

Zaaknr. : 16.ZK14177/16.B0237

Kenmerk : 16IT035035

Barcode : 

Verlenen uitsluitend recht aan SNB tot slibverwerking

Doel van de notitie:

Besluitvorming door het algemeen bestuur over verlening van een uitsluitend recht aan SNB tot het uitvoeren van slibverwerkingsopdrachten.

Samenvatting:

Slibverwerking is momenteel via de aanbestedingsrechtelijke mogelijkheid van inbesteding bij Slibverwerking Noord-Brabant (SNB) neergelegd.

Vanwege een afnemende aanvoer van slib vanuit de Waterschappen moet SNB, naast de aandeelhouders, meer voor andere opdrachtgevers gaan werken om onderbezetting van de slibverbrandingsinstallatie (SVI) te voorkomen. Hierdoor kan niet meer worden voldaan aan de aanbestedingsrechtelijke inbestedingsvoorwaarden.

Onderzocht is of er een mogelijkheid is om toch te blijven voldoen aan de aanbestedingsregels. Het verlenen van een uitsluitend recht aan SNB waaronder het waterschap opdrachten aan SNB kan verstrekken biedt deze mogelijkheid. Het vestigen van zo'n uitsluitend recht vindt plaats per verordening, door het AB vast te stellen.

Advies: Het algemeen bestuur stemt in met:

1. het verlenen van een uitsluitend recht aan SNB door vaststelling van de Verordening verlening uitsluitend recht slibverwerking waterschap Brabantse Delta;
2. het neerleggen van de bevoegdheid bij het DB tot verstrekken van een overheidsopdracht (het aangaan van een dienstverlenings-overeenkomst) onder het uitsluitend recht.

Bespreking in:	Vergaderdatum:
☒ Directieteam	30 augustus 2016
☐ Overlegvergadering	
☒ Dagelijks Bestuur	20 september 2016
☐ Georganiseerd Overleg	
☒ Besluitvormend AB	12 oktober 2016

☒ Bijlage(n) bij het besluit Verordening verlening uitsluitend recht slibverwerking waterschap Brabantse Delta	16IT035065
-- Achtergronddocument(en)	

Aanleiding / context

Een aantal Waterschappen (waaronder Brabantse Delta) maakt momenteel gebruik van de mogelijkheid om op basis van inbesteden de opdrachten tot slibverwerking bij SNB onder te brengen. SNB verricht thans het merendeel van haar werkzaamheden voor de aandeelhoudende Waterschappen ($\geq 85\%$), maar het aanbod van communaal slib van de aandeelhoudende Waterschappen neemt af door innovaties op de waterzuiveringen.

Om de kosten voor de aandeelhouders zo laag mogelijk te houden dient onderbezetting van de slibverbrandingsinstallatie te worden voorkomen. Daarbij heeft het de voorkeur van de huidige aandeelhouders dat er nieuwe publieke aandeelhouders (bijvoorbeeld waterschappen) toetreden. Aangezien er momenteel echter geen concrete verwachting is dat deze op korte termijn zullen toetreden, moet SNB meer voor andere opdrachtgevers (niet-aandeelhouders) gaan werken.

Het uitbreiden van deze activiteiten heeft evenwel gevolgen voor de investingsrelatie tussen SNB en de aandeelhoudende Waterschappen. De mogelijkheid tot inbesteden vervalt namelijk op het moment dat SNB meer dan 20% (dit wordt berekend op basis van het gemiddelde van de afgelopen drie jaar) van haar werkzaamheden gaat verrichten voor andere partijen dan de aandeelhoudende Waterschappen (merendeelcriterium). Deze situatie zal zich naar verwachting in 2017 e.v. voordoen.

Beoogd effect

Beoogd wordt om tot een oplossing voor het hierboven geschetste probleem te komen middels vestiging van een uitsluitend recht ten behoeve van SNB.

Argumenten

Zoals aangegeven vervalt, als niet meer wordt voldaan aan het merendeelcriterium, voor de aandeelhouders de mogelijkheid om de opdracht tot het verwerken van slib in te besteden aan SNB. In dat geval moeten de aandeelhouders de slibverwerkingsactiviteiten voor 2017 e.v. Europees aanbesteden, waardoor het mogelijk is dat SNB de opdracht niet gegund krijgt. Indien een andere partij dan SNB de opdracht krijgt, ontstaat het probleem dat de aandeelhouders geen uitvoering meer mogen geven aan de samenwerkingsovereenkomst tussen de Aandeelhouders en SNB, terwijl zij daartoe contractueel wel gehouden zijn. Hierdoor worden de aandeelhouders schadeplichtig richting SNB. Dit betekent dat de aandeelhouders opdraaien voor het verlies aan opbrengsten welke SNB dan lijdt c.q. gaat de investering van de aandeelhouders in SNB mogelijk verloren.

