



N.V. VRIJETIJDSCENTRUM G U L P E N

Postbus 130 - 6270 AC - Gulpen
Tel: 043 450 74 13
Rabobank
IBAN rek. nr. NL32 RABO 0117 8050 09
BIC RABONL2U
K.v.K. v. Zuid-Limburg nr. 14629249
BTW nr. 8005.03.521.B.01

College van B & W
Gemeente Gulpen-Wittern
Postbus 56
6270 AB GULPEN

Uw ref.:

Onze ref.:

RH/2024028

Datum:

04-11-2024

Betreft: aanbestedingsplicht
CC: raadsleden gemeente Gulpen-Wittern

Geacht college, geachte raadsleden,

Met verwijzing naar de raadsinformatiebrief "Raadsvoorstel Toekomst zwemwater Gulpen-Wittern" (kenmerk: U.24.02007), waarin wordt gesteld dat het zomaar verlengen van exploitatie door de NV VTC na 1 juli 2025 niet mogelijk is, verwijzen wij graag naar een bijgevoegd memo van Holla Legal & Tax.

Hieruit blijkt dat de gemeente wel degelijk de mogelijkheid heeft om 1 juli 2025 verder te gaan met NV VTC als exploitant zonder daarvoor een aanbestedings- en/of selectieprocedure uit te hoeven schrijven. Voor de verdere details verwijzen wij naar het memo.

Ervan uitgaande u hierbij correct en voldoende te hebben geïnformeerd, verblijf ik,

Hoogachtend

B. Kaanen
Directeur NV Vrijetijdscentrum Gulpen

Bijlage: memo Holla Legal & Tax



Landsraderweg 11 • 6271 NT Gulpen
Tel: 043-4507413 • www.mosagua.nl

Sporthal Gulpdal



Landsraderweg 5 • 6271 NT Gulpen
Tel: 043-450 26 28

NOTITIE

Inzake: 252438/jvb/4239435.1 Mosaqua N.V. / advies

Datum: 4 november 2024

Conclusie

In het raadsvoorstel d.d. 1 november 2024 met kenmerk U.24.02007 wordt onder verwijzing naar een advies van Boels Zanders Advocaten d.d. 29 oktober 2024 aangegeven dat voortzetting van de exploitatie vanaf 1 juli 2025 met zich brengt dat "in beginsel" mededingingsruimte moet worden geboden. Daarmee wordt op zijn minst de suggestie gewekt dat een onderhandse gunning aan de huidige exploitant juridisch niet houdbaar is. Die conclusie is niet terecht en is ook niet terug te voeren op het advies van Boels Zanders Advocaten. Ook Boels Zanders Advocaten ziet – terecht – ruimte om onderhands te gunnen. De gemeente heeft wel degelijk de mogelijkheid om vanaf 1 juli 2025 verder te gaan met NV VTC als exploitant zonder daarvoor een aanbestedings- en/of selectieprocedure uit te hoeven schrijven. Sterker nog: ook in andere gemeenten wordt dit gedaan. Zie bijvoorbeeld de gemeente Borne: een voornemen tot onderhandse gunning van een huur- en exploitatieovereenkomst is bekendgemaakt.¹

Aanbestedingsplicht?

Zowel in het raadsbesluit als in het advies van Boels Zanders Advocaten wordt niet duidelijk gemaakt of in het onderhavige geval wel sprake kan zijn van een formele aanbestedingsplicht. Alleen indien hier sprake is van een *opdracht* of een *concessie* is de Aanbestedingswet van toepassing. Die vraag is niet beantwoord.

Vervolgens is van belang om vast te stellen of mededingingsruimte *moet* worden geboden indien wél sprake zou zijn van een opdracht of concessie. Er geldt een harde uitzondering op de plicht om aan te moeten besteden, namelijk indien voldaan is aan de drie cumulatieve quasi-inbestedingsvereisten. Boels Zanders Advocaten geeft alleen aan dat het aannemelijk lijkt dat aan vereiste 1 (toezicht door de gemeente) is voldaan. Aangegeven wordt:

"Of ook wordt voldaan aan de criteria ii en iii behoeft nader onderzoek, maar op voorhand is niet uit te sluiten dat ook aan deze criteria zou kunnen worden voldaan."

Kortom: dit is niet uitgezocht. De twee overige vereisten zijn dat (i) NV VTC het merendeel van haar activiteiten uitoefent in de vorm van taken die zijn toegewezen door de gemeente en (ii) geen sprake is van participatie van privékapitaal in NV VTC. Aan beide vereisten lijkt te zijn voldaan. Als dit nader wordt uitgezocht door de gemeente en ook de gemeente concludeert dat aan de quasi-inbestedingsvereisten is voldaan dan bestaat zonder meer geen aanbestedingsplicht.

Selectieprocedure vereist op grond van het Didam-arrest?

Hiervoor is al aangegeven dat eerst moet worden vastgesteld of het in deze wel gaat om een in beginsel aanbestedingsplichtige *opdracht* of *concessie*. Bij uitgifte van maatschappelijk vastgoed is dat lang niet altijd het geval, sterker nog: in de regel gaat het om uitgifte van onroerend goed onder de reikwijdte van

¹ <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=https%3A%2F%2Fwww.borne.nl%2Ffile%2Fpublicatie-didam-24-07docx&wdOrigin=BROWSELINK>

het Didam-arrest. Gewezen kan worden op de Didam-uitspraak "verhuur sportschool Amsterdam" waarin een sportschool is verhuurd onder de reikwijdte van het Didam-arrest.² Zie ook de hiervoor in de conclusie en in voetnoot 1 van deze notitie aangehaalde publicatie van de gemeente Borne, waarbij een onderhandse gunning van een huur- en exploitatieovereenkomst voor een zwembad is gepubliceerd. Ook de gemeente Westerkwartier heeft onderhands een zwembadlocatie uitgegeven (in dat geval: verkocht).³

In het advies van Boels Zanders wordt aangegeven dat zij zich kunnen voorstellen "dat er mogelijk redelijkerwijs wel meerdere serieuze gegadigden zullen zijn (denk bijvoorbeeld aan een marktpartij als Koninklijke Sportfondsen)". In het raadsvoorstel wordt daar Optisport aan toegevoegd. Dat deze partijen daadwerkelijk geïnteresseerd zijn en een aanbieding zullen doen indien een selectieprocedure wordt uitgeschreven is niet concreet gemaakt. Het roept de vraag op hoe reëel het is dat zij zullen meedingen naar deze exploitatie.

Zoals te zien is in de publicatie van de gemeente Borne (zie voetnoot 1) heeft de gemeente Borne ervoor gekozen een in tijd beperkte huur- en exploitatieovereenkomst onderhands te gunnen ook omdat onzekerheid speelde over de toekomst van het zwembad:

"Vanwege de beperkte omvang (in tijd) en complexiteit van de huur- en exploitatieovereenkomst valt niet te verwachten dat er andere gegadigden voor deze overeenkomst zullen zijn dan de huidige exploitant van het zwembad. Bovendien zijn er grote risico's voor andere gegadigden voor het aangaan van de betreffende overeenkomst, omdat nog niet zeker is wat er met het zwembad gaat gebeuren en partijen grote overlast kunnen ondervinden van de thans voorgenomen sloop-/renovatie- en bouwwerkzaamheden. De inschatting is derhalve dat naast de huidige exploitant geen andere partij dit grote risico wil aangaan en geen concurrentiestelling mogelijk zal zijn."

Deze gemeenten Borne en Westerkwartier maakten gebruik van de mogelijkheid te motiveren waarom géén selectieprocedure uitgeschreven hoeft te worden gevolgd, waarna het aan eventuele gegadigden is om zich binnen 20 dagen na de publicatie te melden bij de gemeente. Indien geen enkele *serieuze* gegadigde zich binnen deze termijn meldt, staat het de gemeente vrij het voornemen om te zetten in een definitieve overeenkomst. Partijen hebben na de termijn van 20 dagen hun rechten verwerkt.

De gemeente kan derhalve wel degelijk besluiten het voornemen tot verlenging van de exploitatie door NVVTC vanaf 1 juli 2025 bekend te maken. De gemeente kan zich ook in deze publicatie beroepen op de quasi-inbestedingsuitzondering. Ook dit wordt in de praktijk gedaan en is terug te voeren op het verwijzingsarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de Didam-zaak.⁴ In dat arrest zijn bepalingen uit de Aanbestedingswet (waar quasi-inbesteding ook in is geregeld) naar analogie toegepast op Didam-transacties.⁵

~o0o~

² V.zr. Rechtbank Amsterdam 23 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6831.

³ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/gmb-2022-281319.html> (zie lijst onder 10, Locatie Zwembad Zuidhorn).

⁴ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/bgr-2024-902.html>

⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 april 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:2796, r.o. 3.7.