

MEMO



Opsteller: Richard Beumers
Team: Ruimtelijk beleid en projecten
Kenmerk: Z/21/004976 / D/21/039917
Datum: 28 oktober 2021
Vertrouwelijkheid: Openbaar

Onderwerp: Advies LaGro Geelkerken Advocaten inzake zwembad (T-770)

Aanleiding: Forum Ruimte - dinsdag 26 oktober

Memo:

Op dinsdag 26 oktober is tijdens het Forum Ruimte - dat in het teken stond van het zwembad, de skeelerbaan en Statenland - toegezegd om een beoordeling vanuit LaGro Geelkerken Advocaten inzake 'Aanbesteding, staatssteun en Wet Markt en Overheid' met de gemeenteraad te zullen delen.

Het advies van LaGro Geelkerken Advocaten treft u als bijlage bij dit memo. Hiermee wordt tevens voorgesteld om de toezegging, met code T-770, af te doen.

Namens het college van B&W,

Richard Beumers
Projectleider

VERTROUWELIJK

MEMO

aan : Gemeente Oudewater, [REDACTED]
van : [REDACTED]
datum : 14 oktober 2021
ons dossier : PO / 11520030
inzake : Gemeente Oudewater / advies zwembad Oudewater

1. Inleiding

- 1.1. De gemeente Oudewater heeft verzocht om juridisch advies in de bovengenoemde aangelegenheid. Aanleiding daarvoor is het plan om op de locatie waar het huidige zwembad is gevestigd en dat door Stichting Beheer Zwembad Oudewater (SBZO) wordt geëxploiteerd woningbouw te realiseren. Om die reden is de gemeente Oudewater met SBZO in overleg over de eventuele realisatie van een nieuw zwembad op een nieuwe locatie. In dat kader heeft SBZO in samenspraak met het lokale bedrijfsleven en/of particulieren partijen ('het burgerinitiatief c.q. maatschappelijk initiatief') plannen ontwikkeld.
- 1.2. De opdrachtwaarde voor de realisatie van het nieuwe zwembad is, uitgaande van de kostprijs, begroot op € 5.000.000,--. De gemeente Oudewater is bereid om vanuit de opbrengsten van de thans te realiseren woningbouw € 2.500.000,-- bij te dragen aan de realisatie van het nieuwe zwembad. Het tekortkomende c.q. resterende bedrag van € 2.500.000,-- dient SBZO zelf in te brengen. SBZO zal dit bedrag door middel van een lening financieren, waarbij een looptijd van 50 jaar het uitgangspunt is. Indien noodzakelijk, is de gemeente Oudewater bereid om voor deze lening garant te staan.
- 1.3. Ongeacht wie uiteindelijk eventueel verantwoordelijk wordt voor de realisatie van het nieuwe zwembad, is het uitgangspunt dat (i) de gemeente Oudewater eigenaar blijft van de grond; (ii) SBZO eigenaar wordt van het zwembad inclusief ligweide; (iii) daartoe een opstalrecht of erfpachtrecht wordt gevestigd en (iv) SBZO voor minimaal 10 jaar de exploitatie van het nieuwe zwembad op zich neemt. Tevens is daarbij de

intentie dat de huidige relatie tussen de SBZO en de gemeente Oudewater wordt voortgezet, met dien verstande dat SBZO jaarlijks van de gemeente Oudewater een exploitatie- en onderhoudsbijdrage ontvangt van (naar verwachting) circa € 174.950,--.

- 1.4. De vraag vanuit de gemeente Oudewater is of en onder welke voorwaarden de realisatie van het nieuwe zwembad al dan niet aanbestedingsplichtig is en welke elementen voor die beoordeling van belang zijn. In de navolgende alinea's wordt het juridisch kader dienaangaande uiteengezet, waarbij wordt ingegaan op de aandachtspunten die vanuit het toepasselijk juridisch kader van belang zijn. Op basis van het geschetste juridisch kader en de huidige uitgangspunten wordt beoordeeld of de realisatie van het nieuwe zwembad al dan niet aanbestedingsplichtig is en welke aspecten daarbij relevant zijn. Tevens wordt nader ingegaan op overige aandachtspunten en risico's vanuit juridisch perspectief.
- 1.5. Concreet wordt ingegaan op de kaders ter zake: (i) een (aanbestedingsplichtige) overheidsopdracht voor werken; (ii) een aanbestedingsplicht bij financiering van een overheidsopdracht voor werken; (iii) een eventuele aanbestedingsplicht van SBZO; (iv) de bestaande rechtsverhouding tussen de gemeente Oudewater en SBZO; (v) staatssteun; (vi) Wet Markt en Overheid, en (vii) aandachtspunten en (te borgen) risico's in de fase van contractvorming.

2. Overheidsopdracht voor werken

Juridisch kader

- 2.1. Aanbestedende diensten zijn verplicht om – onder bepaalde voorwaarden – overheidsopdrachten aan te besteden, waarbij in het kader van dit advies specifiek dient te worden nagegaan of in het kader van de voorgenomen realisatie van het zwembad onder nader te maken afspraken, sprake is of kan zijn van een overheidsopdracht voor werken.
- 2.2. Onder overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken wordt verstaan een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten met een aannemer enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds en die betrekking heeft op (kort samengevat) de uitvoering van een werk of het laten uitvoeren van een werk met welke middelen dan ook die aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.

- 2.3. Er is derhalve sprake van een overheidsopdracht voor werken indien sprake is van: (a) een aanbestedende dienst; (b) een schriftelijke opdracht; (c) een overeenkomst met een aannemer; (d) een bezwarende titel en (e) uitvoering van een werk.
- 2.4. Het betreft cumulatieve vereisten: alleen als aan alle vereisten wordt voldaan, is sprake van een overheidsopdracht voor werken.
- 2.5. Als ‘aannemer’ in de zin van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) wordt aangemerkt een ieder die de uitvoering van werken op de markt aanbiedt. Onder ‘een ieder’ wordt verstaan elke natuurlijk of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen. Niet ter zake doet of de betreffende entiteit wel of niet hoofdzakelijk winst nastreeft en niet op een regelmatige basis op de markt actief is.¹
- 2.6. Uit het arrest *Helmut Müller*² van het Europese Hof van Justitie volgt dat sprake is van een 'bezwarende titel' indien er is voldaan aan ten minste drie cumulatieve vereisten: (i) de prestatie moet in rechte afdwingbaar zijn, (ii) de aanbestedende dienst moet een rechtstreeks economisch belang hebben en (iii) de aanbestedende dienst moet een tegenprestatie verrichten.
- 2.7. Volgens het Hof van Justitie moet een marktpartij zich tot de uitvoering van werken verbinden, wil sprake kunnen zijn van een bezwarende titel. Van een in rechte afdwingbare verplichting (vereiste i) is sprake indien de marktpartij een bouwplicht is opgelegd in het contract tussen hem en de overheid. Indien in het contract een (terug)leverplicht van de grond is opgelegd, is geen sprake van een in rechte afdwingbare verplichting. De overheid die in die situatie de gronden krijgt geleverd, heeft namelijk nog steeds niet de realisatie afgedwongen.
- 2.8. Van een rechtstreeks economisch belang (vereiste ii) is volgens het Hof van Justitie sprake als: de overheid eigenaar wordt van het werk, het gaat om een werk met een openbaar karakter waarover de overheid krachtens een rechtstitel kan beschikken, het werk gedeeltelijk voor rekening/risico van de overheid plaatsvindt of de overheid financieel voordeel uit het werk haalt, nu of in de toekomst.
- 2.9. Het verrichten van een tegenprestatie (vereiste iii) bestaat volgens het Hof van Justitie in de uitvoering van de werken waarover de aanbestedende dienst beoogt te beschikken.

