

NOTITIE

Aan : Ronald Goudeket, Fanny Graus-van Roode en Menno Schermer

Van : Ilse van der Poel en Jelle Groen

Inzake : Gemeente Bergen/advies De Schulp

Dossier : 00094009

Datum : 7 maart 2023

De gemeente heeft ons kantoor om advies gevraagd met betrekking tot, kort gezegd, de vernieuwbouw met uitbreiding van dorps huis De Schulp. Wij geven hieronder eerst de ons bekende uitgangspunten weer. Vervolgens werken wij twee scenario's uit, aan de hand van de wens en de gemeente en de betrokken partijen.

Uitgangspunten

1. Perceel 3178 (Visweg 45) is eigendom van Stichting Dorps huis Egmond-Binnen ('SDEB'), hierop staat Dorps huis De Schulp.
2. Perceel 3177 (Visweg 45a) is eigendom van de gemeente Bergen. SDEB heeft hiervan de economische eigendom verkregen op 24 juli 2017. SDEB heeft een huurovereenkomst gesloten met de stichting Welzijn Bergen ('SWB') die is ingegaan op 1 januari 2018. Het gebouw dat op dit perceel is geplaatst wordt gebruikt door de stichting Jongeren Organisatie Egmond-Binnen ('JOEB').
3. Perceel 3177 en 3178 worden hierna samen '**de Locatie**' genoemd. Deze percelen beslaan 90 m² (3177) en 2.023 m² (3178). Het terrein om de Locatie heen (perceel 2874) is van oudsher eigendom van de gemeente Bergen en beslaat 12.467 m².
4. SDEB heeft de gemeente verzocht om De Schulp toekomstbestendig te maken, omdat de voorzieningen niet meer voldoen en zij hiervoor geen financiële middelen heeft. Zij is bereid om De Schulp aan de gemeente over te dragen en de exploitatie na de nieuwbouw, renovatie en uitbreiding van de Locatie (de '**vernieuwbouw**') voort te zetten.

-
5. De investering voor de vernieuwbouw wordt geraamd op een bedrag tussen € 6 en € 7 miljoen euro.
 6. De beoogde functies van het nieuwe dorps huis zijn onder meer de volgende:
 - a. Horeca.
 - b. Vergaderfaciliteiten.
 - c. Multifunctionele zaal.
 - d. Sportaccommodatie.
 - e. Gezondheidscentrum, voor het huisvesten van een huisartsenpraktijk en mogelijk ook een fysiotherapeut. Beide zijn momenteel huurders van een ander gebouw van de gemeente.
 7. De buitenruimte zal door de gemeente worden ingericht, onder andere met een muziektent en een voetbalkooi.
 8. Het huidige idee over de samenwerking voor de vernieuwbouw is als volgt:
 - a. De gemeente vervult een regierol en is initiatiefnemer en opdrachtgever voor de herontwikkeling.
 - b. De gemeente wordt volledig eigenaar van de Locatie en zal de nieuwbouw aanbesteden.
 - c. De gemeente bepaalt in overleg met SDEB de invulling van het nieuwe gebouw en wie de gebruikers zullen zijn.
 - d. Deze uitgangspunten worden vastgelegd in een koopovereenkomst en een huur- en exploitatieovereenkomst tussen de gemeente en SDEB.

Scenario 1: overdracht aan de gemeente voor uitvoering vernieuwbouw en na uitvoering vernieuwbouw sluiten huur- en exploitatieovereenkomst met SDEB

9. De meest wenselijke optie voor de gemeente en SDEB is dat SDEB perceel 3177 met daarop De Schulp aan de gemeente overdraagt en de gemeente juridisch eigenaar wordt van de Locatie. De gemeente wenst zelf opdracht te geven voor de vernieuwbouw en na uitvoering daarvan de Locatie op grond van een huur- en exploitatieovereenkomst weer in gebruik te geven aan SDEB.
10. Hierbij moet in ieder geval rekening worden gehouden met de volgende aspecten.

