

Notitie / Memo

Aan: Belanghebbenden
Van: NAD-projectgroep Samenwerking Onderhoud Transportsysteem Zuid
Datum: 1 mei 2017
Kopie:

Onderwerp: Relevante wetgeving

Inleiding

In het kader van het NAD-project “Samenwerking Onderhoud Transportsysteem – Zuid” hebben de gemeenten Maassluis, Vlaardingen en Schiedam de intentie om het onderhoud en het beheer van een aantal afvalwatertransportgemalen langdurig onder te brengen bij Hoogheemraadschap van Delfland. Dit is ingegeven vanuit de wens om de huidige en toekomstige kwetsbaarheid van de gemeenten op dit gebied op te lossen, op een manier die de ketenpartners daarbij in staat stelt om het functioneren van de integrale afvalwaterketen optimaal in te richten.

Gemeente Maassluis laat het onderhoud en beheer van haar rioolgemalen al sinds 2007 uitvoeren door Delfland, op basis van een Dienstverleningsovereenkomst (contract tussen de partners). Deze DVO is aan actualisatie toe.

De Maassluis-DVO vormt het startpunt voor het opstellen van de nieuwe DVO's (intentie is om die zoveel mogelijk uniform te laten zijn) tussen hoogheemraadschap en de drie gemeenten. Bij de eerste verkenning bleek hiervoor specifieke wetgeving te gelden, en wel:

- De Aanbestedingswet, die overheden voorschrijft hoe zij moeten omgaan met het inkopen van diensten. In voorliggend geval betreft dit de gemeenten.
- De Wet Markt en Overheid, bedoeld om concurrentievervalsing door overheden te voorkomen. In voorliggend geval betreft dit Delfland.

In het kader van het project is door juristen uitgezocht of, en zo ja hoe, de gemeenten en Delfland binnen de kaders van deze wetgeving rechtmatig ‘één-op-één’ zaken kunnen doen als het gaat om het onderhoud en beheer van de gemeentelijke rioolgemalen. Navolgend memo vat het resultaat van dit onderzoek samen.

Aanbestedingswet

Voor de gemeenten geldt dat voor de beoogde samenwerking de Aanbestedingswet van toepassing is. De jurist van gemeente Maassluis heeft (bij externe juristen) advies ingewonnen met betrekking tot de wijze waarop zij moet omgaan met de Aanbestedingswet.

Het advies is helder: de wet biedt de mogelijkheid voor de gemeenten om het onderhoud en beheer van de gemalen één-op-één uit te besteden aan Delfland, omdat dit type dienst voldoet aan de criteria die gelden voor het verlenen van een “uitsluitend recht” waarin de Aanbestedingswet voorziet.

Quotes uit het advies van de ingeschakelde advocaat:

3.3.1 Met betrekking tot overheidsopdrachten voor diensten – zoals het beheer van rioleringsstelsels – mag een aanbestedende dienst onder omstandigheden zonder Europese aanbesteding aan een andere aanbestedende dienst (als opdrachtnemer) een uitsluitend recht verlenen voor het

verrichten van de betreffende dienst, mits het uitsluitend recht verenigbaar is met het EU-Werkingsverdrag.

- 3.3.2. *Een uitsluitend recht is een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij (publiekrechtelijk) besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen.*
- 3.3.3. *Het uitsluitend recht moet worden verleend bij wet of bij besluit van een bestuursorgaan. Aannemelijk is dat dit vereiste dient om te waarborgen dat het uitsluitend recht ook jegens derden geldt en daardoor daadwerkelijk "uitsluitend" is. Om die reden zal een publiekrechtelijk besluit waarmee een uitsluitend recht wordt verleend een algemeen verbindend voorschrift moeten zijn, zoals een gemeentelijke verordening.*
- 5.2. *Een uitsluitend recht is een goed bruikbaar alternatief dat zich reeds in de praktijk heeft bewezen, specifiek ook in de afvalverwerkingssector. Sinds 2007 maakt Maassluis reeds gebruik van een uitsluitend recht voor de besturing, controle en het beheer van haar rioolgemalen door Delfland. Naar verwachting kan de beoogde samenwerking voldoen aan alle voorwaarden voor het verlenen van een uitsluitend recht, zodat Maassluis en Delfland geen wijzigingen hoeven door te voeren in de beoogde samenwerking om (na verlening van het uitsluitend recht) rechtstreeks opdracht te laten verlenen door Maassluis aan Delfland. De in 2007 gekozen grondslag voldoet derhalve nog steeds het beste in verband met de beoogde taakverdeling.*
- 5.3. *Het verdient aanbeveling het uitsluitend recht in een gemeentelijke verordening te borgen.*

Wet Markt en Overheid

Voor Delfland geldt dat hij moet voldoen aan de vereisten van de Wet Markt en Overheid.

Juristen van het hoogheemraadschap hebben zich gebogen over de implicaties van de Wet Markt en Overheid voor Delfland. Ook daar is de conclusie helder: de Wet Markt en Overheid werpt geen blokkade op voor het overnemen van het onderhoud en beheer van de gemalen van de gemeenten, omdat één van de "uitgezonderde situaties" van toepassing is.

Quote uit het advies van de juristen van Delfland:

Conclusie

Delfland is een overheid die een economische activiteit verricht. Deze economische activiteit betreft echter wel één van de uitgezonderde situaties genoemd in de Wet Markt en Overheid; de diensten zijn bedoeld voor de uitvoering van werkzaamheden in het kader van de publiekrechtelijke taak van de gemeenten. De Wet Markt en Overheid is dan ook niet op deze economische activiteit van toepassing, er hoeft geen rekening te worden gehouden met de gedragsregels genoemd in de Wet Markt en Overheid.

Er zijn voorwaarden verbonden aan de wijze waarop Delfland met de Wet Markt en Overheid omgaat:

Uit het advies van de juristen:

Aan de volgende zaken moet aandacht worden besteed:

- a) *Kostprijs: aangezien Delfland geen belastinggeld mag besteden aan activiteiten die niet tot zijn taak behoren, dient ten minste de integrale kostprijs voor de economische activiteit aan de gemeente te worden doorberekend (gelijk aan de regel uit de Wet M&O).*
- b) *Belastingen: Als Delfland bij het verrichten van dergelijke economische activiteiten fiscaal wordt beschouwd als ondernemer, moet hij: 1. BTW in rekening brengen bij de afnemer van die diensten, maar anderzijds kan hij betaalde BTW verrekenen, en 2. over de winst 20% vennootschapsbelasting afdragen.*

- c) *Administratie: er zal een aparte administratie moeten worden ingericht voor het bijhouden van de baten en lasten van die economische activiteiten, alsmede een BTW administratie.”*

Conclusie

Conclusie is dat er geen wettelijke belemmeringen zijn voor één-op-één uitbesteding door de gemeenten van het onderhoud en beheer van de gemeentelijke rioolgemalen aan Delfland. Wel dient een aantal zaken vooraf specifiek geregeld te worden:

- De gemeenten dienen het ‘uitsluitend recht’ in een gemeentelijke verordening vast te leggen;
- Delfland dient de verplichtingen met betrekking tot kostprijs, BTW en administratie goed te borgen en in te regelen.