In de zoektocht naar een oplossing, die ervoor zorgt dat SNB via onderhandse gunning zowel werkzaamheden kan (blijven) verrichten voor de aandeelhoudende Waterschappen als opdrachten kan uitvoeren voor andere marktpartijen om zodoende de kosten zo laag mogelijk te houden, is gekomen tot vier mogelijke alternatieven.

Alternatieven

Deze alternatieven waren:

- Alternatief 1: het splitsen van activiteiten door middel van een dochtervennootschap;
- Alternatief 2: het verlenen van een uitsluitend recht;
- Alternatief 3: het aantrekken van nieuwe (publieke) aandeelhouders;
- Alternatief 4: het beperken van de activiteiten voor niet-aandeelhouders.

Het AB is hierover reeds geïnformeerd tijdens de vergadering d.d. 9 december 2015. In die vergadering is besloten een nader onderzoek uit te voeren naar alternatief 1.

Uitkomsten onderzoek: alternatief 1 biedt geen oplossing

In eerste instantie ging de voorkeur uit naar het oprichten van een dochtervennootschap (alternatief 1) waarin alle activiteiten voor niet-aandeelhouders zouden worden ondergebracht. Vanuit praktisch oogpunt was dit alternatief het meest gunstig omdat SNB voor de Waterschappen gebruik zou kunnen blijven maken van de uitzondering van inbesteden en de dochtervennootschap de marktactiviteiten voor haar rekening zou kunnen nemen.

Uit het onderzoek blijkt dat een splitsing van de activiteiten van SNB op zichzelf mogelijk is. Aanbestedingsrechtelijk gezien is een splitsing evenwel geen oplossing voor het probleem aangezien de dochter volledig zelfstandig dient te opereren.

Zo dient de dochter te beschikken over haar eigen middelen om opdrachten te verwerven en uit te voeren. Hiervoor is onder meer vereist dat de dochtervennootschap beschikt over haar eigen (deel van de) slibverwerkingsinstallatie en haar eigen personeel om de installatie te bedienen. Het realiseren van dit vereiste stuit op te veel praktische bezwaren.

De SVI is bijvoorbeeld één geheel: de bunker waar het slib binnenkomt, de verschillende verbrandingslijnen en de algemene controlekamer zijn niet of onvoldoende scheidbaar. Hierdoor is een eventuele terbeschikkingstelling van een deel van de SVI door SNB aan de dochtervennootschap te onbepaald om deze terbeschikkingstelling te kunnen kwalificeren als een huurovereenkomst tussen SNB en de dochtervennootschap. Bovendien zou SNB wel personeel kunnen detacheren bij de dochtervennootschap, maar blijkt het praktisch niet mogelijk om dat personeel vervolgens enkel in te zetten bij de verwerking van slib dat afkomstig zou zijn uit opdrachten van de dochtervennootschap. Om dezelfde redenen is ook een juridische splitsing van activiteiten geen oplossing.

Nadat bleek dat alternatief 1 (het splitsen van activiteiten door middel van een dochtervennootschap) geen oplossing bood hebben de Waterschappen en SNB vervolgens gezamenlijk de andere mogelijkheden nader onderzocht.

Gebleken is dat alternatief 3 niet realiseerbaar is, omdat er zich geen potentiële nieuwe aandeelhouders hebben gemeld.

Alternatief 4 leidt tot een kostentoeename voor de Waterschappen met circa 30% ten opzichte van het kostenniveau 2015. Vanuit economisch perspectief wordt dit derhalve niet gezien als een aanvaardbare oplossing.

Het verlenen van een uitsluitend recht (alternatief 2) heeft de voorkeur. Hieronder wordt daar nader op ingegaan.

Oplossing: Het verlenen van een uitsluitend recht

Met het verlenen van een uitsluitend recht wordt aan een bepaalde onderneming het recht voorbehouden om bij uitsluiting van andere partijen binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of activiteit uit te oefenen voor de betreffende aanbestedende dienst. Om die reden is het verlenen van een uitsluitend recht slechts onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd.¹

Zo zal onder meer voor het publiek voldoende kenbaar moeten zijn dat een uitsluitend recht is verleend (en aan wie) en moet het uitsluitend recht verenigbaar zijn met (de beginselen van) het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

De juristen van SNB (advocaat van Eversheds) en de Waterschappen hebben de situatie getoetst aan deze voorwaarden en geconcludeerd dat het verlenen van een uitsluitend recht in het onderhavige geval juridisch mogelijk is.

