikel 2.24a Aanbestedingswet 2012 is voldaan:
 - a) de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
 - b) meer dan 80 % van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en
 - c) er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.
28. Een aanbestedende dienst wordt geacht op een rechtspersoon toezicht zoals op zijn eigen diensten uit te oefenen in de zin van de eerste alinea, onder a), indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent (artikel 2.24a lid 3 Aanbestedingswet 2012).
29. Naar verwachting kan, in onderling overleg met de sportverenigingen, aan de criteria b) en c) worden voldaan bij de inrichting en opzet van een op te richten beheerstichting. De keuze om uitsluitend een regierol te vervullen bij het toezicht op het beheer van de buitensportaccommodaties, brengt echter mee dat het toezicht op andere wijze wordt uitgeoefend dan voor de eigen (interne) diensten van de gemeente Nijkerk (criterium a). Uitgaande van deze keuze, is quasi-inbesteden dus evenmin mogelijk voor het beheer van de buitensportaccommodaties.
30. Ten slotte is het in bepaalde, wettelijk omschreven situaties mogelijk om een opdracht te gunnen aan één leverancier (alleenrecht). Dat geldt bijvoorbeeld indien hiervoor specifieke technische of artistieke redenen zijn of voor producten voor onderzoek en ontwikkeling (welke niet commercieel worden ingezet). De reikwijdte van deze uitzonderingsbepalingen is echter zeer beperkt en wordt restrictief uitgelegd ter bescherming van de marktwerking. Deze uitzonderingen kunnen niet op de beheertaken van de sportaccommodaties worden toegepast.

31. Naast de drie genoemde mogelijkheden van een aanbestedende dienst om één-op-één te gunnen, vermeld ik ter volledigheid nog dat de Aanbestedingswet 2012 een verlicht aanbestedingsregiem kent voor sociale en andere specifieke diensten (voorheen de zogenoemde 2B-diensten).

Zie: Richtlijn 2014/24 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, preambule, overweging 114:

“Bepaalde categorieën van diensten hebben vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie. Het gaat met name om diensten aan personen zoals sociale diensten, gezondheidszorg en onderwijs. Deze diensten worden verstrekt binnen een bijzondere context die sterk varieert naargelang van de lidstaten, ten gevolge van de verschillende culturele tradities. Daarom moet een specifieke regeling worden ingevoerd voor overheidsopdrachten voor deze diensten, met een drempel die hoger is dan die voor andere diensten.”

32. De diensten waarvoor deze vereenvoudigde procedure mag worden gevolgd, zijn omschreven in bijlage XIV bij Richtlijn 2014/24. Hieronder valt “exploitatie van sportaccommodatie” (CVP-code 92610000-0), “diensten in verband met sport” (CVP-code 92620000-3) en de meer algemene CVP-code “cultuur-, sport- en recreatiediensten.” De drempelwaarde voor sociale en andere specifieke diensten is vastgesteld op €750.000 (zie artikel 2.2 Aanbestedingswet 2012 jo. Artikel 4, onderdeel b van richtlijn 2014/24/EU). Concreet betekent dit dat:

- Bij een opdrachtwaarde > € 750.000 de voorschriften voor sociale en andere specifieke diensten uit artikel 2.38 en 2.39 Aanbestedingswet 2012 gelden.
- Bij een opdrachtwaarde < € 750.000 de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing zijn. Een aanbestedende dienst is in dat geval wel gebonden aan het bepaalde in artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012.

33. De geraamde opdrachtwaarde dient te worden gebaseerd op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract (zie artikel 2.15 Aanbestedingswet). Bij contracten voor onbepaalde tijd of voor meer dan vier jaar dient de waardebepaling gebaseerd te zijn op de te verwachten opdrachtwaarde over een periode van 48 maanden.

34. Uit navraag is gebleken dat de opdrachtwaarde voor het beheer van de buitensportaccommodaties in de gemeente Nijkerk hoger is dan € 750.000,-. Dat betekent dat bij gunning van een nieuwe opdracht voor het beheer van de buitensportaccommodaties in ieder geval de procedurevoorschriften van artikel 2.39 Aanbestedingswet 2012 dienen te worden gevolgd, naast het bepaalde in artikel 1.4 Aw 2012.¹¹

Zie voor een voorbeeld waarin de commissie van aanbestedingsexperts oordeelde dat een gemeente voor een opdracht < € 750.000 niet heeft voldaan aan de motiveringsplicht: advies 435. De gemeente in kwestie had ervoor gekozen de exploitatie van de kermis één op één te gunnen aan

¹¹ Zie hierover uitgebreider: <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/europese-specifieke-procedures/sociale-en>.

een bij haar bekende partij. Hoewel hier sprake is van een verlicht regiem, dient wel te worden voldaan aan het bepaalde in artikel 1.4 Aw 2012. De keuze van de aanbestedingsprocedure was naar het oordeel van de Commissie niet op objectieve criteria gebaseerd en daarmee onvoldoende gemotiveerd.¹²

35. Ter volledigheid merk ik ten slotte op dat het plaatsen van een concessieopdracht evenmin tot de mogelijkheden behoort. De specifieke bepalingen over een concessieopdracht als bedoeld in Deel 2a van de Aanbestedingswet 2012 zijn alleen van toepassing op diensten met een geraamde opdrachtwaarde groter dan € 5.186 000 (artikel 2a.2 Aanbestedingswet jo. Artikel 8, eerste lid Richtlijn 2014/23/EU). Overigens gelden ook voor het in de markt zetten van concessieopdrachten de nodige procedurele voorschriften (zie hoofdstuk 2a.2 van de Aanbestedingswet 2012), die één-op-één gunning zonder mededinging uitsluiten.
36. De conclusie is dat de gemeente Nijkerk de opdracht voor het beheer van de buitensportaccommodaties niet één –op-één mag gunnen aan de beheerstichting.