Didam-arrest

11. Bij de verkoop of verhuur van een onroerende zaak is de gemeente verplicht te voldoen aan de verplichtingen uit het zogenaamde Didam-arrest van de Hoge Raad van 26 november 2021.
12. Die verplichtingen houden in dat een gemeente bij verkoop of verhuur van een

onroerende zaak gehouden is een openbare biedprocedure te organiseren, tenzij er sprake is van maar één gegadigde die in aanmerking komt. De gemeente is gehouden haar voornemen om aan deze gegadigde te verkopen of verhuren te publiceren en daarin te motiveren waarom zij maar één gegadigde ziet. In deze publicatie moet aan derden een termijn worden gegeven van tenminste 20 dagen om tegen dit voornemen op te komen.¹ De rechter lijkt toe te staan dat daarin wordt bepaald dat de rechten van derden vervallen als zij niet binnen die termijn tegen dat besluit opkomen.²

13. De koop-, huur- en exploitatieovereenkomst met SDEB kunnen worden gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de gemeente deze publicatie plaatst en niemand binnen deze termijn tegen het voornemen opkomt.³ De overeenkomsten moeten voldoende uitgewerkt zijn. Gelet op de rechtszekerheid moet het voor derden duidelijk zijn voor welke plannen zij interesse moeten tonen.⁴ De concept intentieovereenkomst kan hiervoor als basis dienen. Voor bepaalde zaken of besluiten die nog moeten worden genomen kunnen opschortende of ontbindende voorwaarden worden opgenomen. Idealiter worden de overeenkomsten met SDEB wel zo snel mogelijk gesloten na afloop van de termijn waarbinnen bezwaren kunnen worden geuit.
14. Als er niemand opkomt tegen de publicatie, kan de gemeente de koop-, huur- en exploitatieovereenkomst met SDEB sluiten. Voor het geval dat onverhoopt wel mocht gebeuren, verwijzen wij naar scenario 2 hieronder.
15. In de publicatie moet worden toegelicht waarom SDEB de enige gegadigde is om hiervoor in aanmerking te komen, waaronder:
 - a. Zij is eigenaar van het gebouw dat hiervoor nodig is.
 - b. In De Schulp voert SDEB (al dan niet via derden) welzijnswerk en maatschappelijke activiteiten uit. De gemeente wil deze functie behouden en zelfs uitbreiden en daardoor zorgen voor meer cohesie. Door haar jarenlange kennis en ervaring op deze plek is SDEB hiervoor de enige gegadigde.
 - c. Gelet op de omvang van de dorpskern en gelet op de omvang van de activiteiten na de vernieuwbouw is er geen andere partij die hiervoor in aanmerking komt.
16. Uiteraard kunnen wij een voorstel aanleveren voor deze publicatie en de tekst in

¹ Gelijk aan de opschortende termijn na een gunningsbeslissing in een aanbesteding.

² Zie bijvoorbeeld rechtbank Midden-Nederland 22 augustus 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:3350, ro. 2.11 en 4.8.

³ Vanwege de Wet markt en overheid is het verstandig de huur en eventuele bijdragen die SDEB uit anderen hoofde krijgt, strikt te scheiden. Daarom spreken wij verder van 'huurovereenkomst'.

⁴ Handreiking implementatie van het arrest Didam in het gemeentelijke grond(uitgifte) beleid ten behoeve van vastgoed- en gebiedsontwikkeling, hoofdstuk 3.3, laatste alinea (pagina 10).

overleg afstemmen.

