

Advies 488 | Samenvatting

De klacht ziet op een opdracht voor het beheer van een tweetal investeringsfondsen die andere fondsen voeden, waaruit vervolgens risicokapitaal (venture capital) voor jonge en snelgroeiende innovatieve en/of technologische ondernemingen beschikbaar komt. Ondernemer gaat ervan uit dat het ministerie deze opdracht in strijd met de Aanbestedingswet 2012 onderhands heeft verleend en dat de opdracht had moeten worden aanbesteed. De Commissie acht de klacht in beginsel ongegrond omdat, voor zover al sprake is van een overheidsopdracht, het ministerie daarvan geen opdrachtgever is.

De vraag die vervolgens nog dient te worden beantwoord is of een subsidie van het ministerie, in de vorm van een lening aan een andere partij, indirect ook strekt tot vergoeding voor de beheerdiensten. Deze vraag kan in het midden blijven. In het veronderstelde geval dat deze subsidieverlening kwalificeert als een overheidsopdracht voor de beheerdiensten, is deze naar het oordeel van de Commissie van de Europese aanbestedingsplicht uitgezonderd op grond van artikel 2.24, aanhef en onder i, Aw 2012 dat ziet op diensten betreffende leningen. Naar het oordeel van de Commissie is bij een geslaagd beroep op artikel 2.24, aanhef en onder i, Aw 2012 tevens in overeenstemming gehandeld met Afdeling 1.2.1, in het bijzonder met artikel 1.4, lid 1 en 3, Aw 2012.

Voor zover is geklaagd dat de minister de Tweede Kamer onjuist zou hebben geïnformeerd, neemt de Commissie de klacht niet in behandeling. Het betreft immers geen handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 488

1. Feiten

- 1.1. Op 7 augustus 2013 is het Dutch Venture Initiative (hierna: DVI-I) opgericht als een zogeheten S.A. SICAR (Société Anonyme, Société d'Investissement en Capital à Risque) naar Luxemburgs recht (vgl. jaarverslag DVI-I 18 juli 2018).
- 1.2. Op 12 april 2016 is vervolgens het Dutch Venture Initiative II (hierna: DVI-II) opgericht als S.A. SICAR naar Luxemburgs recht (vgl. jaarverslag DVI-II 18 juli 2018).
- 1.3. DVI-I en DVI-II zijn fondsen die andere fondsen voeden, waaruit vervolgens risicokapitaal (venture capital) voor jonge en snelgroeiende innovatieve en/of technologische ondernemingen beschikbaar komt (vgl. onder meer het verslag van een algemeen overleg van 10 december 2015, *Kamerstukken II*, 2015/16, 29 338, nr. 150, p. 18 en antwoorden op de vragen gesteld door het lid Van der Lee (Groen-Links) over het Dutch Venture Initiative (DVI-I en DVI-II), van 10 september 2018, kenmerk 2018Z13581).
- 1.4. De fondsen fungeren dus als een "fund of funds", dat fondsen financiert die vervolgens kredieten afgeven (vgl. verslag van een algemeen overleg van 24 februari 2016, *Kamerstukken II*, 2015/16, 32 637, nr. 231, p. 17 en brief minister Kamp inzake stand van zaken Nederlands Investerings Agentschap (NIA) van 10 oktober 2016, p. 5).
- 1.5. Deelnemers in DVI-I zijn het Europees Investeringsfonds (hierna: EIF), de regionale ontwikkelingsmaatschappij Oost Nederland NV (hierna: Oost NL) en de BOM (Brabantse Ontwikkelings Maatschappij B.V.). Het EIF is in 1994 opgericht om de kredietvoorziening van het midden- en kleinbedrijf in de Europese Unie te ondersteunen. Aandeelhouders zijn de Europese Investeringsbank (EIB, 58,645%), de Europese Unie (29,710 %) en verschillende financiële instellingen uit de EU en Turkije (11,645%). (http://www.eif.org/who_we_are/shareholder/index.htm). Oost NL is ontstaan uit een fusie tussen Ontwikkelingsmaatschappij Oost N.V. en Participatiemaatschappij Oost Nederland NV, PPM-Oost).
- 1.6. Het ministerie (in beginsel aanbestedingsplichtig waar het overheidsopdrachten betreft) heeft, samen met de provinciale ontwikkelingsmaatschappijen, € 100 miljoen in DVI-I gestoken. Het EIF heeft daar € 100 miljoen bijgelegd en particuliere investeerders hebben daar vervolgens € 1 miljard bijgelegd (vgl. verslag van een algemeen overleg van 24 februari 2016, *Kamerstukken II*, 2015/16, 32 637, nr. 231, p. 17).
- 1.7. In DVI-II nemen deel het EIF en Oost NL. In DVI-II is opnieuw € 200 miljoen investeringskapitaal beschikbaar gekomen voor private investeringsfondsen gericht op snelgroeiende innovatieve bedrijven (vgl. brief van staatssecretaris Keijzer van EZK van 15 oktober 2018, waarbij zij de jaarverslagen van DVI-I en DVI-II toezond aan de Tweede Kamer over het boekjaar dat eindigde op 31 maart 2018; zie ook jaarverslag DVI-II 18 juli 2018).
- 1.8. Het ministerie participeert niet rechtstreeks in DVI-I en DVI-II, maar doet dat via subsidiëring van Oost NL. Oost NL participeert zoals gezegd als partner van het EIF in DVI-I en DVI-II (zie 1.5 en 1.7 hiervoor).

