

MEMO

VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE
ADVOCaat/CLiÉNT

AAN het college van burgemeester en wethouders
van Alphen aan den Rijn
T.a.v. mevrouw Annemarie van Leeuwen

VAN mr. drs. H. Doornhof
Advocaat
TELEFOON +31 88 253 5223
FAX +31 88 253 5258
E-MAIL hdoornhof@akd.nl

DATUM **CONCEPT** 24 september 2020
ONS KENMERK 267724
KOPIE AAN --

ONDERWERP **Bedrijfsvoeringsorganisatie Rijn en Braassem**

De gemeenten Alphen aan den Rijn en Kaag en Braassem werken op dit moment samen op het gebied van Informatisering en Automatisering (I&A). Deze samenwerking is ingebed in een gemeenschappelijke regeling, waarmee de Bedrijfsvoeringsorganisatie Rijn en Braassem (hierna: 'de BVO') is ingesteld. Voorafgaand aan het instellen van de BVO hebben wij aan uw college op 16 juni 2016 ook advies uitgebracht.

Uw college verkent momenteel de mogelijkheden om de samenwerking op het gebied van de I&A-dienstverlening anders in te richten. De aanleiding daarvoor is de vaststelling van uw college dat de BVO gepaard gaat met de nodige bestuurlijke verplichtingen en verplichtingen betreffende overhead. U hebt de voorkeur voor een lichtere vorm van samenwerking met de gemeente Kaag en Braassem. In dit verband wordt in het bijzonder de optie overwogen dat uw college de I&A-dienstverlening voor de gemeente Kaag en Braassem gaat verrichten op basis van een of meer met haar te sluiten dienstverleningsovereenkomsten.

U hebt ons verzocht uw college te adviseren in verband met de gewenste herijking van de samenwerking in de Bedrijfsvoeringsorganisatie Rijn en Braassem. Onze bevindingen treft u in dit memo aan.

1. Vooropgesteld: ook in de context van de bedrijfsvoeringsorganisatie kan de samenwerking worden gestroomlijnd

In de eerste plaats is van belang dat de wens om de bestuurlijke verplichtingen en de verplichtingen betreffende overhead te doen afnemen voor een belangrijk deel ook kan worden gerealiseerd in de context van de BVO. De figuur van de gemeenschappelijke regeling is zelfs in het bijzonder bedoeld voor samenwerkingen waarin de nadruk ligt op uitvoering en de bestuurlijke invloed beperkt kan zijn. Wij menen dat er mogelijk nog ruimte ligt om hierin verdere stappen te zetten. In dat verband geldt het volgende.

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponneerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

DATUM CONCEPT 24 september 2020
 ONS KENMERK 267724
 PAGINA 2 van 7

- ***Het inhoudelijke zwaartepunt kan verschuiven naar het uitvoeringsniveau***

Intergemeentelijke samenwerking op basis van een bedrijfsvoeringsorganisatie maakt het mogelijk om het inhoudelijke zwaartepunt van de besluitvorming op te dragen aan (een beperkt aantal) personen die met de uitvoering zijn belast. Het samenwerkingsverband is dan met name een administratieve constructie, waarvan de bestuurders in grote mate 'hands-off' opereren. In dit verband het denkbaar dat de te verrichten werkzaamheden minder uitputtend van bovenaf (in de Uitvoeringsregeling en de daarop gebaseerde Dienstverleningscatalogus) worden geregeld, en de taken en bevoegdheden van de directie meer algemeen worden geformuleerd.

In dit verband verdient het ook overweging om in de gemeenschappelijke regeling op te nemen dat het aantal directieleden wordt verminderd, of zelfs tot één persoon wordt teruggebracht.

- ***Het aantal bestuursleden kan worden verminderd***

Op grond van artikel 6 lid 1 van de gemeenschappelijke regeling bestaat het bestuur uit vier leden; de colleges van beide gemeenten wijzen uit hun midden ieder twee leden aan. In dat verband kan worden overwogen om aan te sluiten bij de minimale eisen die de Wet gemeenschappelijke regelingen stelt, en te regelen dat beide colleges slechts één bestuurslid aanwijzen. Daarbij horen dan ook alternatieve voorzieningen om te waarborgen dat de stem van het door uw college aangewezen bestuurslid zwaarder klinkt.

