epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

Gelden Didamregels alleen bij overheid als aanbieder?

nr. 4

De zaak

Het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers ('COA') sluit in juli 2023 een raamovereenkomst met Le Cocq Holding Didam II B.V. ('LCHD') voor commerciële tijdelijke huur van opvanglocaties voor vluchtelingen. Onder deze raamovereenkomst worden aanvullende huurovereenkomsten gesloten voor specifieke locaties. Begin januari 2024 huurt het COA op basis van deze raamovereenkomst een gedeelte van het G-Experience Hotel in Amsterdam van LCHD voor de opvang van asielzoekers. Ongeveer twee maanden later biedt Omgevingshuis Coöperatie U.A. ('Omgevingshuis'), een adviesbureau gespecialiseerd in advies aan overheden en bedrijven op het terrein van de Omgevingswet en huisvestingsvraagstukken, namens een relatie via een webformulier een ander gedeelte van ditzelfde hotel aan bij het COA. Dit betreft 77 kamers die nog beschikbaar zijn, terwijl 78 kamers reeds worden verhuurd tot eind april 2024. Ondanks dit aanbod van Omgevingshuis besluit het COA op 29 maart 2024 ook dit tweede gedeelte van het hotel te huren via LCHD door middel van een tweede aanvullende huurovereenkomst. Bij de huur zijn naast de kamers ook catering en schoonmaak door het hotel inbegrepen in de prijs.

Omgevingshuis stapt daarop naar de rechter en vordert een verklaring voor recht dat het COA onrechtmatig heeft gehandeld door haar uit te sluiten van mededinging bij de verhuur van het hotel. Omgevingshuis stelt primair dat het COA op grond van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 ('Aw 2012') verplicht is haar aanbod in overweging te nemen en een selectieprocedure te volgen. De raamovereenkomst tussen het COA en LCHD zou volgens het Omgevingshuis geen huurovereenkomst zijn in de zin van artikel 7:230a Burgerlijk Wetboek, zodat de uitzondering op de aanbestedingsplicht niet van toepassing is. Subsidiair stelt het Omgevingshuis dat het COA verplicht is tot aanbesteden op basis van analoge toepassing van de Didam-jurisprudentie. Meer subsidiair voert zij aan dat het COA handelt in strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het verbod van détournement de pouvoir.

Het COA voert verweer. Volgens het COA is huur het hoofdvoorwerp van de overeenkomst, waarbij catering en schoonmaak slechts bijkomende diensten zijn die niet kunnen worden gescheiden van de huur omdat het hotel deze diensten zelf verzorgt. Daardoor valt de gesloten overeenkomst onder de uitzondering voor huurovereenkomsten in artikel 2.24, aanhef en onder b van de Aw 2012 en hoefde zij geen aanbestedingsprocedure te volgen. Het COA betoogt verder dat zij objectieve en zakelijke redenen had om het contract met LCHD aan te gaan in plaats van met Omgevingshuis. Het COA legt uit dat zij al sinds januari 2024 een deel van hetzelfde hotel via LCHD huurde en het niet wenselijk achtte om voor één en dezelfde locatie contractuele relaties met meerdere partijen te onderhouden. Dit zou volgens het COA leiden tot onduidelijkheid en praktische complicaties bij de exploitatie van de opvanglocatie. Tot slot betwist het COA dat zij in strijd heeft gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De Rechtbank Den Haag wijst de vorderingen van Omgevingshuis af. Wat betreft de toepasselijkheid van deel 2 van de Aw 2012 oordeelt de rechtbank dat sprake is van een gemengde overeenkomst waarbij huur het hoofdvoorwerp vormt en catering en schoonmaak bijkomende, ondergeschikte diensten zijn. De rechtbank oordeelt dat de overeenkomst objectief gezien niet deelbaar is, omdat het hotel niet zou toestaan dat derden dezelfde diensten leveren als die zij zelf intern levert. Op grond van artikel 2.12b, tweede lid Aw 2012 in samenhang met artikel 2.24, aanhef en onder b Aw 2012 valt de overeenkomst dus niet onder het bereik van deel 2 van de Aw 2012 en is het COA niet verplicht een aanbestedingsprocedure te volgen. Ten aanzien van de Didam-jurisprudentie oordeelt de rechtbank dat deze van toepassing is op situaties waarin de overheid de aanbiedende partij is bij verkoop of verhuur van een pand. De spiegelbeeldige situatie, waarin de overheid de vragende partij is, wordt al gereguleerd door de Aw 2012. Er is geen ruimte voor analoge toepassing van de Didam-jurisprudentie in deze situatie. Wat betreft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur oordeelt de rechtbank dat het COA voldoende objectieve redenen heeft toegelicht voor haar keuze om het contract met LCHD aan te gaan in plaats van met Omgevingshuis.

Juridisch kader

- **Artikel 2.12b** Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) regelt de behandeling van gemengde opdrachten die zowel aanbestedingsplichtige als niet-aanbestedingsplichtige elementen bevatten. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat indien een opdracht objectief niet deelbaar is, de toepasselijke voorschriften worden bepaald aan de hand van het hoofdvoorwerp van de opdracht.
- **Artikel 2.24** aanhef en onder b, Aw 2012 implementeert artikel 10 van de Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU en sluit de verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken uit van het toepassingsbereik van deel 2 van de Aw 2012.
- **Artikel 3:14** BW bepaalt dat een overheidslichaam haar (privaatrechtelijke) bevoegdheden niet mag uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiek recht, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel.

Rechters aan het woord

- De Hoge Raad heeft in 2021 in het Didam I-arrest onder meer geoordeeld dat een bevoegdheid die krachtens het burgerlijk recht aan een overheidslichaam toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht. Tot de regels van publiekrecht behoren de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. Dit betekent dat een overheidslichaam bij het 'aangaan en uitvoeren' van privaatrechtelijke overeenkomsten het gelijkheidsbeginsel in acht moet nemen. Dit geldt dus ook voor de beslissing met wie en onder welke voorwaarden het een overeenkomst tot verkoop van een aan hem toebehorende onroerende zaak sluit. Uit het gelijkheidsbeginsel vloeit voort dat een overheidslichaam dat voornemens is een aan hem toebehorende onroerende zaak te verkopen, mededingingsruimte moet bieden aan (potentiële) gegadigden indien er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. In de besproken zaak nuanceert de rechtbank het oordeel van de Hoge Raad: weliswaar kan onder het 'aangaan' van een privaatrechtelijke overeenkomst in theorie ook het sluiten als huurder van een huurovereenkomst worden begrepen, maar de Didam-jurisprudentie geldt volgens de rechtbank alleen wanneer de overheid de aanbiedende partij is (bijv. verkoop en verhuur), niet wanneer zij de vragende partij is (bijv. inkoop of huur). In dat laatste geval biedt de Aw 2012 2012 namelijk volgens de rechtbank het volledige kader. Vraag is of het oordeel van de rechtbank terecht is. Immers, de situatie dat het overheidslichaam als vragende partij wil huren, is juist uitgezonderd van de Aw 2012 - zie art. 2.24, aanhef en onder b Aw 2012. Gesteld kan dus worden dat de Aw 2012 die situatie niet reguleert, waardoor de vraag reist of het nationale gelijkheidsbeginsel niet juist moet voorzien in de leemte die het Europese recht laat.

- De vraag of de Didamregels ook gelden bij andere rechtshandelingen dan de verkoop van onroerende zaken heeft de Hoge Raad vooralsnog niet beantwoord. Lagere rechtspraak laat zien dat de Didamregels niet alleen gelden bij verkoop, maar (bijvoorbeeld) ook bij uitgifte in erfpacht of verhuur van onroerende zaken, alsmede bij verkoop van aandelen.

Tips voor de praktijk

- De Didam-regels zijn nog in ontwikkeling.Volgens de rechtbank in de besproken zaak moeten de Didam-regels alleen worden toegepast wanneer de overheid de aanbiedende partij is (bijv. verkoop en verhuur), niet wanneer zij de vragende partij is (bijv. inkoop of huur). Vraag is of dit oordeel terecht is. Overheden doen er verstandig aan hun Didam-beleid niet naar aanleiding van deze ene uitspraak te wijzigen.

- Het feit dat diensten in theorie op zich door verschillende partijen kunnen worden geleverd (bijvoorbeeld catering en schoonmaak), maakt een opdracht niet automatisch deelbaar. Vraag als aanbestedende dienst steeds af of het realistisch is dat derden worden ingeschakeld voor diensten die de opdrachtnemer zelf al intern aanbiedt. Indien niet, lijkt de noodzaak aanwezig om alle diensten bij dezelfde opdrachtnemer af te nemen.

MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze website.

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met Van Doorne Advies Advocaten, notarissen & fiscalisten en EPSA Procurement.

epsa PROCUREMENT

Van Doorne