- 1.9. In het jaarverslag van PPM Oost over 2013 is het volgende opgenomen over het Dutch Venture Initiative: "De betrokkenheid van PPM Oost bij het Dutch Venture Initiative (DVI), op verzoek van het Ministerie (...), kon na ondertekening van het Memorandum of Understanding eind 2012, in 2013 vorm worden gegeven. Dutch Venture Initiative is in 2013 naar Luxemburgs recht opgericht. Er zijn een board of directors en een Investment Committee benoemd van drie personen. In beide organen is één lid benoemd op voordracht van het EIF en twee op voordracht van PPM Oost. Dit met instemming van de grootste financier van het DVI: het Ministerie (...). Aangezien het EIF het fondsmanagement van het DVI voert, verzorgt PPM Oost meer de liaisonrol tussen enerzijds het Ministerie (...) en EIF/EIB en anderzijds de Nederlandse Venture Capital-markt. (...)"
- 1.10. DVI-I en DVI-II vormen onderdeel van het totale pakket van het ministerie aan EZK-financieringsregelingen. Aangekondigd is dat de jaarverslagen van DVI-I en DVI-II in het vervolg ter beschikking worden gesteld via de website <https://www.bedrijvenbeleidinbeeld.nl/beleidsinstrumenten>) (vgl. brief van staatssecretaris Keijzer van EZK van 15 oktober 2018, waarbij zij de jaarverslagen van DVI-I en DVI-II toezond aan de Tweede Kamer over het boekjaar dat eindigde op 31 maart 2018).
- 1.11. In een op 4 februari 2019 op de in 1.10 hiervoor vermelde website gepubliceerd onderzoek van het CBS naar het gecombineerd gebruik van financieringsinstrumenten van het ministerie wordt het DVI aangeduid als een samenwerking van het ministerie met Oost NL en het EIF.
(<https://www.bedrijvenbeleidinbeeld.nl/downloads/publicaties/2019/02/04/gecombineerd-gebruik-financieringsinstrumenten>).
- 1.12. Het EIF is, behalve mede-investeerder (zie 1.5 en 1.7 hiervoor), fondsbeheerder van DVI-I en DVI-II.

2. Beschrijving klacht

De klacht houdt in dat het ministerie voor de opdracht aan het EIF voor het beheer van de DVI-fondsen ten onrechte geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd. Tevens zou de minister de Tweede Kamer onjuist hebben geïnformeerd over de vorm en de wijze van deelname van het ministerie aan de DVI-fondsen.