- ***Het loont mogelijk om te investeren in de organisatiecultuur***

Wij benadrukken dat ook het investeren in de organisatiecultuur van het samenwerkingsverband veel toegevoegde waarde kan hebben. De *cultuur* van een organisatie draagt in veel gevallen sterker bij aan de 'omvang' van de bestuurlijke verplichtingen, dan de *structuur* waarop die organisatie formeel is gebaseerd. In dit verband wordt in onze ervaring ook bij een samenwerking op basis van een of meer te sluiten dienstverleningsovereenkomsten veelal een overdaad aan verplichtingen (zowel bestuurlijk als betreffende overhead) ervaren.

In dit kader verdient het volgens ons aanbeveling om nader te onderzoeken in hoeverre binnen de kaders van de gemeenschappelijke regeling kan worden bewerkstelligd dat aan de wensen van uw college tegemoet wordt gekomen.

2. Het aanbestedingsrecht is een zwaarwegend argument om in BVO-verband te blijven samenwerken

Uit ons advies d.d. 16 juni 2016 volgt dat het aanbestedingsrecht een zwaarwegend argument is om samenwerking in te bedden in een gemeenschappelijke regeling, en om niet te gaan samenwerken op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten. In dat verband geldt dat een opdracht van de gemeente Kaag en Braassem aan de gemeente Alphen aan den Rijn aanbestedingsplichtig is, indien de waarde daarvan boven de toepasselijke drempelwaarden uitstijgt en geen beroep kan worden gedaan op

DATUM CONCEPT 24 september 2020
ONS KENMERK 267724
PAGINA 3 van 7

een van de uitzonderingen op een aanbestedingsplicht.

In het advies d.d. 16 juni 2016 hebben wij de diverse mogelijkheden omschreven, op grond waarvan uw college – zonder dat een aanbestedingsplicht geldt – de I&A-dienstverlening zou kunnen verrichten voor de gemeente Kaag en Braassem. Het betreft de volgende opties:

- horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24c Aanbestedingswet (hierna: '**Aw**'));
- alleenrecht / uitsluitend recht (artikel 11 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24 Aw);
- overdracht van bevoegdheden (artikel 1 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU; niet geïmplementeerd in de Aw)
- aankoopcentrale (artikel 2 lid 1 punt 14a en artikel 37 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.11 Aw)
- verticale samenwerking (quasi-inbesteding) (artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.24a en 2.24b Aw);

In het hiernavolgende zijn onze bevindingen ten aanzien van deze opties verkort weergegeven. Voor een uitgebreide beschouwing van het een en ander verwijzen wij derhalve naar hoofdstuk 4 van ons advies d.d. 16 juni 2016.

2.1. Horizontale samenwerking: er mag geen sprake zijn van opdrachtverlening

Voor een uitzondering op de aanbestedingsplicht dient een horizontale samenwerking te voldoen aan een viertal cumulatieve voorwaarden, waaronder de eis dat sprake is van een 'echte samenwerking' tussen de aanbestedende diensten. Bij een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten zal feitelijk sprake zijn van de verlening van een opdracht door de gemeente Kaag en Braassem aan de gemeente Alphen aan den Rijn. Als gevolg daarvan kan geen beroep worden gedaan op deze uitzondering.

2.2. Alleenrecht of uitsluitend recht: de beperking is niet snel verenigbaar met het EU-werkingsverdrag

Voor een uitzondering op de aanbestedingsplicht in verband met een alleenrecht / uitsluitend recht is nodig dat de verstrekking daarvan verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Daarvan is niet snel sprake. Ons zijn geen omstandigheden bekend die zouden kunnen rechtvaardigen dat de gemeente Kaag en Braassem een alleenrecht / uitsluitend recht ten behoeve van I&A-dienstverlening verstrekt aan de gemeente Alphen aan den Rijn. Als gevolg daarvan achten wij een beroep op deze uitzondering op de aanbestedingsplicht evenmin mogelijk.