¹ HvJ EU 23 december 2009, C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807 (*CoNISMa*).

² HvJ 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*).

- 2.10. Voor de volledigheid wordt gewezen op een bijzondere vorm van een overheidsopdracht voor werken, te weten een concessieovereenkomst voor werken. Een concessieovereenkomst is een overheidsopdracht, waarbij de concessiehouder het recht krijgt om een werk te exploiteren en het economisch risico draagt van de uitvoering van de opdracht doordat een deel van zijn vergoeding door 'de markt' wordt betaald. Een klassiek voorbeeld is de (bouw en) exploitatie van een parkeergarage.

Beoordeling

- 2.11. Vooropgesteld wordt dat vooralsnog niet in de jurisprudentie is uitgemaakt of burgerinitiatieven c.q. maatschappelijke initiatieven onder de werking van het aanbestedingsrecht vallen. Derhalve moet er – mede in het licht van de ruime uitleg van het begrip 'aannemer' in de zin van de Aw – vanuit worden gegaan dat ook in het geval van een burgerinitiatief c.q. maatschappelijk initiatief sprake kan zijn van een aanbestedingsplicht.³
- 2.12. Afhankelijk van de wijze waarop de afspraken tussen de gemeente Oudewater en SBZO en/of 'het maatschappelijk initiatief'⁴ worden ingevuld en hoe de gemeente Oudewater omgaat met het publiekrechtelijke kader, zal moeten worden beoordeeld of het samenstel van rechten en verplichtingen kwalificeert als een overheidsopdracht voor werken in de zin van de Aw.
- 2.13. Bezien zal moeten worden of in dat kader sprake is van een schriftelijke opdracht, een overeenkomst met een aannemer, een bezwarende titel en uitvoering van een werk. Daarbij dient te worden bedacht dat voornoemde criteria cumulatief zijn, zodat als één van de criteria niet van toepassing is, geen sprake is van een overheidsopdracht voor werken. Dat kan aan de orde zijn als ofwel (i) geen sprake is van een bouwplicht c.q. afdwingbare verplichting tot realisatie ofwel (ii) geen bemoeienis is ten aanzien van de door de gemeente Oudewater te stellen eisen aan het nieuw te bouwen zwembad die verder gaan dan de publiekrechtelijke eisen.
- 2.14. Vooralsnog is het uitgangspunt dat de gemeente Oudewater geen bouwplicht en afdwingbare verplichtingen aan SBZO en/of 'het maatschappelijk initiatief' oplegt.

³ Zie ook de handreiking 'Burgerinitiatieven en het aanbestedingsrecht' (december 2020), waaruit volgt dat er geen algemene uitzondering op de aanbestedingsplicht is voor burgerinitiatieven, p. 10.

⁴ Naar wij hebben begrepen is uitgangspunt dat SBZO zelf de realisatie ter hand zal nemen. Dat zal in het vervolg van dit memo ook het uitgangspunt zijn.

Met andere woorden: de gemeente Oudewater zal geen bemoeienis hebben met de uitvoering van de bouw van het zwembad en zal geen harde afspraken maken voor wat betreft de daadwerkelijke uitvoering daarvan.

- 2.15. De gemeente Oudewater wenst enkel een ongedaanmakingsverplichting c.q. beëindigingsmogelijkheid ten aanzien van het uitgegeven opstalrecht of erfpachtrecht voor het toekomstige zwembad inclusief ligweide in de overeenkomst op te nemen. Opgemerkt zij dat in een dergelijk geval geen sprake is van een bouwplicht, omdat er geen juridisch afdwingbare plicht tot de realisatie van het nieuwe zwembad bestaat. Een dergelijke ongedaanmakingsverplichting c.q. beëindigingsmogelijkheid zal dan ook niet tot gevolg hebben dat sprake is van een overheids- c.q. concessieopdracht voor werken. Daarmee is tevens geen sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht.
- 2.16. Ten aanzien van de door de gemeente Oudewater te verstrekken financiële bijdrage (subsidie), geldt dat SBZO – behoudens andersluidende afspraken – géén verplichting heeft tot realisatie van het zwembad en/of tot benutting van de ter beschikking staande gelden. Dat vloeit voort uit het algemene wettelijke kader (AWB) ter zake subsidies. Uitgaande van het uitgangspunt dat enkel achteraf verantwoording dient te worden afgelegd aan de gemeente Oudewater is geen sprake van een (verkapte) bouwplicht. De gemeente Oudewater heeft weinig tot geen invloed op de realisatie van het nieuwe zwembad. In ieder geval stelt de gemeente Oudewater geen eisen aan (de realisatie van) het nieuw te bouwen zwembad die verder gaan dan de publiekrechtelijke eisen. Daarbij komt dat het initiatief en de verantwoordelijkheid voor de realisatie van het nieuwe zwembad bij SBZO ligt en niet bij de gemeente Oudewater. Derhalve is ook in dit geval geen sprake van een overheids- c.q. concessieopdracht voor werken.

3. Publiekrechtelijke instelling

Juridisch kader

- 3.1. Tevens is van belang om na te gaan of SBZO zelf kwalificeert als een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 Aw, doordat zij (mogelijk) kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke instelling. Bij deze beoordeling dient ook rekening te worden gehouden met (de rol van) 'het maatschappelijk initiatief'. Zou daarvan sprake zijn, dan is SBZO zelf aanbestedingsplichtig c.q. dient het zwembad door SBZO te worden aanbesteed.

- 3.2. Een publiekrechtelijke instelling is: een instelling die:
- (i) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard;
 - (ii) die rechtspersoonlijkheid bezit;
 - (iii) waarvan:
 - a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
 - b. of het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling,
 - c. of 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.
- 3.3. De voorgaande drie criteria zijn cumulatief. Voor de goede orde wordt benadrukt dat de drie onderdelen van het derde criterium niet cumulatief zijn (maar alternatief).
- 3.4. Wat de vraag betreft of de instelling (SBZO) voorziet in een behoefte van algemeen belang, wordt vooropgesteld dat het begrip algemeen belang niet in de wet is gedefinieerd. Volgens het Hof van Justitie is een aanwijzing dat sprake is van een behoefte van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard als het gaat om een behoefte waarin marktpartijen niet voorzien door het aanbieden van goederen of diensten én de overheid in het algemeen besluit zelf in die behoefte te voorzien of besluit erop een beslissende invloed te behouden.⁵ Daarbij kan worden gedacht aan het aanbieden van onderwijs, gezondheidszorg, warmtelevering of het ophalen van huishoudelijk afval. Het feit dat private partijen ook in de betreffende behoefte(n) (kunnen) voorzien, is niet doorslaggevend.
- 3.5. De toets of een behoefte van algemeen belang een industrieel of commercieel karakter heeft, vergt volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie een beoordeling van alle relevante gegevens, zoals de omstandigheden waaronder de betrokken instelling is opgericht en de voorwaarden waaronder zij werkzaam is.⁶ Van

⁵ HvJ EG 10 mei 2001, zaken C-223/99 en C-260/99, ECLI:EU:C:2001:259 (*Agora en Excelsior*).

⁶ HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300 (*Korhonen*); HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner/Fernwärme Wien*).

belang is onder meer of de instelling haar activiteiten uitoefent in een concurrentiesituatie, of zij een winstoogmerk heeft, of zij met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt en of zij met openbare middelen wordt gefinancierd.⁷

- 3.6. Bij de beoordeling van de rechtspersoonlijkheid is niet van belang of de rechtspersoonlijkheid privaatrechtelijk of publiekrechtelijk van aard is. Bij een instelling die rechtspersoonlijkheid bezit, kan worden gedacht aan een bv, nv, stichting, coöperatie en vereniging.
- 3.7. Het derde criterium heeft betrekking op de afhankelijkheid van de instelling van de overheid, waarbij als uitgangspunt geldt dat indien een instelling in sterke mate afhankelijk is van de overheid, sprake kan zijn van een publiekrechtelijke instelling.⁸
- 3.8. Er is sprake van een financiële afhankelijkheid (onderdeel a) wanneer betalingen door de overheid een relatie van ondergeschiktheid of afhankelijkheid creëren of versterken. In dat kader geldt dat niet alle betalingen een afhankelijkheidsrelatie tot gevolg hebben. Er is enkel sprake van financiering door een aanbestedende dienst als activiteiten van een instelling worden gefinancierd of ondersteund zonder dat daar een specifieke (contractuele) tegenprestatie van de instelling tegenover staat.⁹ Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt dat sprake is van financiële afhankelijkheid indien de instelling voor 50% of meer uit overheidsfinanciering afkomstig is.¹⁰ Bij de berekening van dit percentage moet worden uitgegaan van alle inkomsten van de betreffende instelling, met inbegrip van inkomsten uit commerciële activiteiten.
- 3.9. Van toezicht op het beheer (onderdeel b) is sprake indien een overwegende overheidsafhankelijkheid bestaat, waardoor de overheid de besluiten van de betrokken instelling ter zake van overheidsopdrachten kan beïnvloeden.¹¹ Voorbeelden zijn goedkeuring van belangrijke besluiten, het onderworpen zijn aan door de overheid opgestelde gedetailleerde regels, de situatie waarin de overheid prijzen van producten bepaalt, de mogelijkheid tot het bezoeken van de instelling en

⁷ HvJ EG 16 oktober 2003, C-283/00, ECLI:EU:C:2003:544 (*Commissie/Spanje*); HvJ EG 10 april 2008, C-393/06, ECLI:EU:C:2008:213 (*Aigner/Fernwärme Wien*); HvJ EG 22 mei 2003, C-18/01, ECLI:EU:C:2003:300, (*Korhonen*).

⁸ HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*).

⁹ HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*); HvJ EU 13 december 2007, C-337-06, ECLI:EU:C:2007:786 (*Bayerischer Rundfunk*).

¹⁰ HvJ EU 3 oktober 2000, C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (*University of Cambridge*).

¹¹ HvJ EU 1 februari 2001, C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (*Commissie/Frankrijk*).

naar aanleiding daarvan verslag uitbrengen en (permanent) toezicht op het bestuur. Er kan niet van toezicht op beheer worden gesproken indien de controle uitsluitend achteraf plaatsvindt, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van de instelling ter zake van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden.¹²

- 3.10. Wat betreft het onderdeel benoeming van bestuurders en toezichthouders (onderdeel c) geldt dat aan de hand van de relevante documenten van de rechtspersoon (bijvoorbeeld de statuten) kan worden bepaald of de aanbestedende dienst meer dan de helft van de leden van het bestuur en/of toezichthouders benoemt.

Beoordeling

- 3.11. SBZO is een stichting met rechtspersoonlijkheid. Het beheer van het (openbare) zwembad voorziet naar onze stellige overtuiging in een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is. Kortom, de vraag resteert of SBZO in sterke mate afhankelijk is van de overheid. Is daarvan sprake, dan kwalificeert SBZO als een publiekrechtelijke instelling, die zelfstandig aanbestedingsplichtig is.
- 3.12. Op grond van de ontvangen stukken kwalificeert SBZO niet voor de criteria dat sprake is van overwegende overheidsafhankelijkheid (onderdeel b) en/of van benoeming van meer dan de helft van de leden van het bestuur en/of toezichthouders (onderdeel c). Blijkens de exploitatieovereenkomst en de oprichtingsakte zijn er wat betreft de gemaakte afspraken wel 'kaders' gesteld, maar is er geen actieve overheidsbemoediging ten aanzien van het beleid van SBZO, bij wijze van zeggenschap of controle en/of deelname in organen van de rechtspersoon.
- 3.13. Uitgaande van de exploitatiebegroting 2020 van SBZO, kwalificeert SBZO tevens niet voor het criterium dat sprake is van (hoofdzakelijke) financiering (onderdeel a). Uit de exploitatiebegroting volgt dat de kosten € 476.000,-- en de opbrengsten € 301.050,-- bedragen. Het voorgaande resulteert in een tekort van € 174.950,--. Dit tekort wordt door de gemeente Oudewater opgevangen. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat SBZO voor 36,75% uit overheidsfinanciering afkomstig is (€174.950,-- van € 476.000,-- = 36,75%). Daarmee is SBZO niet voor 50% of meer uit overheidsfinanciering afkomstig in de zin van artikel 1.1 Aw.

¹² HvJ EU 27 februari 2003, C-373/00, ECLI:EU:C:2003:110 (A. Truley).

- 3.14. Gelet op het voorgaande kwalificeert SBZO op dit moment niet als publiekrechtelijke instelling en dus ook niet als een aanbestedende dienst de zin van de Aanbestedingswet. SBZO is op dit moment dan ook niet zelfstandig aanbestedingsplichtig. Van belang is om te realiseren dat deze beoordeling in de toekomst anders kan uitvallen c.q. kan wijzigen.

4. Gesubsidieerde opdracht

Juridisch kader

- 4.1. Wanneer de opdrachtgever geen aanbestedende dienst is, dan kan de Aanbestedingswet ook van toepassing zijn wanneer een opdracht voor bepaalde werken (zoals de onderhavige) met een opdrachtwaarde van € 5.350.000,--¹³ (Europese drempel) of meer dan 50% rechtstreeks door een of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd (artikel 2.8 lid 1 sub a onder 2 Aw).
- 4.2. Uit Europese jurisprudentie kan worden afgeleid dat het begrip ‘subsidie’ ruim moet worden uitgelegd en hier ieder voordeel onder kan worden verstaan dat de aannemer geniet.¹⁴ Dit begrip is volgens het Hof van Justitie in de regel dus niet enkel beperkt tot positieve prestaties. Bovendien is volgens het Hof van Justitie niet van belang welke ‘traditionele’ definitie door een bepaalde lidstaat aan het begrip subsidie wordt gegeven, maar moet het begrip autonoom en uniform worden uitgelegd. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de context van de bepaling en het doel van de bepaling waarin het is opgenomen (namelijk: het voorkomen van omzeiling).
- 4.3. Indien aan voornoemde voorwaarden wordt voldaan, heeft de subsidieontvanger op grond van artikel 2.9 Aw de verplichting om de voorschriften van de Aw na te leven en de opdracht aan te besteden.

Beoordeling

- 4.4. Afhankelijk van de opdrachtwaarde van de bouw van het nieuwe zwembad en de daaraan te leveren bijdrage door de gemeente Oudewater, zal moeten worden

¹³ NB, de huidige Europese drempelbedragen gelden tot 1 januari 2022. Naar verwachting zullen in november 2021 nieuwe drempelbedragen door de Europese Commissie worden vastgesteld, die gelden voor opdrachten die worden vergund vanaf 1 januari 2022.

