

---

## OPENBARE MEMO JURIDISCHE ASPECTEN VOORSTEL EXPLOITATIEBIJDRAGE OPTISPORT

---

### Inleiding

Naar aanleiding van de commissievergadering van 11 juni 2020 bestaat bij de raad behoefte tot nadere juridische informatie, in het bijzonder ten aanzien van de volgende aspecten:

- A. in hoeverre de aanbestedingsregels de structurele verlaging van de exploitatiebijdrage toelaat;
- B. de brief van Sportfondsen;
- C. de vrijwillige ex-ante aankondiging van de voorgenomen wijziging;
- D. het evaluatiemoment;
- E. de concerngarantie van de Optisport holding;

### **A. Wij menen dat de voorgestelde wijzigingen passen binnen de bagatelregeling**

Artikelen 2.163a t/m g van de aanbestedingswet geven ieder afzonderlijk de mogelijkheid om onder omstandigheden wijzigingen door te voeren zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure.

Wij menen dat artikel 2.163b, (de zogenaamde “bagatelregeling”) de voorgestelde wijzigingen toelaat. Wij menen dat aan de vereisten van artikel 2.163b wordt voldaan. Artikel 2.163b kent, kort gezegd, de volgende eisen<sup>1</sup>:

1. Het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat is lager dan de toepasselijke drempel van (momenteel) € 5.350.000,-- ex BTW.  
Alle wijzigingen bij elkaar opgeteld bedragen € 1.301.000,=. Het bedrag van € 1.301.000,= is als volgt berekend. De maximale structurele verlaging over de periode van 2019 tot en met 2027 bedraagt € 1.143.000 (= 9 x € 127.000). Daarnaast is er nog sprake van een eenmalige bijdrage van € 108.000 en een jaarlijkse correctie ten aanzien van de onroerend zaak belasting van € 5.000 per jaar (= totaal € 50.000 over 10 jaar). De totale extra bijdrage komt uit op maximaal € 1.301.000 tot en met 2027.
2. De wijzigingen moeten, bij elkaar opgeteld, lager moet zijn dan 10% van de (totale) waarde van de concessieopdracht.  
Wij menen dat de wijzigingen bij elkaar opgeteld minder zijn dan 10% van de geoffreerde omzet over 10 jaar.
3. De algemene aard van de aan Optisport gegunde opdracht wijzigt niet.  
Optisport blijft verantwoordelijk voor de exploitatie.

### **B. De door Sportfondsen in haar brief geuite bezwaren achten wij niet juist**

Op 4 juni hebben wij een brief van Sportfondsen ontvangen. In deze brief stelt Sportfondsen een aantal vragen en heeft een aantal bezwaren. In overleg met de advocaat hebben wij voor nu een antwoord opgesteld dat alleen antwoord geeft op de twee vragen die Sportfondsen stelt, zonder inhoudelijk in te gaan op de bezwaren. De reden is dat de raad nog geen besluit heeft genomen, zodat inhoudelijke beantwoording prematuur zou zijn. Van de beantwoording heeft de raad een afschrift ontvangen. In de vertrouwelijke memo is nader ingegaan op de genoemde bezwaren van Sportfondsen.

Sportfondsen stelt dat de eenmalige vergoeding van € 108.000 betrekking heeft op zaken waarvan het risico nadrukkelijk bij de exploitant is gelegd, zoals weergegeven in paragraaf 2.2 van de aanbestedingsleidraad en de beantwoording van vragen in de nota's van inlichtingen. Sportfondsen stelt dat dit een wezenlijke wijziging is van de oorspronkelijke opdracht. Daarnaast geeft Sportfondsen aan dat het, in haar optiek, niet kan dat de 10%-regeling leidt tot een aanpassing van de hoogte van de bijdrage met 25%. Ook dat zou volgens Sportfondsen een wezenlijke wijziging van de opdracht betekenen. Volgens Sportfondsen zou dit moeten leiden tot een nieuwe aanbesteding, mede omdat zij ervan uitgaat dat de aanbieding van Sportfondsen nu goedkoper zou zijn dan die van Optisport.