2.3. Overdracht van bevoegdheden: er mag geen sprake zijn van een vergoeding voor contractuele prestaties

Het college van de gemeente Kaag en Braassem zou kunnen overwegen om de bevoegdheden op het

DATUM CONCEPT 24 september 2020
ONS KENMERK 267724
PAGINA 4 van 7

gebied van I&A-dienstverlening over te dragen aan uw college. Om in dat verband een uitzondering op de aanbestedingsplicht te kunnen aanvaarden, mag echter geen sprake zijn van een vergoeding voor contractuele prestaties. Als gevolg hiervan is deze mogelijkheid weliswaar toelaatbaar, maar niet aantrekkelijk voor uw college.

2.4. Aankoopcentrale: het uitwisselen of delen van capaciteit is niet mogelijk

Het is mogelijk voor aanbestedende diensten om als aankoopcentrale te fungeren en daarmee 'inkooptaken' te centreren. Dat betekent in de praktijk bijvoorbeeld dat de gemeente Alphen aan den Rijn ICT-diensten of leveringen kan inkopen voor zowel haarzelf als de gemeente Kaag en Braassem. Het is in het kader van deze uitzondering op de aanbestedingsplicht echter niet mogelijk om in dat kader ook onderling capaciteit uit te wisselen, of om de capaciteit van de andere gemeente te gebruiken voor de I&A-dienstverlening. Dit maakt dat deze mogelijkheid wellicht niet de gewenste oplossing biedt voor de behoeftes van de beide colleges.

2.5. Verticale samenwerking (quasi-inbesteding): de meest reële optie

De colleges van de beide gemeenten hebben gekozen voor een verticale samenwerking door middel van het instellen van de BVO. Om in de vorm een uitzondering te kunnen maken op de aanbestedingsplicht, is het noodzakelijk dat de beide aanbestedende diensten gezamenlijk toezicht uitoefenen op de BVO en dat de BVO daarmee een zogenoemde 'gecontroleerde rechtspersoon' is. De samenwerkingsorganisatie moet bovendien het merendeel (> 80%) van haar activiteiten uitvoeren voor de gemeenten en er mag geen sprake zijn van participatie van privékapitaal. De huidige samenwerking voldoet hieraan, zodat de gemeentelijke opdrachten voor I&A-dienstverlening aan de BVO kunnen worden verstrekt zonder dat een aanbestedingsplicht geldt.

2.6. Allicht ten overvloede: het rechtstreeks verstrekken van opdrachten is risicovol

Uit het voorgaande volgt dat vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief de uitzondering van de verticale samenwerking de meest aangewezen oplossing blijft. De andere opties – waaronder een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten – gaan gepaard met een aanbestedingsplicht. Allicht ten overvloede merken wij op dat het risicovol is om af te wijken van de aanbestedingsplicht en niettemin samen te werken op basis van opdrachten.

In dat verband wijzen wij op de volgende mogelijkheden:

- Een ondernemer kan klagen bij de gemeente Kaag en Braassem en vervolgens bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn niet bindend; zij vervult een bemiddelende rol in aanbestedingsrechtelijke geschillen.
- Een ondernemer kan ook naar de civiele rechter stappen en een kortgedingprocedure of bodemprocedure aanhangig maken. In een procedure kunnen veel verschillende bevelen of

DATUM CONCEPT 24 september 2020
 ONS KENMERK 267724
 PAGINA 5 van 7

verboden worden gevorderd. Indien de gemeente Kaag en Braassem ten onrechte heeft besloten om niet aan te besteden, kan de rechter bijvoorbeeld gebieden dat er alsnog wordt aanbesteed. Andere mogelijke vorderingen die door een rechter kunnen worden toegewezen zijn:

- het vernietigen van de overeenkomsten op grond van artikel 4.15 Aw;
 - het verkorten van de looptijd van de overeenkomsten op grond van artikel 4.19 jo 4.18 Aw; en
 - het toewijzen van een schadevergoeding aan marktpartijen die menen dat de opdracht had moeten worden aanbesteed en schade wegens een gemiste kans op gunning hebben geleden (dergelijke vorderingen worden niet vaak toegewezen).
- De accountant kan een goedkeurende verklaring onthouden, indien hij vaststelt dat aanbestedingsplichtige opdrachten ten onrechte niet zijn aanbesteed.