¹⁴ HvJ EU 26 september 2013, C-115/12 P, ECLI:EU:C:2013:596, r.o. 46. Het Hof van Justitie oordeelde dat het begrip subsidie in de zin van de aanbestedingsrechtelijke Richtlijn ook betrekking kan hebben op belastingverlichtingen.

beoordeeld of sprake is van een gesubsidieerde opdracht in de zin van artikel 2.8 Aw. Indien wordt uitgegaan van de huidige raming van de opdrachtwaarde, te weten € 5.000.000,--, geldt dat de Europese drempel niet wordt overschreden zodat artikel 2.8 Aw thans niet van toepassing is. Artikel 2.8 Aw kent geen 'nationale' component, c.q. er wordt géén aanbestedingsplicht afgeleid voor opdrachten onder de drempelwaarden op grond van de Aanbestedingswet in combinatie met de Gids Proportionaliteit.

- 4.5. Van belang is om na te gaan in hoeverre de definitieve geraamde opdrachtwaarde zorgvuldig tot stand komt.¹⁵ Ter illustratie voegen wij als bijlage een door ons opgestelde annotatie in het tijdschrift Jurisprudentie Aanbestedingsrecht bij, waarin wij enkele handvatten hebben benoemd op basis waarvan tot een zorgvuldige raming kan worden gekomen (**bijlage 1**) in overeenstemming met de huidige stand van de jurisprudentie.
- 4.6. Op basis van een zorgvuldig tot stand gekomen raming kan de gemeente Oudewater vervolgens een gewogen keuze maken over de definitieve bijdrage die zij aan de bouw van het nieuwe zwembad wenst te leveren. Als de raming van de opdrachtwaarde meer dan de Europese drempelwaarde omvat, is vervolgens van belang of de gemeente Oudewater meer dan 50% van de opdrachtwaarde subsidieert. NB, de gemeente Oudewater mag in dat kader niet afgaan op de juistheid van hetgeen SBZO ter zake aangeeft, maar dient zelf zich ervan te vergewissen op basis van een zorgvuldige raming, wat de omvang van de opdrachtwaarde is.
- 4.7. Aangezien het Hof van Justitie het begrip 'subsidie' ruim uitlegt en daaronder ieder voordeel kan worden verstaan dat de aannemer geniet, moet er vanuit worden gegaan dat bij het subsidiebegrip in aanmerking moet worden genomen (i) het totaal van de bijdrage van de gemeente Oudewater van € 2.500.000,-- en (ii) het totaal van het mogelijk c.q. waarschijnlijk gegarandeerde bedrag van de gemeente Oudewater van een door SBZO aan te gane financiering ad € 2.500.000,-- en eventuele overige voordelen waaronder (mogelijk) de te verlenen exploitatiebijdrages. Uitgaande van de huidige opdrachtwaarde, begroot door SBZO op € 5.000.000,--, kan geen sprake zijn van een aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.8 Aw nu onder de Europese drempelwaarde wordt gebleven.

¹⁵ Bij de raming van de opdrachtwaarde gaat het enkel om de kosten (exclusief BTW) die samenhangen met de realisatie van het zwembad. Bij de berekening van de opdrachtwaarde hoeven dus niet de kosten die samenhangen met de exploitatie van het zwembad te worden meegenomen. Het gaat hier immers om twee soorten opdrachten, welke opdrachten in principe niet door één en dezelfde opdrachtnemer uitgevoerd dienen te worden.

Beoordeling – scenario: opdrachtwaarde gelijk aan of hoger dan Europese drempelwaarde

- 4.8. Indien en voor zover de opdrachtwaarde (al dan niet na het plaatsvinden van een zorgvuldige raming) wijzigd en gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempelwaarde, dan is er – mits de gemeente Oudewater geen bemoeienis heeft met de uitvoering van de bouw van het zwembad en geen harde afspraken maakt voor wat betreft de uitvoering – nog steeds geen sprake van een overheidsopdracht voor werken (zie tevens paragraaf 2.1 t/m 2.16). In dat geval is de gemeente Oudewater niet verplicht om de opdracht aan te besteden en is het doorleggen van een aanbestedingsplicht niet aan de orde.¹⁶
- 4.9. Dat neemt niet weg dat bij overschrijding van de Europese drempel wél sprake is van een aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.8 Aw nu (i) de opdrachtwaarde hoger is dan de Europese drempelwaarde en (ii) de bijdrage van de gemeente Oudewater (financiële bijdrage + garantie) hoger is dan 50% van de Europese drempelwaarde. Dat heeft tot gevolg dat SBZO zelf verplicht is om de opdracht Europees aan te besteden. Op een Europese aanbestedingen kan in principe elke onderneming zich inschrijven, ook lokale ondernemingen.
- 4.10. Indien en voor zover de opdracht Europees dient te worden aanbesteed, is het toegestaan om de verschillende onderdelen/activiteiten die deel uitmaken van de bouw van het nieuwe zwembad in verschillende opdrachten in de markt te zetten/aan te besteden. Dit leidt echter niet tot een andere geraamde opdrachtwaarde voor de betreffende opdracht, omdat de waarde van alle relevante onderdelen die in gezamenlijkheid moeten worden beoordeeld als één opdracht bij elkaar dienen te worden opgeteld. Het apart aanbesteden van bepaalde onderdelen (denk aan installaties, ruwbouw en directieveranties) leidt er aldus toe dat alle relevante onderdelen voor zich Europees dienen te worden aanbesteed.
- 4.11. Het opdelen van één opdracht (in dit geval de bouw van het zwembad) in verschillende percelen (bijv. installaties, ruwbouw etc.) is logischerwijs wel toegestaan en moet zelfs op grond van de Aanbestedingswet. Bij een opdeling van de opdracht in percelen kunnen inschrijvers (waaronder eventueel lokale ondernemingen) zelf beslissen ten aanzien van welke percelen zij een inschrijving

¹⁶ Dat wordt anders indien de gemeente Oudewater wel een bouwplicht oplegt c.q. zich actief bemoeit met de bouw (eisen/voorwaarden) van het nieuwe zwembad. In dat geval is de gemeente Oudewater, bij overschrijding van de Europese drempel, verplicht om de opdracht Europees aan te besteden of de aanbestedingsplicht door te leggen aan SBZO.

indienen. Wanneer de opdracht wordt opgedeeld in percelen, dan kunnen één of meerdere percelen in sommige gevallen op grond van de percelenregeling (artikelen 2.18 en 2.19 Aw) worden uitgezonderd en onderhands één op één worden gegund. Voor werkenopdrachten geldt dat het uitgezonderde perceel niet groter mag zijn dan 1.000.000 euro (exclusief omzetbelasting). Daarnaast mag de waarde van het één of één gegunde perceel (of percelen) maximaal 20% van de totale waarde van de gehele opdracht bedragen.

5. Overheids-/concessieopdracht voor diensten of subsidie

Juridisch kader

- 5.1. Tot slot is van belang om te bezien of en in hoeverre de bestaande/toekomstige rechtsverhouding met betrekking tot de exploitatie van het zwembad vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief kan worden voortgezet, of dat sprake is van een situatie die moet worden aanbesteed. Daarbij is specifiek de vraag of de rechtsverhouding tussen SBZO en de gemeente Oudewater dient te worden gekwalificeerd als een aanbestedingsplichtige overheids-/concessieopdracht voor diensten of als een zuivere subsidieverhouding.
- 5.2. Een overheidsopdracht voor diensten betreft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel, die tussen één of meer ondernemingen en één of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op de verlening van diensten. Wat betreft het vereiste van 'een bezwarende titel' wordt verwezen naar hetgeen in par. 2.6 t/m 2.9 reeds uiteen is gezet.
- 5.3. Het verschil tussen een overheidsopdracht voor diensten en een concessieopdracht voor diensten is dat de tegenprestatie voor de uitvoering van de dienst bij een concessieopdracht niet bestaat uit betaling, maar uit het verlenen van een exploitatierecht. Kenmerkend daarbij is dat het exploitatierisico ligt bij de exploitant. Als dat laatste niet het geval is, dan is geen sprake van een concessieopdracht, maar van een reguliere overheidsopdracht voor diensten.
- 5.4. Een subsidie wordt in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gedefinieerd als 'een aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt, met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten' (artikel 4:21 lid 1 Awb). Door het begrip 'anders dan als betaling' heeft de wetgever beoogd opdrachten, waarbij de overheid de marktprijs betaalt voor aan haar geleverde diensten, buiten het

subsidiebegrip te houden. Dergelijke opdrachten zijn in de regel overheidsopdrachten en worden gereguleerd door de aanbestedingswetgeving.