17. In de koop- en huurovereenkomst kunnen de beoogde functies worden opgenomen. Daarin kan verder worden opgenomen dat SDEB niet mag onderverhuren, tenzij zij voorafgaande schriftelijke toestemming van de gemeente verkrijgt. Dit kan worden versterkt met een boetebepaling.
18. Als de gemeente bepaalde delen van De Schulp na vernieuwbouw rechtstreeks wil gaan verhuren aan derden, bijvoorbeeld aan huisartsen en fysiotherapeuten, dan gelden de verplichtingen uit het Didam-arrest daarvoor ook. Dat betekent: een selectieprocedure volgen ofwel een publicatie met motivering waarom daarvoor slechts één gegadigde zou zijn. Voor deze (voorgenomen) verhuur lijken de gronden waarom er sprake zou zijn van één gegadigde minder duidelijk. In theorie kan er aan iedere zorgverlener worden verhuurd en ook het feit dat de (enige) huisarts die op dit moment in Egmond aan Den Hoef gevestigd is, een pand van de gemeente huurt, maakt op zichzelf niet dat er voor een nieuwe locatie één gegadigde zou zijn. Het advies is om in dit geval een selectieprocedure te volgen.
19. Als de gemeente na de publicatie een koop-, huur- en exploitatieovereenkomst met SDEB sluit, hoeft SDEB voor de door haar (beoogde) huurders geen selectieprocedure te volgen.

Staatssteun en Wet markt en overheid (Mededingingswet)

20. SDEB is bereid het pand met ondergrond over te dragen, met als tegenprestatie dat de gemeente een schuld van ruim € 37.000, - van SDEB aflost of haar daarvoor de middelen ter beschikking stelt. SDEB heeft verzocht om haar een lager dan marktconforme huur in rekening te brengen. De interne beleidslijn van de gemeente is, mede vanuit het oogpunt van transparantie, om een marktconforme huur te bedingen die los wordt gezien van eventuele subsidies of bijdragen die op een andere grondslag worden gegeven.
21. Bij de aankoop van het huidige pand met ondergrond van SDEB en de verhuur aan SDEB (en mogelijk andere partijen) moet worden gezien of er sprake is van staatssteun en of wordt voldaan aan de eisen van de Wet markt en overheid (hoofdstuk 4b van de Mededingingswet).

Staatssteun

22. Op grond van het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de EU ('EU-Verdrag') mag de gemeente zonder instemming van de Europese Commissie geen staatssteun verlenen. Het niet-

voldoen aan deze bepaling kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst en het moeten terugdraaien van de gevolgen ervan (waaronder het terugvorderen van de steun). Een maatregel is staatssteun als deze aan de volgende voorwaarden voldoet:

- a. De steun wordt met staatsmiddelen bekostigd.
 - b. De maatregel is selectief.
 - c. De middelen verschaffen een voordeel dat normaal niet verkregen zou worden.
 - d. De steun wordt verleend aan een onderneming.
 - e. Er is sprake van een interstatelijk effect.
23. De eerste vraag is, of er sprake is van steun (sub a). Dat is niet het geval als er sprake is van marktconformiteit.
24. De marktconformiteit kan worden aangetoond door transacties op basis van gelijkheid, een aanbestedings- of biedprocedure, benchmarking of andere waarderingsmethoden, waaronder een taxatie.⁵ Deze taxatie wordt idealiter uitgevoerd voordat de overeenkomsten worden gesloten.
25. Het is in dit geval niet de bedoeling om een aanbestedings- of biedprocedure te organiseren. Daarnaast is SDEB bereid om het pand op niet-marktconforme voorwaarden aan de gemeente over te dragen, in ruil voor een lagere huur. Er is dus (mogelijk) geen sprake van een transactie op basis van gelijkheid.
26. Dat betekent dat aan de hand van een taxatie zal moeten worden nagegaan wat (i) de waarde in de huidige staat is, (ii) wat de waarde na vernieuwbouw is en (iii) welke huur van SDEB kan/moet worden gevraagd gedurende welke periode, gegeven het feit dat SDEB bereid is het huidige pand met ondergrond te leveren tegenover € 37.000, - aan middelen (doordat de gemeente een schuld aan een derde afbetaalt).
27. Uit de taxatie volgt dan wat als marktconform kan worden beschouwd.
28. De gemeente mag zogenaamde de minimis-steun verlenen van € 200.000, - over 3 belastingjaren, op voorwaarde dat SDEB niet andere steun ontvangt die als staatssteun kan worden aangemerkt. Zij zal dan een de-minimisverklaring moeten invullen.
29. Dit betekent dat de gemeente, zonder dat zij staatssteun verleent, een bedrag van

⁵ Mededeling van de Europese Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2016/C 262/01).