---

<sup>1</sup> Voor de gehele bepaling verwijzen wij naar de tekst van artikel 2.163b, welk artikel als volgt luidt:

*“Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:*

*a. het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan:*

*1°. het toepasselijke bedrag, bedoeld in de artikelen 2.1 tot en met 2.6a, en*

*2°. 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen en diensten of 15% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor werken, en*

*b. de wijziging de algemene aard van de overheidsopdracht niet wijzigt.”*

Wij menen, zoals eerder toegelicht, dat de wijzigingen in ieder geval op basis van de bagatelregeling geoorloofd zijn. In hoeverre Optisport daarbij duurder zou zijn dan Sportfondsen en in hoeverre de verlaging ertoe leidt dat Optisport 30% minder aan de gemeente dient te betalen, is vanuit de aanbestedingsregels bezien niet relevant. Desondanks hebben wij dat argument meegewogen en geconcludeerd dat het doorvoeren van de wijzigingen, vanuit financieel en maatschappelijk oogpunt, wenselijker is dan op dit moment een nieuwe aanbestedingsprocedure te moeten voorbereiden en starten. Bovendien miskent Sportfondsen met haar bezwaren dat haar aanbidding inhield dat de gemeente jaarlijks een exploitatiebijdrage moet betalen, terwijl de aanbidding van Optisport inhield dat de gemeente jaarlijks een exploitatiebijdrage (van ruim € 400.000 per jaar) kreeg. Zelfs met het doorvoeren van de wijzigingen moet Optisport de gemeente nog steeds een aanzienlijke exploitatiebijdrage betalen.

### **C. We zijn vrijwillig transparant**

Wij zijn dus van mening dat de wijzigingen juridisch zijn toegestaan. Natuurlijk is dat nooit met 100% zekerheid te zeggen en blijft het een inschatting, maar wel een zorgvuldige (bijvoorbeeld door zowel intern als extern het een en ander te laten toetsen). Bovendien zijn wij vrijwillig transparant naar de markt toe.

Wij zijn transparant doordat wij er vrijwillig voor kiezen om – na een positief besluit van de raad over de voorgestelde wijzigingen – via TenderNed een aankondiging doen van ons voornemen (de zgn. vrijwillige ex ante aankondiging). Die transparantie geeft de markt (waaronder Sportfondsen) de tijd om bij bezwaren binnen 20 dagen een kort geding aanhangig te maken. Ondertussen wachten we met het doorvoeren van de wijzigingen.

Blijft een kort geding uit, dan kan de gemeente de overeenkomst wijzigen ten aanzien van voornoemde wijzigingen en is de gewijzigde overeenkomst niet meer vernietigbaar. Indien formeel bezwaar gemaakt wordt, zal een voorzieningenrechter in een kort geding toetsen of de wijzigingen toegestaan zijn. Mocht dan toch blijken dat de wijzigingen niet zijn toegestaan, dan zullen we de wijzigingsovereenkomst met Optisport niet (mogen) tekenen.

### **D. Optisport wil een evaluatiemoment, maar dat is geen wijziging van de overeenkomst**

Er is in de afgelopen maanden met Optisport veel gesproken en onderhandeld over het evaluatiemoment. Artikel 14 van de huidige exploitatieovereenkomst biedt al de mogelijkheid van een (halfjaarlijkse) evaluatie. Het evaluatiemoment eind 2021 valt daaronder, dus het opnemen in een evaluatiemoment in de wijzigingsovereenkomst kan desgewenst.

### **We willen het evaluatiemoment niet benoemen als een soort “legaal uitstapmoment”**

Het is niet de bedoeling om via een evaluatiemoment een uitstapmoment te creëren. De huidige exploitatieovereenkomst bevat volgens ons een dergelijk “legaal uitstapmoment” niet, zodat we dat ook niet willen creëren in de wijzigingsovereenkomst. We denken namelijk dat door een dergelijk uitstapmoment vermoedelijk sprake is van een “wezenlijke wijziging” in de overeenkomst. Deze zou niet vallen onder de bagatelregeling en (mogelijk) ook niet onder een van de andere uitzonderingsgronden in artikel 2.163 a t/m g van de Aanbestedingswet.

### **Wel zal er eind 2021 een evaluatiemoment zijn**

Met de verlaging van de exploitatiebijdrage zet Optisport de komende jaren de exploitatie van zwembad en binnensport voort. Wij gaan er daarbij van uit dat zij er alles aan zal doen om te komen tot een gezonde bedrijfsvoering met een goede dienstverlening voor onze inwoners.