De betreffende onderneming kan daarnaast natuurlijk ook diensten en activiteiten blijven verrichten voor andere (derde) partijen dan de aanbestedende dienst.

Een uitsluitend recht kan door middel van een verordening gevestigd worden. Dit uitsluitend recht is te beschouwen als de paraplu waaronder de aanbestedende dienst (lees waterschap), binnen de reikwijdte van dit verleende recht, rechtstreeks opdrachten kan verstrekken met een bepaalde duur aan de ontvangende aanbestedende dienst (lees SNB) binnen een bepaalde regio. De wetgever heeft het uitsluitend recht beperkt in geografische omvang en doelgroep, maar heeft niets bepaald over de duur of herroepbaarheid van een dergelijk recht.²

Een uitsluitend recht kan derhalve voor onbepaalde tijd worden verleend, maar kan desgewenst ook weer op ieder moment worden ingetrokken (door intrekking van de verordening).

Het criterium "geografische omvang" wordt overigens niet echt duidelijk omschreven. Jurisprudentie wijst echter uit dat een geografische beperking tot het beheersgebied van het waterschap in ieder geval binnen het kader van dit criterium valt.

Het is verstandig om het uitsluitend recht tijdig te vestigen omdat, zoals hierboven reeds gesteld, naar verwachting vanaf enig moment in 2017 een situatie ontstaat waarin SNB minder dan 80% van de jaarlijkse omzet uit opdrachten van de aandeelhouders behaalt. Vanaf dat moment komt het merendeelcriterium (de investeringsvoorwaarde) in het geding waardoor de mogelijkheid tot investeren zal vervallen en kan het uitsluitend recht niet meer via de huidige investeringsrelatie aan SNB worden verleend.

¹ Europese Commissie, Werkdocument van de diensten van de commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ("publiek-publieke samenwerking"), Brussel, 4.10.2011 SEC (2011) 1169 definitief, p. 23 en jurisprudentie in voetnoot 60.

² Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 43.

Verstrekken van een opdracht onder het uitsluitend recht

Het verlenen van een uitsluitend recht moet, zoals hiervoor kort uiteengezet, worden onderscheiden van het verstrekken van een overheidsopdracht zelf (het aangaan van een dienstverlenings-overeenkomst). Het gevestigde uitsluitend recht dient als het ware als een paraplu, waaronder individuele opdrachten onderhands kunnen worden verstrekt.

Binnen het kader van het uitsluitend recht kan en moet om onder de werking van het uitsluitend recht te komen, nadat dit recht is verleend door het Algemeen Bestuur, een opdracht tot verwerken van slib worden verstrekt in de vorm van een dienstverleningsovereenkomst. Het voorstel is om deze bevoegdheid, voor zover niet reeds het geval, bij het Dagelijks Bestuur te beleggen aangezien het om een uitvoeringshandeling gaat.

Het uitsluitend recht is op voorgestelde wijze in ieder geval tijdig gevestigd (voor we in de situatie verkeren dat niet meer voldaan wordt aan de criteria voor inbesteding). Maar aangezien in 2017 ook nog wordt voldaan aan de criteria van inbesteding, hoeft er niet op stel en sprong een dienstverleningsovereenkomst te worden aangegaan. Hierdoor heeft het Dagelijks Bestuur voldoende tijd om de inhoud van de dienstverleningsovereenkomst af te stemmen met de samenwerkende Waterschappen (aandeelhouders) en kan te zijner tijd de inhoud van de dienstverleningsovereenkomst worden afgestemd met de uitkomsten (kader) van de slibstrategiestudie, die in opdracht van het AB wordt uitgevoerd (in de dienstverleningsovereenkomst kan dan bijvoorbeeld rekening worden gehouden met actuele ontwikkelingen door ruimte voor innovatieve technieken te creëren, als dit een van de conclusies zou zijn uit de slibstrategiestudie). Tevens kan te zijner tijd beoordeeld worden op welke wijze de dienstverleningsovereenkomst zich verstaat tot de samenwerkingsovereenkomst.

Kanttekeningen en risico's

Beperkingen in de toekomst

Het vestigen van een uitsluitend recht had niet de voorkeur boven een splitsing van activiteiten (oprichting dochter) omdat er in de toekomst, waarschijnlijk pas over 5 tot 10 jaar, een risico aanwezig is dat in een nieuwe EU richtlijn er beperkingen zullen worden gesteld aan de maximale duur van het uitsluitend recht, de toepassingsvoorwaarden en/of dat deze uitzondering geheel komt te vervallen. Dan zou de dienst bestaande uit het verwerken van slib alsnog moeten worden aanbesteed.