€ 66.666,66 per jaar aan SDEB kan laten toekomen, onder de voorwaarde dat dit voldoet aan de eisen uit de Wet markt en overheid (zie hierna).

30. Mocht blijken dat behoefte bestaat bij SDEB aan een bedrag dat daar bovenuit komt, dan zal voldaan zijn aan voorwaarden a.-d. hierboven. SDEB wordt gezien als een onderneming omdat zij ruimtes verhuurt en horeca exploiteert.
31. Dan kan onderzocht worden of er, ondanks steun die boven het de-minimisbedrag van € 200.000, - over drie jaar uitkomt, sprake is van een 'zuiver lokale aangelegenheid'. Daarbij wordt onder meer naar de volgende aspecten gekeken met betrekking tot de activiteiten die worden gesteund:
 - a. Als de activiteit al bestaat: hoeveel personen uit andere lidstaten maken daar gebruik van?
 - b. Als de activiteit nieuw is: wat is de hoogte van de steun, de geografische locatie van de activiteiten, de taal waarin de activiteiten worden verricht en de grootte van de markt voor dit soort activiteiten? Een omvang van € 3,3 miljoen voor een investeringsproject in een (lokale) haven is door de Europese Commissie als relatief laag bestempeld.
32. Bij twijfel kan de Europese Commissie (door de Nederlandse vertegenwoordiging) informeel worden benaderd om een oordeel, zodat vooraf zoveel mogelijk zekerheid kan worden verkregen.
33. Het zuiver lokaal karakter is een uitzondering, omdat het interstatelijk effect van een maatregel snel wordt aangenomen. Er lijkt door de Europese instanties en de rechters wel meer ruimte voor te worden geboden, zeker als het om activiteiten verder van het grensgebied gaat die niet door bezoekers van buiten Nederland worden bezocht en (relatief) geringe bedragen.

Wet markt en overheid

34. In artikel 25g-25ma van de Mededingingswet ('Mw') zijn mededingingsregels opgenomen voor bestuursorganen en overheidsbedrijven. Deze zijn van toepassing op de gemeente.
35. De Wet markt en overheid en de staatssteunregels zijn van elkaar afgebakend. Als de gemeente staatssteun verleent, is de Wet markt en overheid niet van toepassing. Dan moet in het kader van de staatssteunregels worden bekeken of de mededinging niet wordt verstoord.
36. In de gevallen waarin de gemeente alleen de minimis-steun verleent of steun

verleent voor een 'zuiver lokale aangelegenheid' is er geen sprake van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 EU-Verdrag.

37. De Wet markt en overheid is dan in principe van toepassing (artikel 25h lid 4 Mededingingswet).
38. Dat betekent onder meer dat de gemeente verplicht is de integrale kosten voor haar economische activiteiten bij SDEB in rekening te brengen (artikel 25i lid 1 Mw). Verhuur van een gebouw is een economische activiteit.
39. Als de gemeente SDEB daarin tegemoet zou willen of moeten komen, bijvoorbeeld door ten minste de hierboven omschreven de-minimissteun te verlenen, is de eerste mogelijkheid dat de gemeenteraad besluit dat de verhuur aan SDEB in het algemeen belang is. Als de gemeenteraad een dergelijk besluit neemt, is de Wet markt en overheid niet van toepassing (artikel 25h lid 5 Mw).
40. De gemeenteraad heeft op 9 april 2015 besloten dat verhuur en ingebruikgeving van maatschappelijk vastgoed en sportaccommodaties in het algemeen belang is (bijlage). Dat besluit lijkt gezien de bewoordingen te zien op de op dat moment bestaande activiteiten:

*'Als de raad het algemeen belang vaststelt, mogen de genoemde verhuuractiviteiten onder de werking van de Wet markt en overheid, zonder hiermee strijdig te zijn, worden voortgezet.'*⁶
41. Echter, de genoemde beslispunten maken deze beperking niet en op pagina 2 is opgemerkt dat het een 'levende lijst' betreft. Het is ons onbekend of er na 9 april 2015 nieuwe activiteiten zijn toegevoegd.
42. Het is niet volledig zeker dat het besluit van 9 april 2015 kan dienen als algemeen belang besluit voor de verhuur aan SDEB. Wij hebben begrepen dat nog een besluit van de gemeenteraad nodig is om over te kunnen gaan tot uitvoering van het project. Om volledige zekerheid te krijgen, zou de gemeenteraad ook kunnen worden gevraagd om een besluit dat de overeenkomst met SDEB in het algemeen belang is. Dat kan allereerst worden gemotiveerd door te wijzen op het eerdere besluit en de daarin neergelegde motivering. Uit de motivering moet zo concreet mogelijk duidelijk worden waarom verhuur beneden de kostprijs mogelijk is om

⁶ Deze activiteiten zijn bovenaan pagina 3 als volgt omschreven: 'Met het besluit van de gemeenteraad om voor een aantal huur/gebruiksovereenkomsten het algemeen belang vast te stellen brengen we onze manier van werken in overeenstemming met de wet M en O. (...) Het betreft het volgend vastgoed dat om niet of tegen minder dan de kostprijs, in gebruik is gegeven/ verhuurd en waar dus sprake is van indirecte subsidie/ bevoordeling.'

het nagestreefde algemeen belang te dienen.⁷

43. Tegen een eventueel (aanvullend) besluit moet bezwaar en beroep opengesteld worden.
44. Naast het algemeen belang besluit zou de gemeente bepaalde activiteiten van SDEB of haar gebruikers (regulier) kunnen subsidiëren, terwijl de gemeente wel de integrale huur bij SDEB in rekening brengt. Dat kan het karakter van 'economische activiteit' aan de bijdrage ontnemen. Zo wordt per saldo bereikt dat SDEB minder huur betaalt.
45. Uit een recente uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven volgt de noodzaak om de huur die SDEB gaat betalen en bedragen die zij ontvangt, zoveel mogelijk van elkaar te scheiden en om waar nodig een gescheiden boekhouding in te richten.⁸

Aanbesteding en aspect opdracht/concessie

46. Als de gemeente opdracht geeft voor werken boven het drempelbedrag van € 5.382.000, - exclusief btw zal zij een Europese aanbestedingsprocedure moeten organiseren. Bij bedragen daar beneden kan onder omstandigheden een nationale of meervoudig onderhandse procedure gevolgd worden.⁹
47. U heeft verder de vraag gesteld of de exploitatie door SDEB vervolgens moet worden aanbesteed. Als naar aanleiding van de Didam-publicatie geen andere gegadigde zich meldt en de koop-, huur- en exploitatieovereenkomst worden gesloten, gaat de gemeente ervan uit dat de rechten van derden zijn vervallen. Daaronder begrepen het recht om tegen de (dan gesloten) huurovereenkomst op te komen met het argument dat die had moeten worden aanbesteed. In de handreiking van de VNG staat daarom ook:

*'De vervreemding zal dan doorgang vinden en het risico van een succesvolle claim van een derde om de overeenkomst aan te tasten is dan minimaal geworden.'*¹⁰
48. Hier is nog geen specifieke jurisprudentie over, maar ook hier lijkt een parallel te (kunnen) worden getrokken met het aanbestedingsrecht. Daarbij is de motivering van het besluit om aan SDEB als enige gegadigde te gunnen, belangrijk.

⁷ College van Beroep voor het Bedrijfsleven 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:506, ro. 7.2.

⁸ College van Beroep voor het Bedrijfsleven ECLI:NL:CBB:2022:507, ro. 13.

⁹ Gids Proportionaliteit 1 januari 2022, figuur op p. 33 bovenaan.

¹⁰ Pagina 10, onderaan.