5.5. Kenmerken aan de hand waarvan het rechtskarakter – subsidie of overheids-/concessieopdracht voor diensten – kan worden beoordeeld zijn de volgende, (die een aanwijzing zijn voor een subsidie):

- (i) De subsidieverstrekker heeft weinig tot geen invloed op de prestatie - de verlening is niet gebaseerd op een wederkerige relatie, dus op een uitwisseling van prestaties.
- (ii) Er wordt voornamelijk een algemeen belang gediend - het project dient niet vooral het rechtstreekse belang van de verstrekker van de gelden.
- (iii) De te verstrekken bijdragen zijn in het bijzonder erop gericht bepaalde activiteiten te stimuleren - zonder de te verstrekken gelden komen de beoogde activiteiten slechts moeizaam of geheel niet van de grond, maar zijn voor de geldverstrekker gelet op algemene beleidsdoelstellingen, van belang.
- (iv) De betalingen hebben geen commercieel karakter - niet de werkelijke kosten van het project, maar slechts een deel van de daaraan verbonden kosten worden gefinancierd.
- (v) Er is geen sprake van een uitnodiging tot het uitvoeren van een door een opdrachtgever beschreven specifieke opdracht, daarentegen staat het beoogde deelnemers vrij de inhoud van de opdracht zelf te formuleren.

Beoordeling

5.6. Wat betreft de tussen de gemeente Oudewater en SBZO gesloten exploitatieovereenkomst, zou kunnen worden betoogd dat de thans geldende afspraken dusdanig dwingend zijn geformuleerd dat sprake is van een overheids-/concessieovereenkomst voor diensten. Met andere woorden: de exploitatieovereenkomst lijkt een dwingend karakter te hebben, hetgeen een overheids-/concessieovereenkomst voor diensten en geen zuivere subsidierelatie impliceert. Aangezien uit de exploitatieovereenkomst volgt dat SBZO het zwembad voor eigen rekening en risico op een publiekgerichte wijze exploiteert, is mogelijk sprake van een concessieovereenkomst voor diensten.

- 5.7. Uitgaande van de bedragen zoals die volgen uit de exploitatieovereenkomst en de jaarrekening van SBZO, ligt de waarde van de opdracht beneden de Europese drempelwaarde van € 5.350.000,--, zodat een Europese aanbestedingsplicht ontbreekt. NB, Indien sprake is van een 'reguliere' overheidsopdracht voor diensten, is de (Europese) drempel € 214.000,--.
- 5.8. Uitgaande van een kwalificatie als een concessieopdracht voor diensten, neemt dat niet weg dat rekening dient te worden gehouden met het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid. Daaruit volgt dat concessieopdrachten voor diensten tot € 150.000,- enkelvoudig onderhands mogen worden gegund (zie p. 14 inkoop- en aanbestedingsbeleid). Daarboven dient, afhankelijk van de drempelwaarde, meervoudig onderhands en/of nationaal te worden aanbesteed. E.e.a. laat onverlet dat er op grond van de hardheidsclausule een mogelijkheid is om af te wijken van het gemeentelijke inkoop- en aanbestedingsbeleid (zie p. 8 inkoop- en aanbestedingsbeleid).
- 5.9. Indien en voor zover de gemeente Oudewater ervoor kiest om de bestaande relatie c.q. rechtsverhouding met SBZO naar de toekomst toe – indien het zwembad wordt gerealiseerd – anders vorm te geven (bijvoorbeeld in de vorm van een subsidie) c.q. het dwingende karakter van de exploitatieovereenkomst te ontnemen, zal dit leiden tot een andere beoordeling. Ingeval de bestaande relatie wordt voortgezet, adviseren wij dat specifiek wordt besloten door het college B&W tot afwijking van het inkoop- en aanbestedingsbeleid.

6. Staatssteun

Juridisch kader – algemeen

- 6.1. Volgens artikel 107 lid 1 VWEU is er sprake van staatssteun indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:
- (i) de steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
 - (ii) de steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
 - (iii) deze staatsmiddelen verschaffen een economisch voordeel dat niet via normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);

- (iv) de maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen, een specifieke sector/regio;
 - (v) de maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en (dreigt te) leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU (interstatelijk effect).
- 6.2. De bovenstaande criteria zijn cumulatief. Dat wil zeggen dat aan alle voorwaarden moet zijn voldaan alvorens sprake is van staatssteun.
- 6.3. Op grond van artikel 108 lid 3 VWEU geldt voor lidstaten (waaronder decentrale overheden, zoals de Gemeente) een meldingsverplichting van voorgenomen steunmaatregelen bij de Europese Commissie. De Europese Commissie zal de voorgenomen steunmaatregel toetsen om te bezien of de steunmaatregel inderdaad staatssteun behelst. Gedurende de toetsing van de Europese Commissie en totdat positief is geoordeeld over de geoorloofdheid van de steunmaatregel, geldt een zogenaamde standstill-verplichting, op grond waarvan de lidstaat gehouden is geen uitvoering te geven aan de voorgenomen steunmaatregel totdat de Europese Commissie groen licht heeft gegeven.
- 6.4. Een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU is een economisch voordeel dat de onderneming onder normale marktvoorwaarden, dus zonder overheidsingrijpen, niet had kunnen verkrijgen. Alleen de gevolgen voor de onderneming zijn relevant, niet het doel van de maatregelen. Om dit te kunnen beoordelen, moet de financiële situatie van de onderneming na de maatregelen worden vergeleken met de situatie indien de maatregel niet was genomen. Ook het verlichten van economische lasten kan een voordeel opleveren. Dit betreft een ruime categorie: elke verlichting van lasten die normaal gesproken op het budget van de onderneming drukken, kan een voordeel zijn.
- 6.5. Bij de beoordeling van het interstatelijk effect van gestelde steunmaatregelen komt het aan op een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het geval en de voorzienbare effecten van die maatregelen. Interstatelijk effect ontbreekt als de steun het interstatelijk handelsverkeer niet of niet meer dan marginaal kan beïnvloeden. Voor de vraag of sprake is van een zuiver lokaal karakter – en dus het ontbreken van interstatelijk effect – kunnen de volgende aspecten van belang zijn: (i) de steun leidt er niet toe dat vraag of investeringen naar de betrokken regio worden afgeleid en werpt geen belemmeringen op voor de vestiging van ondernemingen uit andere lidstaten, (ii) de door de begunstigde onderneming geproduceerde goederen of

diensten hebben een zuiver lokaal karakter of een geografisch beperkt aantrekkingsgebied en (iii) er is niet meer dan een marginaal effect op de markten en consumenten uit aangrenzende lidstaten.¹⁷

Juridisch kader – DAEB activiteiten

- 6.6. Een voordeel in de zin van artikel 107 VWEU leidt niet tot staatssteun indien het een compensatie betreft voor een onderneming die een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) uitvoert. DAEB's 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.
- 6.7. Uit het Altmark-arrest volgt dat het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU niet van toepassing is als de overheid een onderneming die zij belast heeft met het uitvoeren van een DAEB compenseert voor het uitvoeren van deze DAEB en daarbij aan vier cumulatieve voorwaarden is voldaan. Deze voorwaarden zijn de zogenaamde Altmark-criteria. Deze en overige criteria zijn opgenomen in het DAEB-vrijstellingsbesluit:
- (i) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen. Deze verplichtingen zijn duidelijk omschreven;
 - (ii) de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld om te voorkomen dat de compensatie een economisch voordeel bevat waardoor de begunstigde onderneming de concurrentie kan vervalsen;
 - (iii) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichting geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van de verplichtingen;
 - (iv) als de met de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming niet is gekozen door middel van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten

¹⁷ Rechtbank Den Haag 30 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812, r.o. 4.4.

die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren. Bij de selectie van een onderneming mag een redelijke winst uit de uitoefening van de verplichtingen meegerekend worden.

6.8. Bovenstaande voorwaarden zijn verduidelijkt in de Mededeling van de Commissie inzake diensten van algemeen economisch belang en het DAEB-vrijstellingsbesluit. Daarin is opgenomen dat de verplichtingen duidelijk moeten zijn omschreven en in een overheidsbesluit moeten zijn vastgelegd. In dit besluit moet ten minste zijn opgenomen:

- de precieze aard en duur van de opgelegde verplichtingen voor het uitvoeren van de openbare dienst;
- de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied;
- de aard van alle verleende uitsluitende of bijzondere rechten die het betrokken overheidsorgaan aan de onderneming verleent;
- een beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor de berekening, controle en herziening van de compensatie;
- de regelingen om overcompensatie te vermijden en terug te vorderen. Om transparantie bij de toepassing van het onderhavige besluit te garanderen, dient het besluit waarbij de onderneming met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang wordt belast, ook een verwijzing naar het onderhavige besluit te bevatten.

Beoordeling – staatssteun algemeen

6.9. De door de gemeente Oudewater te verstrekken bijdrage, subsidie en garantie kunnen worden aangemerkt als een steunmaatregel, met een selectief karakter. Het is echter de vraag of sprake is van een 'interstatelijk' effect.

6.10. Om te kunnen spreken van staatssteun, moet naast een mogelijke vervalsing van de mededinging ook sprake zijn van een mogelijke ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Hiervan kan ook sprake zijn indien de begunstigde onderneming niet direct in het grensoverschrijdende handelsverkeer actief is. De Europese Commissie en het Hof van Justitie hebben een ongunstige beïnvloeding van het

handelsverkeer altijd (zeer) snel aangenomen. De afgelopen jaren is de Europese Commissie echter soepeler met het beoordelen van de vraag of er sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer c.q. neemt de Europese Commissie minder snel aan dat sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer.

- 6.11. In verschillende zaken is aangenomen dat de steunmaatregel een zuiver lokaal karakter had, waardoor er geen sprake kon zijn van een negatieve beïnvloeding van het handelsverkeer. In de (voor deze kwestie relevante) zaken met een zuiver lokaal karakter kan worden afgeleid dat steunmaatregelen geen effect op het tussenstaatse handelsverkeer hebben indien wordt aangetoond dat:
- (i) de steun niet leidt tot het aantrekken van investeringen in de betrokken regio;
 - (ii) de door de begunstigde onderneming geproduceerde goederen of diensten een lokaal karakter, dan wel een geografisch beperkt aantrekkingsgebied hebben;
 - (iii) er niet meer dan een marginaal effect op consumenten uit naburige lidstaten is;
 - (iv) het marktaandeel van de begunstigde onderneming, ongeacht de gehanteerde definitie van de relevante markt, minimaal is en de begunstigde geen deel uitmaakt van een grotere groep van ondernemingen.
- 6.12. In dit kader wordt verwezen naar een beschikking van de Europese Commissie van 12 januari 2001¹⁸, waarin de Europese Commissie oordeelde over steun voor de bouw en exploitatie van een zwembad. Uit de beschikking volgt dat de Europese Commissie ten aanzien van het nieuw te bouwen zwembad van belang achtte dat het zwembad geenszins uniek was in zijn karakter (niet in de regio, laat staan landelijk), qua omvang beperkt was en er niet tot ver buiten de regio werd geadverteerd.
- 6.13. Ook een uitspraak van de Raad van State van 3 november 2010¹⁹ over een door de gemeente Lingewaard aan een exploitant van een zwembad ter beschikking gestelde jaarlijkse exploitatiebijdragen is in dit kader relevant. Ondanks het feit dat het zwembad dichtbij de Duitse grens gevestigd was, oordeelde de Raad van State dat dat met de steun van de gemeente Lingewaard aan het zwembad het interstatelijke handelsverkeer niet ongunstig werd beïnvloed, omdat het voorziene zwembad in

¹⁸ Europese Commissie 12 januari 2001, zaak N 258/2000 (*Golfslagbad Dorsten*).

¹⁹ ABRvS 3 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO2687 (*Zwembad Lingewaard*).

hoofdzaak op een lokale doelgroep was gericht en niet was gebleken dat met het voorziene zwembad werd beoogd bezoekers uit andere lidstaten aan te trekken. De Raad van State nam daarbij mede in overweging dat het zwembad een uitvoering had die zich niet door bijzondere voorzieningen onderscheidde van andere gewone zwembaden.

- 6.14. Hoewel in het onderhavige geval mogelijk wordt voldaan aan de voorwaarde van potentiële invloed op de mededinging, kan goed worden beargumenteerd dat geen sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer.²⁰ Het gaat immers om een zwembad dat is gelegen in Oudewater, een sportaccommodatie en plaats die over het algemeen geen grote toeristische aantrekkingskracht hebben op toeristen uit andere lidstaten. Oudewater is ook niet gelegen in een grensgebied. Aannemelijk is dat het zwembad voornamelijk inwoners van Oudewater zal aantrekken, hetgeen thans ook het geval is. Het is tevens onwaarschijnlijk dat het nieuwe zwembad investeringen uit andere lidstaten zal aantrekken.
- 6.15. Gelet op het voorgaande leveren de steunmaatregelen dan ook geen staatssteun op. Bij het voorgaande is wel van belang dat de betreffende parameters om tot deze conclusie te komen, voldoende worden gerechtvaardigd. Het is daarbij ons inziens van belang dat expliciet wordt vastgelegd dat SBZO niet tot vervreemding mag overgaan van het opstalrecht of erfpachtrecht alsmede dat eventuele voordelen uitsluitend worden benut voor maatschappelijke activiteiten voor het zwembad.

Beoordeling – DAEB activiteiten

- 6.16. Los van het voorgaande, kan de steun met betrekking tot de exploitatie van het nieuwe zwembad worden gerechtvaardigd als steun voor een DAEB. Bij de exploitatie en het beheer van het nieuwe zwembad gaat het immers om een aanvulling op de markt. Zonder steun van de gemeente Oudewater is kostendekkende exploitatie niet goed mogelijk. Om die reden kan de exploitatie en het beheer van het nieuwe zwembad worden aangemerkt als DAEB.

²⁰ Zie ook de handreiking 'Staatssteun voor de overheid' (december 2016), waarin de steun voor lokale zwembaden als een maatregel met een zuiver lokaal karakter wordt aangemerkt, p. 16.

7. Wet Markt en Overheid

Juridisch kader

- 7.1. De Wet Markt en Overheid bevat gedragsregels voor de overheid – waaronder begrepen decentrale overheden zoals de Gemeente – voor het geval ervoor gekozen wordt om goederen of diensten zelf of via overheidsbedrijven op de markt aan te bieden. Omdat hierbij het risico bestaat dat bij het uitvoeren van dergelijke economische activiteiten oneigenlijk gebruik wordt gemaakt van publieke middelen, kan dit tot concurrentievervalsing leiden.
- 7.2. Het doel van de Wet Markt en Overheid is om concurrentievervalsing tegen te gaan en daarmee gelijke concurrentieverhoudingen tussen de overheid en het bedrijfsleven te bewerkstelligen.

Beoordeling

- 7.3. Omdat er geen sprake is van staatssteun, kan de Wet Markt en Overheid van toepassing zijn.
- 7.4. Het vestigen van een opstalrecht of erfpachtrecht ten behoeve van SBZO is geen ‘economische activiteit’ van de gemeente Oudewater. Wel stelt de gemeente Oudewater SBZO in staat om economische activiteiten (zoals de realisatie en exploitatie van het nieuwe zwembad) te verrichten. Aangezien SBZO echter geen overheidsbedrijf is, is de Wet Markt en Overheid niet op deze economische activiteiten van toepassing.
- 7.5. Ervan uitgaande dat de realisatie en de exploitatie van het nieuwe zwembad door SBZO wordt uitgevoerd, is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing.

8. Contractvorming en aandachtspunten

- 8.1. De wijze waarop de gemeente Oudewater afspraken maakt met SBZO is van invloed op de vraag of sprake is van een aanbestedingsplicht. Uitgaande van een ‘burgerinitiatief’ c.q. een lokaal initiatief door c.q. via SBZO, waarbij de gemeente Oudewater dat initiatief wenst te ondersteunen en te faciliteren maar de realisatie niet wenst af te dwingen, is géén sprake van een afdwingbare verplichting en zal ook geen sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht.

- 8.2. Wij voorzien dat – mocht het plan doorgang vinden – partijen (de gemeente Oudewater en SBZO) afspraken vastleggen in een samenwerkingsovereenkomst, waarin de wijze waarop de gemeente Oudewater het initiatief ondersteunt en faciliteert wordt neergelegd. Onderliggend wordt door SBZO separaat een subsidieaanvraag ingediend, maken partijen afspraken omtrent de eventuele betrokkenheid van de gemeente Oudewater bij het aanvragen van de financiering, de wijze van toekomstige exploitatie door SBZO en het vestigen van een opstalrecht en/of recht van erfpacht.
- 8.3. Voor de gemeente Oudewater is het met name van belang om afspraken te maken voor het geval het initiatief uiteindelijk geen doorgang kan vinden (fallback scenario) en dat in dat geval de ter beschikking gestelde subsidies/bijdragen voor zover toepasselijk worden terugbetaald en eventueel gevestigde zakelijke rechten komen te vervallen/beëindigen. Ook is van belang om vast te leggen hoe wordt omgegaan met de eventuele toekomstige situatie waarin de gemeente Oudewater zou besluiten niet meer de exploitatie via SBZO te beleggen (exit scenario). Dat vergt afspraken omtrent beëindigen van de zakelijke rechten (opstal- en/of erfpachtrechten), eventuele vergoedingen en de door SBZO aangevane financiering/lening. Denkbaar is dat deze in geval van een (vroegtijdige) beëindiging wordt overgenomen, waarbij de gemeente Oudewater weer volledig juridisch eigenaar wordt van het zwembad en toebehoren door beëindiging van de zakelijke rechten. Daarbij is vanzelfsprekend van belang dat bij voorbaat door SBZO afstand wordt gedaan van eventuele vergoedingsrechten.
- 8.4. Overige relevante aandachtspunten zijn vanzelfsprekend de benodigde besluitvorming door gemeenteraad en college B&W ten aanzien van de ter beschikking te stellen geldmiddelen en het Treasury Statuut en evt. beleid ten aanzien van een (mogelijk) te verstrekken garantie door de gemeente Oudewater ter zake het aantrekken van financiering door SBZO.

9. Conclusie

- 9.1. Op basis van de thans bekende uitgangspunten en uitgaande van de juistheid van beschikbare informatie en ramingen, bestaat er de mogelijkheid voor de gemeente Oudewater om het lokale initiatief te faciliteren en ondersteunen en kan SBZO zelf tot realisatie van het nieuwe zwembad inclusief toebehoren overgaan, zonder dat sprake is van een aanbestedingsplicht. Ook zien wij vooralsnog géén risico's vanuit het staatssteunrecht en/of de Wet Markt en Overheid. Het is vanzelfsprekend wel van belang om de afspraken en bijdragen goed te borgen en daarin een fallback en

exit scenario mee te nemen. Een nadere nuancering van deze conclusie treft u hieronder aan.

(Geen) overheidsopdracht

- 9.2. De wijze waarop de gemeente Oudewater afspraken maakt met SBZO is van invloed op de vraag of sprake is van een aanbestedingsplicht. Uitgaande van een 'burgerinitiatief' c.q. een lokaal initiatief door c.q. via SBZO, waarbij de gemeente Oudewater dat initiatief wenst te ondersteunen en te faciliteren maar de realisatie niet wenst af te dwingen, is géén sprake van een afdwingbare verplichting en zal ook geen sprake zijn van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht. SBZO is geen publiekrechtelijke instelling

SBZO is geen publiekrechtelijke instelling

- 9.3. SBZO kwalificeert op dit moment niet als publiekrechtelijke instelling en dus ook niet als een aanbestedende dienst de zin van de Aanbestedingswet. SBZO is op dit moment dan ook niet zelfstandig aanbestedingsplichtig. Daarbij is met name relevant dat géén sprake is van overwegende overheidsinvloed. Mocht dit in de toekomst veranderen, door middel van nader toezicht, nadere betrokkenheid van de gemeente Oudewater bij SBZO en/of door een grotere financiële afhankelijkheid van SBZO van overheidsbijdragen (>50%) kan SBZO wel kwalificeren als aanbestedende dienst.

Geen aanbestedingsplicht als gevolg van financiële betrokkenheid gemeente Oudewater en/of subsidiëring

- 9.4. Wanneer de opdrachtgever geen aanbestedende dienst is, dan kan de Aanbestedingswet ook van toepassing zijn wanneer een opdracht voor bepaalde werken (zoals de onderhavige) met een opdrachtwaarde van € 5.350.000,-- (Europese drempel) of meer, voor meer dan 50% rechtstreeks door een of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd (artikel 2.8 lid 1 sub a onder 2 Aw).
- 9.5. Aangezien het Hof van Justitie het begrip 'subsidie' ruim uitlegt en daaronder ieder voordeel kan worden verstaan dat de aannemer geniet, is het aannemelijk dat sprake is van een werk dat voor meer dan 50% rechtstreeks door de gemeente Oudewater wordt gesubsidieerd. Uitgaande van de huidige opdrachtwaarde, begroot door SBZO op € 5.000.000,--, kan geen sprake zijn van een aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.8 Aw nu de opdrachtwaarde onder de Europese drempelwaarde blijft. Indien en voor zover de opdrachtwaarde (al dan niet na het plaatsvinden van een

zorgvuldige raming) wijzigt en gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempelwaarde, is wel sprake van een aanbestedingsplicht op grond van artikel 2.8 Aw nu de bijdrage van de gemeente Oudewater in dit geval hoger is dan 50% van de Europese drempelwaarde. Het advies is om de raming van SBZO zorgvuldig te verifiëren en afspraken vast te leggen omtrent het (niet) wijzigen van de omvang van de opdracht.

- 9.6. Mocht een zorgvuldige raming leiden tot een Europees aanbestedingsplichtige opdracht, dan is het de vraag of het wenselijk is dat SBZO dat als zodanig aanbesteed of dat de gemeente Oudewater daartoe zelf overgaat. In beide gevallen kan gebruik worden gemaakt van de percelenregeling en kan een beperkt deel van de opdracht onderhands één op één worden gegund.

Exploitatieovereenkomst tussen de gemeente Oudewater en SBZO

- 9.7. Wat betreft de tussen de gemeente Oudewater en SBZO gesloten exploitatieovereenkomst, zou kunnen worden betoogd dat de thans geldende afspraken dusdanig dwingend zijn geformuleerd dat sprake is van een overheids-/concessieovereenkomst voor diensten. Met andere woorden: de exploitatieovereenkomst lijkt een dwingend karakter te hebben, hetgeen een overheids-/concessieovereenkomst voor diensten en geen zuivere subsidierelatie impliceert. Aangezien uit de exploitatieovereenkomst volgt dat SBZO het zwembad voor eigen rekening en risico op een publiekgerichte wijze exploiteert, is mogelijk sprake van een concessieovereenkomst voor diensten.
- 9.8. Uitgaande van de bedragen zoals die volgen uit de exploitatieovereenkomst en de jaarrekening van SBZO, ligt de waarde van de opdracht beneden de Europese drempelwaarde van € 5.350.000,--, zodat een Europese aanbestedingsplicht ontbreekt. Wel brengt het (huidige) inkoop- en aanbestedingsbeleid met zich dat de opdracht nationaal dient te worden aanbesteed. Ingeval de bestaande relatie wordt voortgezet, adviseren wij dat specifiek wordt besloten door het college B&W tot afwijking van het inkoop- en aanbestedingsbeleid.
- 9.9. Indien en voor zover de gemeente Oudewater ervoor kiest om de bestaande relatie c.q. rechtsverhouding met SBZO naar de toekomst toe – indien het zwembad wordt gerealiseerd – anders vorm te geven (bijvoorbeeld in de vorm van een subsidie) c.q. het dwingende karakter van de exploitatieovereenkomst te ontnemen, vervalt een eventuele aanbestedingsplicht.

Staatssteun en Wet Markt en Overheid

- 9.10. Het is niet aannemelijk dat sprake is van een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer. Het gaat immers om een zwembad dat is gelegen in Oudewater, een sportaccommodatie en plaats die over het algemeen geen grote toeristische aantrekkingskracht hebben op toeristen uit andere lidstaten. Oudewater is ook niet gelegen in een grensgebied. Aannemelijk is dat het zwembad voornamelijk inwoners van Oudewater zal aantrekken, hetgeen thans ook het geval is. Het is tevens onwaarschijnlijk dat het nieuwe zwembad investeringen uit andere lidstaten zal aantrekken. Gelet op het voorgaande leveren de steunmaatregelen dan ook geen staatssteun op.
- 9.11. Het vestigen van een opstalrecht of erfpachtrecht ten behoeve van SBZO is geen 'economische activiteit' van de gemeente Oudewater. Wel stelt de gemeente Oudewater SBZO in staat om economische activiteiten (zoals de realisatie en exploitatie van het nieuwe zwembad) te verrichten. Aangezien SBZO echter geen overheidsbedrijf is, is de Wet Markt en Overheid niet op deze economische activiteiten van toepassing. Kortom, ervan uitgaande dat de realisatie en de exploitatie van het nieuwe zwembad door SBZO wordt uitgevoerd, is de Wet Markt en Overheid niet van toepassing.

Contractvorming en aandachtspunten

- 9.12. Voor de gemeente Oudewater is het van belang om afspraken te maken voor het geval het initiatief uiteindelijk geen doorgang kan vinden (fallback scenario) en dat in dat geval de ter beschikking gestelde subsidies/bijdragen voor zover toepasselijk worden terugbetaald en eventueel gevestigde zakelijke rechten komen te vervallen/beëindigen. Ook is van belang om vast te leggen hoe wordt omgegaan met de eventuele toekomstige situatie waarin de gemeente Oudewater zou besluiten niet meer de exploitatie via SBZO te beleggen (exit scenario). Dat vergt afspraken omtrent beëindigen van de zakelijke rechten (opstal- en/of erfpachtrechten), eventuele vergoedingen en de door SBZO aangegane financiering/lening. Denkbaar is dat deze in geval van een (vroegtijdige) beëindiging wordt overgenomen, waarbij de gemeente Oudewater weer volledig juridisch eigenaar wordt van het zwembad en toebehoren door beëindiging van de zakelijke rechten. Daarbij is vanzelfsprekend van belang dat bij voorbaat door SBZO afstand wordt gedaan van eventuele vergoedingsrechten.

- 9.13. Overige relevante aandachtspunten zijn vanzelfsprekend de benodigde besluitvorming door gemeenteraad en college B&W ten aanzien van de ter beschikking te stellen geldmiddelen en het Treasury Statuut en eventueel beleid ten aanzien van een (mogelijk) te verstrekken garantie door de gemeente Oudewater ter zake het aantrekken van financiering door SBZO.



BIJLAGE 1

Green flags:	Red flags:
Raming opgesteld door externe (professionele) partij;	Geen raming aanwezig;
Raming is gedateerd en dit is objectief te verifiëren;	Raming is niet gedateerd of niet geactualiseerd voor publicatie uitvraag
Er is een zorgvuldige raming tot stand gekomen, maar de bestedingen zijn – vanwege onvoorziene omstandigheden – groter dan verwacht. De onvoorziene omstandigheid is vastgelegd in een inkoopnotitie waarin een motivering is opgenomen waarom de aanvullende opdracht aan de zittende opdrachtnemer is gegund.	Omvang raming benadert de relevante drempelwaarde;
	Raming ziet toe op wezenlijk andere activiteiten;

Tevens volgt uit de notitie dat in geval van een zorgvuldig tot stand gekomen raming de rechtmatigheid van de besteding niet van kleur ‘verschiet’ indien gedurende de contractperiode blijkt dat de overheidsopdracht gelet op de gewijzigde opdrachtwaarde toch Europees had moeten worden aanbesteed. Het voorgaande onderschrijven wij. Immers, een kostenraming is geen exacte wetenschap, maar slechts een inschatting van de opdrachtwaarde vooraf waarachter een zekere inherente onzekerheid schuilgaat. Zolang een zorgvuldige raming kan worden overlegd, kan een verschil tussen de vooraf opgestelde raming en de uiteindelijke besteding dan ook niet tot de conclusie leiden dat de bovendrempelige besteding onrechtmatig is. Dat is slechts anders bij een raamovereenkomst, aangezien een raamovereenkomst geen effect meer sorteert als de geraamde maximale waarde is bereikt.⁹

Conclusie:

Uit de onderhavige zaak, eerdere jurisprudentie en de SDO-notitie zijn praktische handvatten af te leiden om tot een zorgvuldige raming te komen. Aangezien wat betreft de raming van overheidsopdrachten in de Aanbestedingswet 2012 geen zorgvuldigheidsnorm is opgenomen en daaruit slechts volgt dat een aanbestedende dienst de waarde van een overheidsopdracht dient te ramen¹⁰, zou ons inziens bij dit alles als uitgangspunt moeten gelden dat – zolang een aanbestedende dienst kan aantonen dat er vooraf (goed) over is nagedacht en dit ook transparant is vastgelegd – de lat voor een zorgvuldige raming in de praktijk niet te hoog wordt gelegd.

⁹ HvJ EU 19 december 2018, C-216/17, ECLI:EU:C:2018:1034.

¹⁰ Artikel 2.13 e.v. Aw 2012.