In dit verband geldt dat de gemeente Kaag en Braassem primair de partij is die aangesproken kan worden op het handelen in strijd met het aanbestedingsrecht; de klachten richten zich tegen haar handelen, en de goedkeuring betreft haar jaarrekening. De daarmee samenhangende consequenties kunnen evenwel ook de gemeente Alphen aan den Rijn raken. Indien – bijvoorbeeld – eventuele dienstverleningsovereenkomsten zouden worden vernietigd, hangen daarmee ook voor de laatstgenoemde (praktische en financiële) negatieve gevolgen samen.

In aanvulling op deze risico's geldt overigens vanzelf dat het hoe dan ook van belang is dat de beide gemeenten de op hen van toepassing zijnde regelgeving naleven, en niet willens en wetens kiezen voor een samenwerkingsvorm die in strijd is met het aanbestedingsrecht.

3. Samenwerken op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten is fiscaal – in algemene zin – minder aantrekkelijk

Ook vanuit fiscale overwegingen is een samenwerking middels een bedrijfsvoeringsorganisatie in beginsel aantrekkelijker dan het omvormen tot een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten. In dat verband geldt het volgende.

3.1. Voor de heffing van BTW is een beroep op de koepelvrijstelling niet mogelijk

Diensten die de BVO verricht voor de beide gemeenten zijn vrijgesteld van BTW, op grond van de zogenaamde 'koepelvrijstelling'. Van deze vrijstelling kan geen gebruik worden gemaakt indien de samenwerking wordt georganiseerd op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten. De diensten die de gemeente Alphen aan den Rijn voor de gemeente Kaag en Braassem zal verrichten, worden dan geacht in het 'gewone' economische verkeer plaats te vinden. Over die diensten is zij dan BTW verschuldigd, die gefactureerd dient te worden aan de gemeente Kaag en Braassem.

Vervolgens is dan de vraag of de gemeente Kaag en Braassem de gefactureerde terug kan vragen vanuit

DATUM CONCEPT 24 september 2020
 ONS KENMERK 267724
 PAGINA 6 van 7

het BTW-Compensatiefonds. Voor zover de kosten moeten worden toegerekend aan hun BTW-vrijgestelde activiteiten, of declaratie bij het BTW-Compensatiefonds is uitgesloten, is dat niet het geval. De samenwerking op basis van dienstverleningsovereenkomsten is voor de gemeenten dan effectief duurder.

Voor zover de samenwerking beperkt zal blijven tot het gebied van ICT/I&A, is het materiële nadeel hier overigens nihil. Binnen dit werkveld kan – ongeacht de wijze waarop de samenwerking is vormgegeven – geen gebruik worden gemaakt van de koepelvrijstelling.

3.2. Voor de heffing van VPB kwalificeert het samenwerken op basis van dienstverleningsovereenkomsten niet als vrijgesteld 'samenwerkingsverband'

Voor de heffing van vennootschapsbelasting ('VPB') komt de BVO in aanmerking van een vrijstelling van de met intergemeentelijke samenwerking behaalde resultaat. Die samenwerkingsverbandvrijstelling kan niet worden benut indien de samenwerking haar basis vindt in een meer dienstverleningsovereenkomsten; in die situatie is in fiscale zin geen sprake van een "samenwerkingsverband". Het resultaat dat wordt behaald met de samenwerking basis van een of meer dienst-verleningsovereenkomsten wordt voor heffing van de VPB in aanmerking genomen bij de dienstverlenende gemeente, voor zover deze subjectief belastingplichtig is en de activiteiten bij haar worden gerekend tot de activiteiten waarvoor zij belastingplichtig is. Ook om deze reden is deze samenwerkingsvorm voor de gemeenten mogelijk minder aantrekkelijk.