49. Daarnaast brengen wij het volgende onder de aandacht voor het geval zich naar aanleiding van de publicatie wel een gegadigde meldt. Dan zal moeten worden gezien of kan worden volstaan met een selectieprocedure volgens het Didam-arrest of dat een aanbestedingsprocedure op grond van de Aanbestedingswet 2012 moet worden gevolgd.
50. Na de vernieuwbouw, die wordt aanbesteed, worden de onroerende zaken aan SDEB verhuurd. De realisatie wordt niet buiten het aanbestedingsrecht gehouden.¹¹ Verkoop of huur vormt daarnaast in de regel geen aanbestedingsplichtige overheidsopdracht of een concessie.¹² Daaruit is de behoefte en gedachte voortgekomen dat de overheid niettemin bij het verkopen of verhuren van schaarse goederen, waaronder onroerende zaken, gegadigden gelijke kansen moet bieden (het Didam-arrest).
51. Niettemin mag de gemeente bij het sluiten van de huur- en exploitatieovereenkomst aan SDEB geen opdracht verstrekken.¹³ Of daarvan sprake is, wordt bekeken aan de hand van de criteria van het arrest Müller.¹⁴ In die zaak ging het om de verkoop van een stuk grond, zodat de criteria bij verhuur niet zonder meer 1-op-1 toepasbaar zijn. Pas als aan alle drie de criteria voldaan is, is er sprake van een overheidsopdracht:
- Er is een rechtstreeks economisch belang van de overheid mee gemoeid.¹⁵
 - Er wordt een bouwplicht opgelegd.
 - Er worden eisen gesteld die verder gaan dan de mogelijkheden van het publiekrechtelijke kader.
52. Toegepast op dit geval wijzen wij vooral op het volgende:
- Ten aanzien van sub a: belangrijk is dat het risico van de huur en exploitatie bij SDEB ligt. De gemeente mag geen risico's lopen bij mislukking, dat wil zeggen: als SDEB haar verplichtingen om wat voor reden ook niet kan nakomen.
 - Ten aanzien van sub b. en c.: analoog aan deze eisen mag de gemeente geen eisen stellen die een beslissende invloed op het gebruik hebben. U heeft

¹¹ In de gevallen die leidden tot de uitspraken van het HvJEU van 10 juli 2014 ('Barf'), zaak C-213/13 en van 29 oktober 2009 ('Commissie/Duitsland'), zaak C-536-07, was dat bijvoorbeeld wel het geval. Zie ook meer recent 22 april 2021, C-537/19. Dat vormt vaak het grootste probleem.

¹² Zie artikel 2.24 onder sub b Aanbestedingswet 2012.

¹³ Zie ook de handreiking van de VNG, hoofdstuk 3.2.

¹⁴ HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08, het ging in deze zaak om de verkoop van een stuk grond.

¹⁵ Dit valt weer uiteen in vijf vereisten: (i) wordt de gemeente eigenaar van het werk (ii) kan zij daarover beschikken gelet op de openbare bestemming (iii) kan de gemeente economische voordelen halen uit toekomstig gebruik of toekomstige overdracht (iv) heeft de gemeente financieel aan de verwezenlijking deelgenomen? NB! Dit geldt alleen als de marktpartij het gebouw laat oprichten voor haar rekening en risico en (v) de aanbestedende dienst loopt risico's bij de mislukking van het werk.

aangegeven dat de gemeente wel zoveel mogelijk grip wil houden op de relatie met SDEB, omdat zij grote investeringen gaat doen. Deze grip wordt bijvoorbeeld gehouden door het aanbod in meer of meer concrete mate te bepalen. Deze mate van grip zou een opdrachtelelement in zich dragen en dus zou er, als een andere gegadigde dan SDEB zich meldt, moeten worden aanbesteed.

Medewerking SWB en/of JOEB

53. SDEB heeft Visweg 45a verhuurd aan SWB. Voor zover ons bekend heeft SWB een onderhuurovereenkomst met JOEB gesloten. Om de vernieuwbouw uit te kunnen voeren, is het noodzakelijk dat SWB en JOEB bereid zijn de overeenkomsten (tijdelijk) te beëindigen om de vernieuwbouw mogelijk te maken. Daarbij kan SDEB met SWB en/of JOEB op voorhand afspraken maken over verhuur na de vernieuwbouw door middel van een voorovereenkomst.

Scenario 2: naar aanleiding van de Didam-publicatie meldt zich een andere gegadigde

54. Als een andere gegadigde een kort geding begint naar aanleiding van de Didam-publicatie waarin de gemeente aangeeft dat zij voornemens is met SDEB een overeenkomst te sluiten, kan met deze gegadigde in overleg worden gegaan. Wellicht zijn er mogelijkheden om aan bepaalde behoeften van deze derde tegemoet te komen.
55. Mocht dat niet tot een oplossing leiden, kan allereerst worden overwogen om de uitslag van het kort geding af te wachten. Wij gaan ervan uit dat de gemeente een andere route kan kiezen, ook als de uitkomst van het kort geding zou zijn dat de gemeente voor de exploitatie van De Schulp een procedure zou moeten volgen. De gemeente kan niet gedwongen worden om de exploitatie op te dragen; zij behoudt altijd de vrijheid om een contract al dan niet aan te gaan. Hier kan een parallel worden getrokken naar aanbestedingen. Aanbestedende diensten worden alleen gedwongen tot (her-)aanbesteding voor zover zij een opdracht nog willen opdragen. De gemeente kan, kortom, besluiten om het pand niet van SDEB te kopen en vervolgens te verhuren, maar om een andere oplossing te zoeken in de vorm van scenario 2.
56. In dit geval spelen de regels uit het Didam-arrest geen rol. De gemeente verkoopt dan geen onroerende zaak en geeft deze niet in gebruik aan een derde. Ten aanzien van de andere aspecten geven wij het volgende mee:
- c. Staatssteun: het bedrag dat benodigd is voor de vernieuwbouw, kan aan SDEB

worden verstrekt door middel van een subsidie en/of een lening versterkt met een hypotheekrecht. Subsidie en een lening op niet-marktconforme voorwaarden kan als steun worden gezien. Daarvoor zal aan voorwaarden a.-d. genoemd in alinea 22 hierboven zijn voldaan. Onderzocht zal ook in dit moeten worden of kan worden volstaan met de-minimissteun van € 200.000, - over drie belastingjaren of, als de behoefte bij SDEB groter is, er sprake is van een zuiver lokaal effect. Ook in dit geval kan aan de Europese Commissie informeel worden gevraagd of dat inderdaad het geval is.

- d. Wet markt en overheid: als de gemeente geen staatssteun verleent die aan alle voorwaarden van artikel 107 EU-verdrag voldoet, is de Wet markt en overheid van toepassing en zal de gemeente in principe de integrale kosten in rekening moeten brengen. Voor de lening zal moeten worden bekeken of die valt onder het al eerder algemeen belang besluit. Zo nodig kan daarvoor een nieuw algemeen belang besluit worden genomen. Het gedeelte dat wordt gesubsidieerd, valt buiten de Wet markt en overheid.
- e. Aanbesteding: op subsidieontvangers die een overeenkomst sluiten voor werken die het drempelbedrag van € 5.382.000, - exclusief btw overschrijden, rust een aanbestedingsplicht als die werken voor meer dan 50% gesubsidieerd worden. Voor diensten die met deze werken verband houden, geldt aan aanbestedingsplicht als die een bedrag van € 215.000, - exclusief btw overschrijden en voor meer dan 50% gesubsidieerd worden. Dit volgt uit artikel 2.8 van de Aanbestedingswet 2012. Bij diensten kan gedacht worden aan ondersteuning bij de voorbereiding, aanbesteding en uitvoering (directievoering/projectmanagement). Als SDEB een dergelijk bedrag gesubsidieerd zou krijgen, rust op haar een aanbestedingsplicht. Aandachtspunt hierbij is in ieder geval de vraag hoe de gemeente SDEB ondersteunt bij de vernieuwbouw.
- f. Verhuur aan huisartsen/fysiotherapeuten: Als de gemeente wenst dat een bepaald gedeelte na de vernieuwbouw door huisartsen en/of fysiotherapeuten wordt gebruikt, zijn daar verschillende mogelijkheden voor: de eigendom splitsen (appartementenrechten), overeenkomen dat SDEB een gedeelte aan de gemeente verhuurt voor dit doel, of bedingen dat SDEB zelf een gedeelte met dit doel verhuurt. Als de gemeente zelf huurt en als onderverhuurder optreedt, zijn de Didam-regels van toepassing.
- g. Medewerking SWB en/of JOEB: in dit geval zal SDEB zich moeten verzekeren van de medewerking van SWB en/of JOEB. Het lijkt in dit geval praktisch om SDEB eigenaar te maken van Visweg 45a zodat zeker is dat alle investeringen

in haar eigendommen gedaan worden.

Algemene beginselen behoorlijk bestuur en fiscale consequenties

57. Bij het gehele proces zal, in beide scenario's, rekening moeten worden gehouden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook als de gemeente voldoet aan alle wettelijke vereisten kan zij onder omstandigheden deze beginselen schenden.¹⁶
58. In dit advies is geen rekening gehouden met fiscale consequenties. Wij gaan ervan uit dat de gemeente daar zelf advies over inwint.

Advies

59. Samengevat adviseren wij de gemeente eerst scenario 1 te volgen:
- a. Het voornemen om de koop-, huur- en exploitatieovereenkomst aan te gaan met SDEB te publiceren met de motivering dat SDEB daarvoor de enige gegadigde is, zodat wordt voldaan aan de eisen van het Didam-arrest. In de publicatie opnemen dat als binnen de opschortende termijn geen andere gegadigde zich meldt en een kort geding begint, de rechten om dat te doen vervallen en de gemeente zich vrij acht de overeenkomsten te sluiten en uit te voeren. Voor de publicatie de intentieovereenkomst aanpassen en zoveel mogelijk uitwerken.
 - b. Het (verder) uitwerken van de concept koop- en huurovereenkomst met SDEB, aan de hand van de in dit advies genoemde zaken en binnen de grenzen van het staatssteunrecht, de Wet markt en overheid en de Aanbestedingswet 2012. Daaronder vooral begrepen een taxatie, een analyse van het bedrag dat SDEB aan subsidie of steun nodig heeft en de beoogde huur aan huisartsen en fysiotherapeuten. Aandachtspunt is verder medewerking van SWB en/of JOEB.
 - c. De gemeenteraad voor deze activiteiten alsnog een algemeen belang besluit laten nemen en laten besluiten om (eventueel) subsidie te verlenen.
 - d. De vernieuwbouw aanbesteden en laten uitvoeren.
60. Mocht een andere gegadigde zich melden:

¹⁶ Rechtbank Den Haag 30 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:15812. De gemeente verkocht een dorps huis aan een lokaal initiatief. Hoewel de steun niet in strijd was met de staatssteunregels vanwege een zuiver lokaal effect, had de gemeente wel in strijd gehandeld met het zorgvuldigheidsbeginsel door de belangen van een andere gegadigde (zalenverhuurder) onvoldoende te ontzien.

-
- a. In overleg met deze gegadigde kijken of aan bepaalde zaken tegemoet kan worden gekomen zodanig dat de voorgenomen transactie met SDEB doorgang kan vinden.
 - b. Mogelijk: de uitslag van het kort geding afwachten. Wij gaan ervanuit uit dat de gemeente ook voor scenario 2 kan kiezen als in het kort geding wordt geoordeeld dat de gemeente een procedure moet volgen voor de exploitatie van De Schulp door een derde (SDEB of een andere gegadigde).
 - c. Als dat niet lukt, scenario 2 volgen waarbij uitgangspunt is dat SDEB eigenaar blijft en de gemeente binnen de grenzen van het staatssteunrecht, de Wet markt en overheid en de Aanbestedingswet 2012 de vernieuwbouw op hierboven omschreven wijze alsnog vormgeeft. Dit wordt tussen de gemeente en SDEB vastgelegd in een leningsovereenkomst die wordt versterkt met een hypotheekrecht.

Wij hopen dat dit advies voor nu voldoende ondersteuning biedt voor besluitvorming. Mocht u op bepaalde punten een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting wensen, dan vernemen wij dat graag.

Ilse van der Poel
Jelle Groen