Eind 2021 zal een evaluatie plaatsvinden van de exploitatieverlaging in relatie tot de behaalde resultaten. Mocht Optisport op dat moment aangeven dat er wat hen betreft geen mogelijkheden zijn om het tijt te keren, dan zal zij dit moeten aantonen. Op dat moment gaat de continuïteitsgarantie van zes maanden (al opgenomen in de exploitatieovereenkomst) lopen, zodat beëindiging van de overeenkomst niet eerder dan 1 juli 2022 kan plaatsvinden.

### **E. Concerngarantie van de Optisport holding**

In de commissievergadering van 11 juni is onder meer gevraagd naar de mogelijkheden die er destijds waren in de gunningsprocedure om meer of extra waarborgen in de overeenkomsten te vragen aan Optisport naar aanleiding van hun financiële inschrijving. Deze brede vraag splitsen we uit in drie deelvragen:

1. In hoeverre was er sprake van een inschrijving die “to good to be true” was?
2. Had de gemeente de mogelijkheid om in de gunningsfase (bij verificatie) alsnog een concerngarantie te vragen?

3. Was er op enig ander moment in het proces de mogelijkheid geweest om een concerngarantie te vragen?

**Ad 1. Wij menen dat de inschrijving niet “to good to be true” was.**

De financiële inschrijving bestond uit twee delen: een gemiddelde **exploitatiebijdrage** per jaar en een prijs voor **beheer en onderhoud** per jaar. De inschrijving qua exploitatiebijdrage was voor Optisport niet uitzonderlijk laag; een andere inschrijver bood een nog grotere exploitatiebijdrage aan de gemeente aan. Wat wel reden was voor verdere navraag, betrof de financiële inschrijving van Optisport met betrekking tot **het meerjaren onderhoud**. In het verificatiegesprek is dit expliciet benoemd door de gemeente én expliciet gestand gedaan door Optisport.

In het proces van gunning en verificatie hebben wij advies ingewonnen bij ISNV omtrent de inschrijving. ISNV heeft aangegeven dat er geen reden was om de ingediende aanbieding terzijde te leggen, omdat er geen sprake was van een abnormaal lage inschrijving. .

**Conclusie: de conclusie van de beoordelingscommissie, mede op basis van navraag bij ISNV, was dat e.e.a. conform vereiste procesgang is verlopen en dat de inschrijving van Optisport geldig was en op dat moment geen aanleiding gaf tot maatregelen (bijvoorbeeld handelen na een abnormaal lage inschrijving).**

**Ad 2. In de gunningsfase kon geen concerngarantie meer gevraagd worden.**

Het antwoord op de tweede vraag is “Nee” en wel om de volgende redenen.

1. Dat er op **dat moment** (2017) geen aanleiding was om te denken dat de inschrijving te mooi was om waar te zijn en dat de redenen voor de wijzigingen niet maken dat de inschrijving met terugwerkende kracht “to good to be true” was.
2. De leidraad en aanbestedingsstukken (waaronder de concept-exploitatieovereenkomst en huurovereenkomsten) maken onderdeel uit van de publicatie op Tendered, waarbij voor de exploitatieovereenkomst geldt dat die voorafgaand aan de publicatie was opgesteld vanuit het kader dat -per saldo- een exploitatiebijdrage door de gemeente verstrekt zou worden (i.p.v. ontvangen) en dat daarin in de markt gangbare garanties en bepalingen zijn opgenomen. Bij betaling van een exploitatiebijdrage aan de exploitant heb je als gemeente al een financieel pressiemiddel achter de hand bij tekortschietende dienstverlening en/of financiële problemen van de exploitant, namelijk het opschorten van de betaling.
3. Bij de aanbestedingsstukken zat al een concept-exploitatieovereenkomst. Deze kon in de fase van de gunning niet zomaar gewijzigd worden. In de gunningsfase is het te laat om nog extra waarborgen/garanties te vragen, de Aanbestedingswet biedt daar geen mogelijkheid toe. Immers; “*onderhandelingen over een ingediende offerte (buiten de onderhandelingsprocedure) is ten strengste verboden*” (bron: <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-2-doorlopen-aanbestedingsprocedure/gunnen#informatieverstrekking>). Dit is ook bevestigd door de huisadvocaat die betrokken is bij dit dossier.
4. Ook op basis van onze eigen Aanbestedingsleidraad was een aanpassing niet mogelijk: De Aanbestedingsleidraad (Datum 05 juli 2017 / Kenmerk AL-Nijkerk Exploitatie Sportaccommodaties-Prae.05072017) stelt o.a. in paragraaf 3.15:

**3.15.1 Verificatie en (voorlopige) gunning**

*Met de voorlopige voorkeurskandidaat worden één of enkele verificatiegesprekken gevoerd, waarin van beide kanten wordt gezien of zowel de inhoudelijke als de financiële en juridische kaders van de inschrijving voor beide partijen volstrekt helder zijn. Bij de voorkeurskandidaat worden de bewijsstukken ten aanzien van de uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen zoals opgenomen in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument opgevraagd. **De verificatiegesprekken zijn toetsend van aard en bevatten geen enkele mogelijkheid tot aanpassing van de inschrijving of het Programma van Eisen. De door de inschrijver ingediende stukken, alsmede de huur- en exploitatie-overeenkomst, waarin eventuele in de Nota's van Inlichtingen genoemde aanpassingen zijn verwerkt, zijn derhalve definitief en bindend.***

*Indien de verificatie succesvol verloopt, zal naar verwachting politiek-bestuurlijke besluitvorming plaatsvinden, hetgeen resulteert in een voorlopige gunning en vervolgens na het verstrijken van de opschortende termijn, alsmede de benodigde bestuurlijke besluitvorming naar verwachting in een definitieve gunning. Mocht niettemin tijdens de verificatie blijken dat er misverstanden bestaan over de in de aanbestedingsinformatie opgenomen zaken die niet overbrugbaar zijn met instandhouding van de aangeboden prijs en kwaliteit, dan worden één of meerdere verificatiegesprekken gevoerd met de op één na gunstigste inschrijver.*

*De gemeente Nijkerk maakt na de voorlopige gunning door de gemeente Nijkerk de resultaten bekend. De winnende inschrijver wordt over de voorgenomen gunning geïnformeerd. De overige partijen ontvangen een gemotiveerde schriftelijke afwijzing. De gemeente Nijkerk is niet verplicht interne*

*aanbestedingsdocumenten, zoals de resultaten van evaluaties, inschrijvingsvergelijkingen, evenals adviezen aangaande kwalificatie en gunning aan inschrijvers bekend te maken, behoudens de wettelijke motiveringsplicht. Aan het voornemen tot gunning zijn geen rechten te ontleen.*

**Conclusie: in de gunningsfase had de gemeente niet meer de mogelijkheid om (alsnog) een concerngarantie te vragen.**

**Ad 3. Alleen terugkijkend én met de kennis van nu had een garantstelling overwogen kunnen worden**

In het aanbestedingsproces is voor de tweede Nota van Inlichtingen de vraag gesteld:

*“Is het toegestaan met de moedermaatschappij in te schrijven, die na gunning ten behoeve van de exploitatie een dochtermaatschappij opricht die de overeenkomst sluit? De moedermaatschappij staat vervolgens garant voor het inbrengen van zekerheden en kennis en expertise.”*

Hierop is geantwoord: “Ja dit is toegestaan”.

De reden om daarmee (op dat moment) akkoord te gaan was dat dit erg gebruikelijk is in dit soort exploitaties: SRO had een lokale BV, Sportfondsen had daarvoor in Hoevelaken ook een lokale BV. En zo zijn er in heel veel gemeenten lokale BV's van Optisport of Sportfondsen of SRO of andere exploitanten.

Achteraf gezien had op dat moment, mogelijkerwijs, een garantstelling vanuit de moedermaatschappij gevraagd kunnen worden. Let wel: dit was nog steeds vóórdat de inschrijvingen binnenkwamen. We gingen dus op dat moment nog steeds uit van een te betalen exploitatiebijdrage aan de exploitant. Met de toen beschikbare kennis en informatie is dit niet overwogen. In het gehele aanbestedingsproces zijn we geadviseerd door een specialistisch bureau op het terrein van aanbestedingen in de sportexploitatie en was er geen reden om een dergelijke garantie op dat moment toe te voegen.

**Conclusie: met de kennis van nu had destijds bij de beantwoording van de vragen in de tweede Nota van Inlichtingen mogelijk een garantstelling gevraagd kunnen worden. Op dat moment hadden we echter geen signalen dat een dergelijke garantstelling nodig zou zijn.**