3. Onderbouwing klacht

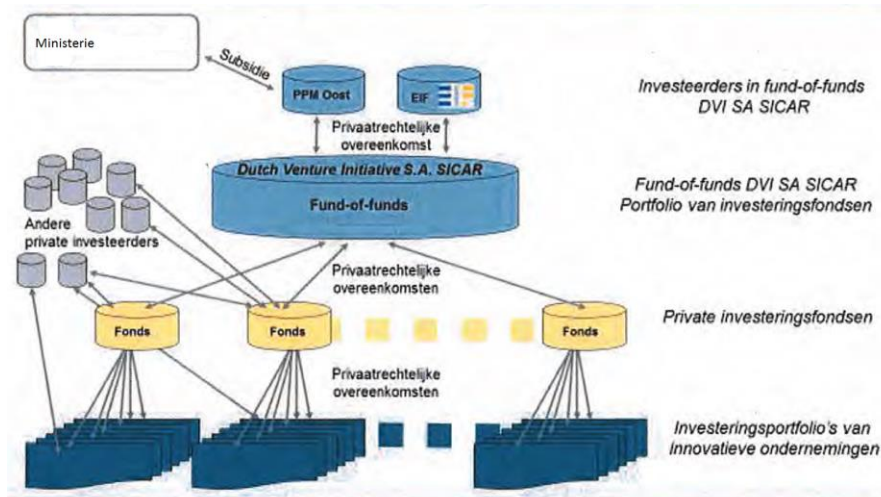
- 3.1. Ondernemer stelt dat het ministerie in 2013 het Dutch Venture Initiative heeft opgericht. In 2016 is een tweede fonds opgericht. Voor beide fondsen is het beheer onderhands gegund aan het EIF. Het EIF ontvangt een jaarlijkse vergoeding tot € 2 miljoen en kan een bonus tegemoet zien van enkele tientallen miljoenen. De contracten lopen tot 2036.
- 3.2. Ondernemer stelt dat het gaat om een overheidsopdracht voor diensten met een geschatte waarde van € 40.000.000, excl. btw.
- 3.3. Ondernemer heeft zich reeds in 2012 gemeld bij het ministerie om te informeren naar de beheersopdracht. Het ministerie is echter doorgegaan met de onderhandse gunning aan het EIF.
- 3.4. In de Tweede Kamer zijn vragen gesteld over de wijze van gunning van de beheersopdracht. Ondernemer vindt dat de minister de Kamer onjuist heeft

geïnformeerd, althans dat informatie is verstrekt die niet strookt met het jaarverslag van Oost NL.

- 3.5. Aan de Kamer is medegedeeld dat niet het ministerie de initiatiefnemer was, maar Oost NL, terwijl deze in haar jaarverslag heeft vermeld dat zij juist op verzoek van het ministerie heeft gehandeld.
- 3.6. Ondernemer pleit ervoor dat de beheersopdracht wordt teruggedraaid, dat eventuele benadeelden schadeloos worden gesteld en dat de opdracht alsnog aanbesteed wordt.
- 3.7. Op verzoek van de Commissie heeft ondernemer op 5 november 2018 diverse stukken toegezonden, waarnaar hij in zijn klacht verwijst of waaruit hij in zijn klacht citeert.
- 3.8. Onder meer blijkt uit door ondernemer overgelegde stukken dat hij op 6 september 2018 een klacht heeft verzonden aan een vaker door hem voor communicatie gebruikte emailadres bij het ministerie. Op de datum van indiening van de klacht (31 oktober 2018) had ondernemer daarop evenwel nog geen reactie ontvangen.

4. Reactie ministerie

- 4.1. Het ministerie stelt in zijn reactie op de klacht dat ondernemer zijn klacht baseert op een onjuiste weergave van de (juridische) feiten.
- 4.2. DVI-I en DVI-II zijn privaatrechtelijke entiteiten naar Luxemburgs recht die tot doel hebben om marktconform te investeren in risicokapitaalfondsen voor innovatieve (MKB) ondernemingen.
- 4.3. Het EIF heeft ten behoeve van het realiseren van DVI-I en DVI-II samenwerking gezocht met Oost NL. Tussen het EIF en Oost NL is overeengekomen dat Oost NL als partner van het EIF co-investeert in DVI-I en DVI-II. Op 19 december 2012, 19 december 2014 en 23 december 2015 heeft het ministerie op subsidieaanvragen van Oost NL € 230 mln. aan subsidies aan Oost NL beschikbaar gesteld in de vorm van een geldlening door de Staat der Nederlanden aan Oost NL met het oog op de projecten DVI-I en DVI-II.
- 4.4. Met deze subsidies stelt het ministerie invulling te hebben gegeven aan de uitvoering van het beleid van het stimuleringspakket, zoals bekend gemaakt aan de Tweede Kamer (*Kamerstukken II, 2013/14, 32 637, nr. 85*). Het EIF voert als één van de investeerders het fondsmanagement van de DVI- fondsen uit. Voor deze activiteit ontvangt het EIF een marktconforme vergoeding van Oost NL.
- 4.5. De gehanteerde structuur en samenwerkingsverbanden heeft het ministerie in onderstaande figuur ter illustratie schematisch weergegeven.