Dit risico moet evenwel genomen worden bij gebrek aan betere alternatieven. Mocht dit risico zich over 5 tot 10 jaar inderdaad manifesteren dan is er, gezien de totstandkoming van de desbetreffende EU richtlijn (implementatie termijn is meestal meerdere (2) jaren), voldoende tijd om op dat moment adequate maatregelen te treffen. Welke maatregelen dat zijn zal afhankelijk zijn van de inhoud van deze richtlijn en het daarbij vastgestelde overgangsrecht.

Gevolgen voor de bestaande samenwerkingsovereenkomst

Tussen de Waterschappen en SNB geldt op dit moment de samenwerkingsovereenkomst van 1 juli 2010. De huidige samenwerkingsovereenkomst is een combinatie van een overeenkomst over onderlinge samenwerking tussen de aandeelhouders van SNB (aandeelhoudersovereenkomst) en een overeenkomst tot opdrachtverstrekking aan SNB (dienstverleningsovereenkomst). Deze overeenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd.

Het verlenen van het uitsluitend recht heeft in beginsel contractueel gezien geen effect op de geldigheid van deze overeenkomst.

Aanbestedingsrechtelijk gezien zijn de gevolgen evenwel anders. Aangezien het uitsluitend recht pas ná het verlenen ervan de mogelijkheid biedt tot het verstrekken van opdrachten binnen dit kader valt de reeds bestaande opdracht tussen de Waterschappen en SNB ook niet vanzelfsprekend onder de reikwijdte van het uitsluitend recht.

Derhalve dient na het verlenen van het uitsluitend recht, en wanneer niet meer aan de criteria van inbesteding wordt voldaan, een nieuwe overeenkomst te worden gesloten voor het verstrekken van een opdracht binnen het kader van het verleende uitsluitend recht.

In deze dienstverleningsovereenkomst wordt onder andere bepaald welke taken, tegen welke condities en voorwaarden, voor welke tarieven en gedurende welke periode de opdracht wordt uitgevoerd.

De huidige samenwerkingsovereenkomst ziet dan alleen nog op de onderlinge afspraken tussen de samenwerkende aandeelhouders. Deze kan dan in ietwat uitgekleepte vorm blijven bestaan (enkel als "aandeelhoudersovereenkomst", zoals hierboven reeds benoemd) omdat deze afspraken nog steeds gelding hebben. In de nieuw op te stellen dienstverleningsovereenkomst kan indien noodzakelijk daarnaar verwezen worden.

Mochten de aandeelhouders echter op de lange termijn (in ieder geval na december 2017) ook het gedeelte, dat nu als "aandeelhoudersovereenkomst", wordt aangeduid willen vernieuwen omdat deze geen recht meer doet aan de situatie dan kan dat natuurlijk te zijner tijd opgepakt worden.

Financiële dekking

Er zijn geen extra financiële consequenties.

Uitvoering

Te doorlopen procedure

De verordening moet worden vastgesteld en in het waterschapsblad worden bekendgemaakt.

Op dit moment is het voorstel om enkel het uitsluitend recht te verlenen via bijgevoegde verordening (Bijlage 1) en nog geen concrete opdracht(en) te verstrekken. De verwachting is namelijk dat gedurende (een deel) van 2017 nog gebruik gemaakt kan worden van de mogelijkheid tot inbesteden. Wanneer dit niet meer mogelijk is zal de concrete opdracht middels een dienstverleningsovereenkomst onder de paraplu van het uitsluitend recht verstrekt moeten worden.

Ten aanzien van de formele voorbereiding van de verordening waarmee het uitsluitend recht kan worden gevestigd heeft afstemming tussen de aandeelhouders plaatsgevonden of de verordening met inspraak voorbereid moet worden. De Waterschappen binnen het kader van winnend samenwerken (Aa en Maas, de Dommel en Brabantse Delta) hebben op dit punt besloten één lijn te volgen en de nota niet in inspraak te brengen.

Communicatie

Na vaststelling van de verordening wordt deze bekendgemaakt in het waterschapsblad op www.overheid.nl. Tegen het besluit tot vaststelling van de verordening staat geen bezwaar of beroep open.

Relatie met beleidsvelden

- Winnend Samenwerken in Brabant

Een en ander is samen met collegae van andere waterschappen (aandeelhouders SNB), waaronder Aa en Maas en de Dommel, tijdens verschillende overleggen afgestemd. Bij de andere aandeelhouders wordt het vestigen van het uitsluitend recht momenteel ook voorbereid en in procedure gebracht. Het streven is dat besluitvorming bij alle aandeelhouders uiterlijk in december 2016 heeft plaatsgevonden.

- Bijdrage aan doelen voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen

-