DAEB

37. Een derde benadering is de aanwijzing van de beheertaken van de sportaccommodaties als “Dienst van Algemeen Economisch Belang”.¹³
38. Diensten van algemeen (economisch) belang (DAEB) zijn economische activiteiten die het algemeen belang dienen en die de markt, zonder het overheidsoptreden, anders niet (of niet onder dezelfde voorwaarden inzake objectieve kwaliteit, veiligheid, betaalbaarheid, gelijke behandeling of algemene toegang) had verricht.¹⁴ Hoewel decentrale overheden een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij het definiëren van een DAEB, gelden er wel eisen en voorwaarden. Zo moet het noodzakelijk zijn dat de overheid optreedt bij uitvoering van deze diensten, omdat ze anders niet door de markt naar maatschappelijke aanvaardbare voorwaarden worden verricht of door de markt zelf worden opgepakt.¹⁵ Met andere woorden, er dient sprake te zijn van een bepaald marktfalen. Aangenomen wordt dat zich marktfalen voordoet als bepaalde algemene belangen niet of niet toereikend worden gerealiseerd door ondernemingen die zich alleen laten leiden door hun eigen commerciële belangen ofwel alleen maar kijken naar de signalen van de markt.¹⁶
39. Verder gelden bij het aanwijzen van een DAEB de volgende eisen:

¹² <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/advies/advies-435-motivering-van-enkelvoudig-onderhandse-gunning-van-organisatie-van-kermissen-niet>.

¹³ Zie bijv. het Aanwijzingsbesluit van de gemeente Enschede van 7 januari 2017, waarin Sportaal B.V. is belast met de exploitatie van de gemeentelijke sportaccommodatie en de uitvoering van het gemeentelijk sportbeleid, <https://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/XHTMLoutput/Actueel/Enschede/CVDR601334.html>. Vergelijkbaar is het Aanwijzingsbesluit van de gemeente Leeuwarden: <http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/XHTMLoutput/Actueel/Leeuwarden/49440.html>.

¹⁴ Volgt uit mededeling van de Commissie 2013 (DAEB)

¹⁵ Volgt uit Handreiking DAEB 2014 (blz. 10) - <https://europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2014/07/Handreiking-DAEB-2014.pdf>


¹⁶ Zie uitgebreider: Maarten Aalbers en Bart Hessel, “De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (deel II)”, 31 augustus 2012, Gemeentestem 2012/89.

- de onderneming moet belast zijn met de uitvoering van een openbare dienstverplichting en die verplichting moet duidelijk zijn afgebakend;
 - de compensatie moet op objectieve en transparante wijze worden berekend en vastgesteld;
 - de hoogte van de compensatie mag niet meer bedragen dan wat nodig is om de kosten van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te compenseren; en
 - wanneer geen gebruik is gemaakt van een openbare aanbesteding, moet het bedrag van de compensatie worden bepaald aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed functionerende onderneming zou hebben gemaakt.
40. Indien de beheertaken van de sportaccommodaties in de gemeente Nijkerk met voldoende kwaliteit en oog voor het algemeen belang door marktpartijen kunnen worden uitgevoerd, is er geen sprake van marktfalen. Bij navraag heeft u aangegeven dat er geen aanwijzingen zijn van marktfalen. Daarbij zijn de financiële voorwaarden van de opdracht niet doorslaggevend, maar het feit dat de activiteiten op een sociaal-maatschappelijk verantwoorde wijze kunnen worden uitgevoerd. Het vestigen van een DAEB lijkt daarom evenmin van toepassing.

AFLSUITENDE OPMERKINGEN

41. Uw vraag of het juridisch mogelijk is om een beheerstichting, waarin de voetbalverenigingen vertegenwoordigd zijn, één-op-één te subsidiëren voor het beheer en onderhoud van de sportaccommodaties wordt op grond van bovenstaande ontkennend beantwoord. Strikt genomen is dit voor begrotingssubsidies nog onzeker, maar het valt niet goed uit te leggen waarom het leerstuk van de schaarse rechten in dit geval omzeild dient te worden via deze vorm van subsidiëring. Bovendien zou dan eerder aangenomen kunnen worden dat sprake is van een verkapte opdracht. Het ligt daarom voor de hand om de beheertaken van de gemeentelijke sportaccommodaties opnieuw aan te besteden.
42. Slechts indien de gemeente Nijkerk andere beleidsuitgangspunten zou hanteren, kunnen deze taken mogelijk wel bij de beheerstichting worden ondergebracht. Bijvoorbeeld in de vorm van quasi-inbesteden.
43. Een andere optie kan zijn dat de beheerstichting, in concurrentie met andere (commerciële) aanbieders, meedingt naar de opdracht voor het beheren en onderhouden van de buitensportaccommodaties voor de nieuwe contractperiode.
44. Als alternatieve optie heeft u de voetbalverenigingen voorgelegd om hen meer te betrekken bij de formulering van de uitvraag en het contractmanagement met de commerciële aanbieder, zodat zij hierop meer invloed en grip hebben.
45. Tot zover mijn advies. Tot het geven van een nadere toelichting ben ik graag bereid.

Met vriendelijke groet,



Janneke Dijkgraaf