In het kader van de VBP geldt overigens dat een materieel nadeel ten opzichte van de huidige situatie slechts zal ontstaan indien de samenwerkingsactiviteit kwalificeert als een 'onderneming'. Daarvoor is van belang of de activiteit een winstoogmerk heeft. Voor zover dit niet het geval is, dan is het niet minder aantrekkelijk om samen te werken op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten.

4. Het tot stand brengen van een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten brengt belangrijke administratieve verplichtingen met zich

Indien uw college niettemin de voorkeur geeft aan een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten, is het van belang om in aanmerking te nemen dat ook die keuze samengaat met administratie inspanningen. In de eerste plaats is in dat verband van belang In dat verband zullen de gemeenten overeenstemming moeten bereiken over de precieze inhoud van de te verlenen dienstverlening, de voorwaarden waaronder deze zullen worden verricht. In samenhang daarmee zullen hanteerbare en toetsbare kwaliteitscriteria moeten worden vastgesteld. De afspraken die de gemeenten in het kader van de samenwerking maken, zullen vervolgens periodiek moeten worden geëvalueerd en (waar nodig) aangepast.

Daarnaast gaat deze keuze gepaard met het opheffen van de BVO, conform de bepalingen die daaromtrent in artikel 15 van de gemeenschappelijke regeling zijn opgenomen. Deze brengen met zich dat uittreding van een college (en daarmee opheffing van de BVO) mogelijk is na toestemming van de raad, met

DATUM CONCEPT 24 september 2020
ONS KENMERK 267724
PAGINA 7 van 7

inachtneming van een opzegtermijn van twee kalenderjaren. Het college dat besluit uit te treden, is dan een schadeloosstelling verschuldigd ter omvang van de bijdrage van de betreffende gemeente in het laatste jaar voor uittreding. Het bestuur van de BVO heeft een belangrijke positie bij de opheffing van de regeling; zijn rol omvat het opstellen van een liquidatieplan en het regelen van de gevolgen van de uittreding. In dat kader dient het bestuur te bevorderen dat de gemeente die achterblijft onverminderd aanspraak kan blijven maken op de door de BVO met leveranciers gemaakte afspraken.

Het organiseren van een samenwerking op basis van dienstverleningsovereenkomsten gaat aldus gepaard met belangrijke administratieve verplichtingen.

5. Slotbevindingen

Gelet op al het voorgaande menen wij dat een voortzetting van de huidige vorm van samenwerking, op basis van een gemeenschappelijke regeling waarbij een bedrijfsvoeringsorganisatie is ingesteld, het meest aangewezen lijkt. De alternatieven gaan gepaard met belangrijke aanbestedingsrechtelijke bezwaren. Hoewel de voornaamste juridische risico's primair de rechtspositie van de gemeente Kaag en Braassem betreffen, stelt ook de gemeente Alphen aan den Rijn zich daarmee bloot aan negatieve consequenties. In dit kader geldt bovendien dat ook het organiseren van een samenwerking op basis van een of meer dienstverleningsovereenkomsten gepaard gaat met belangrijke administratieve verplichtingen.

Wij benadrukken in dit verband dat er ruimte bestaat om wijzigingen aan te brengen de gemeenschappelijke regeling, en de wijze waarop deze nader is uitgewerkt alsmede de organisatiecultuur. Wij menen dat de doelstellingen van uw college op die manier voor een belangrijk deel kunnen worden bereikt, zonder dat een alternatief wordt gezocht voor de samenwerking in een bedrijfsvoeringsorganisatie.

Voor een nadere toelichting van onze bevindingen zijn wij vanzelf steeds beschikbaar.

Hugo Doornhof
Robin Janssen