- 4.6. Vervolgens stelt het ministerie dat bij het inschakelen van derden door DVI, waarvan overigens geen sprake is aangezien het EIF als een van de investeerders in DVI het beheer van het investeringsfonds op zich heeft genomen, er geen sprake is van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.7. Zoals eerder door het ministerie aangegeven, veronderstelt ondernemer ten onrechte dat het ministerie de DVI-fondsen heeft opgericht en het beheer voor beide fondsen onderhands heeft gegund aan het EIF.
- 4.8. DVI-I en DVI-II zijn door het EIF en Oost NL opgezette fondsen naar Luxemburgs recht. De DVI-fondsen zijn een zogeheten SICAR (société d'investissement en capital à risque) op basis waarvan gedragingen van DVI, zoals investeringen, volgens principes van de markt dienen plaats te vinden.
- 4.9. Omdat de DVI-fondsen private ondernemingen met een winst oogmerk zijn, is er bij eventuele opdrachten aan derden geen sprake van een aanbestedende dienst en daarmee evenmin sprake van een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012.
- 4.10. Het ministerie geeft aan dat het de activiteiten van DVI wenselijk heeft geacht en daarom aan (de rechtsvoorganger van) Oost NL subsidies heeft verstrekt in de vorm van een geldlening met het oog op de DVI-projecten. Daarmee is het initiatief (mede) mogelijk gemaakt.
- 4.11. Het ministerie merkt daarbij op dat de in de vorm van een geldlening toegekende subsidies evenmin kwalificeren als aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten in de zin van de Aanbestedingswet 2012, mede gezien het bepaalde in artikel 2.24, onder i, Aw 2012.
- 4.12. Deze uitzondering op de aanbestedingsplicht geldt volgens het ministerie eveneens voor de investeringen van Oost NL in de DVI-fondsen.
- 4.13. En voor zover Oost NL al zou kwalificeren als een aanbestedende dienst, is daarbij volgens het ministerie tevens sprake van een uitzondering op de aanbestedingsplicht zoals bedoeld in artikel 2.24, onder e, Aw 2012.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat de oprichting van de fondsen DVI-I en DVI-II dateert van na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: 'Aw 2012') per 1 april 2013. De Commissie acht zich gezien haar taakstelling dan ook bevoegd om over de klacht te oordelen, nu deze klacht immers betrekking heeft op een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer valt van de Aanbestedingswet 2012.
- 5.2. Voordat de Commissie overgaat tot beoordeling van de klacht, zal zij eerst het toetsingskader weergeven.
- 5.2.1. Op opdrachtverlening voor fondsenbeheer zijn in beginsel de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en deel 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2.2. Artikel 2.24, aanhef en onder i, Aanbestedingswet 2012 bepaalt:
- 'In afwijking van de artikelen 2.1 tot en met 2.6a is het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten:
(...)
i. betreffende leningen, al dan niet in samenhang met de uitgifte, de aankoop, de verkoop of de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten;
(...).'
- 5.2.3. Volgens de Europese Commissie mogen onder financiële diensten geen bancaire leningen worden verstaan. In de wetgeschiedenis merkt de wetgever op dat, zolang er nog geen uitspraak van het HvJ EU bestaat op dit punt, er vooralsnog vanuit gegaan kan worden dat bancaire leningen niet aanbesteed behoeven te worden (MvT, Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 61 en 62; vgl. commentaar C5. Artikel 2.24 sub e, Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht, editie 2018, p. 190).
- 5.2.4. Overweging 26 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU vermeldt:
- 'Tenslotte moet worden verduidelijkt dat leningen, ongeacht of zij al dan niet in verband staan met de uitgifte van andere effecten of andere financiële instrumenten, of andere verrichtingen in verband hiermee, buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn moeten blijven.'
- 5.2.5. Het Gerechtshof Arnhem beschouwde in 2007 de selectie van een fondsbeheerder van een venture capital fonds van Essent c.s. als een concessieopdracht. Concessieopdrachten voor diensten waren destijds evenwel uitgezonderd van een Europese aanbestedingsplicht en het hof was van oordeel dat Essent c.s. niet verplicht waren een 'formele' aanbestedingsprocedure te volgen (2 oktober 2007, [ECLI:NL:GHARN:2007:BB8618](#)). Het betrof het beheer van een beleggingsfonds gericht op het beleggen in innovatieve projecten op het terrein van duurzame energie. De vergoeding aan de fondsbeheerder werd in dat geval voldaan uit het rendement van de investeringen, niet uit het fonds zelf en kwam niet ten laste van Essent c.s. Het risico berustte overwegend bij de fondsbeheerder/beherend vennoot.
- 5.3. De Commissie zal nu overgaan tot beoordeling van de klacht.
- 5.3.1. Dat de minister de Tweede Kamer mogelijk niet juist of niet volledig heeft geïnformeerd over de vorm en/of de wijze van de deelname van het ministerie dan wel de deelname van de Staat in de twee fondsen, is geen aangelegenheid waarover de Commissie bevoegd is te oordelen. Het betreft immers geen handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt. Dat aspect van de klacht moet dan ook buiten behandeling blijven.

- 5.3.2. De klacht richt zich tot het ministerie, dat in de visie van ondernemer ten onrechte de opdracht voor het beheer van de DVI-fondsen niet heeft aanbesteed.
- 5.3.3. De Commissie stelt vast dat het ministerie via subsidie in de vorm van een geldlening aan Oost NL faciliteert dat Oost NL investeert en deelneemt in een tweetal fondsen, waarin ook het EIF deelneemt. De fondsen voeden op hun beurt private investeringsfondsen die risicodragend kapitaal verstrekken aan innovatieve ondernemingen.
- 5.3.4. Het EIF voert als één van de investeerders in de twee fondsen tevens het fondsbeheer uit en verkrijgt daarvoor een marktconforme vergoeding van Oost NL.
- 5.3.5. Ondernemer gaat er in zijn klacht vanuit dat de beheersopdracht aan het EIF afkomstig is van het ministerie. Dit blijkt evenwel niet uit de door ondernemer toegezonden stukken, noch uit het feitenonderzoek dat de Commissie zelf heeft verricht aan de hand van openbare stukken over DVI-I en DVI-II en wordt ook weerproken door het ministerie in zijn reactie op de klacht.
- 5.3.6. Voor zover al sprake is van een overheidsopdracht aan het EIF voor fondsenbeheer, is deze niet afkomstig van het ministerie maar van Oost NL.
- 5.3.7. Nu de klacht van ondernemer zich enkel richt tegen het ministerie en de Commissie geen handelen of nalaten van het ministerie in strijd met de Aw 2012 heeft kunnen vaststellen, is de klacht daarmee in beginsel ongegrond.
- 5.3.8. De vraag die vervolgens nog dient te worden beantwoord is of de subsidie van het ministerie, in de vorm van een lening aan Oost NL, indirect ook strekt tot vergoeding voor de diensten van mede-investeerder EIF.
- 5.3.9. In dat kader lijkt relevant dat het EIF, door het beheer van de DVI-fondsen en het verstrekken van kredieten c.q. leningen aan private investeringsfondsen, activiteiten verricht die het ministerie faciliteert omdat het die wenselijk acht. Tevens is aannemelijk dat het ministerie bij de prestatie van het EIF een rechtstreeks economisch belang heeft doordat het – via Oost NL – de activiteiten meefinanciert en risico loopt.
- 5.3.10. De in 5.3.8 gestelde vraag kan evenwel in het midden blijven. In het veronderstelde geval dat de subsidie van het ministerie in de vorm van een lening aan Oost NL tevens kwalificeert als een overheidsopdracht voor diensten van het ministerie aan het EIF, is deze naar het oordeel van de Commissie van de Europese aanbestedingsplicht uitgezonderd op grond van artikel 2.24, aanhef en onder i, Aw 2012. Naar het oordeel van de Commissie is bij een geslaagd beroep op artikel 2.24, aanhef en onder i, Aw 2012 tevens in overeenstemming gehandeld met Afdeling 1.2.1, in het bijzonder met artikel 1.4, lid 1 en 3, Aw 2012.
- 5.3.11. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.

6. Advies

De Commissie neemt de klacht niet in behandeling voor zover is geklaagd dat de minister de Tweede Kamer onjuist zou hebben geïnformeerd over de vorm en de wijze van deelname van het ministerie aan de DVI-fondsen. Voor het overige acht de Commissie de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 22 februari 2019

W.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid