

MEMO



STRIKT VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE
ADVOCAAT/CLIËNT

AAN Openbaar lichaam GRR Blink
t.a.v. de heer Mark Vaal

VAN Prof. Mr. Pieter Kuypers/Dennis van Tilborg
Advocaat-Partner/Advocaat-Partner
TELEFOON +32 (0)4 96 12 21 94
FAX +32(0)2 629 42 22
E-MAIL pkuypers@akd.eu/dvantilborg@akd.nl

DATUM 2 februari 2022
ONS KENMERK PHK/DVT
KOPIE AAN

ONDERWERP Eindversie – Aanbestedingsrechtelijke toets construct GR Blink

I. INLEIDING EN RELEVANTE FEITEN

1. De Gemeenschappelijke Regeling Reiniging 'Blink' (hierna ook: 'GR Blink') is een gemeenschappelijke regeling - ingericht als openbaar lichaam - op grond van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen. De GR Blink is een samenwerkingsverband tussen de gemeenten Helmond, Gemert-Bakel, Asten, Deurne, Heeze-Leende, Laarbeek, Nuenen en Someren (hierna ook: 'de Gemeenten'), enerzijds, en de private samenwerkingspartner PreZero Gemeentelijke Dienstverlening B.V. (hierna ook: 'PreZero'), anderzijds. Per 1 januari 2022 treedt tevens de gemeente Son en Breugel toe tot de Regeling.
2. Op grond van artikel 5 Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink 2017 is de GR Blink belast met de uitvoering van vier taken, te weten:
 - a. De inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen;
 - b. De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen;
 - c. De zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidsbestrijding;
 - d. De sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen.
3. PreZero Gemeentelijke Dienstverlening B.V. – in dit memorandum verder ook aangeduid als PreZero – is in concernverband verbonden met PreZero International GmbH, onderdeel van de 'Schwarz Gruppe' een multinational die met name actief is in de retail-sector. De activiteiten van de entiteit PreZero lijken te zijn beperkt tot leveringen en diensten aan de GR Blink met het oog op de uitvoering van de bij de Regeling feitelijk ondergebrachte afvalinzamelings- en reinigingstaken. Daarnaast faciliteert PreZero onder meer ook de huisvesting en het wagenpark.

Ontstaan en ontwikkeling GR Blink

4. De GR Blink is in de jaren 2000 en 2001 ontstaan als Publiek Private Samenwerking (hierna ook: 'PPS') tussen de Gemeente Helmond en Watco Recycling Zuid BV/Watco Gemeentelijke Dienstverlening BV (hierna ook: 'Watco') op het gebied van afvalinzameling en reiniging en beheer van de openbare ruimte. Watco is een rechtsvoorganger van PreZero, en was voor toetreding tot de Regeling een private onderneming actief op het gebied van afvalinzameling en

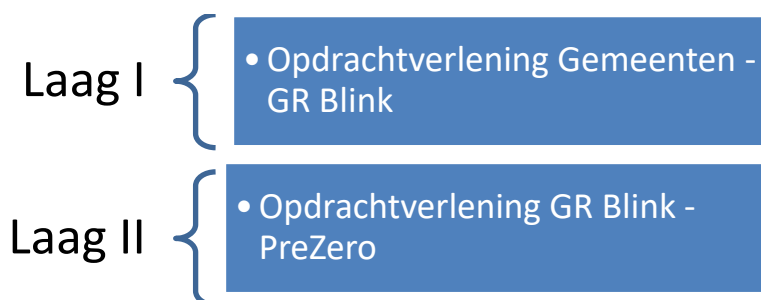
DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 2 van 37

reiniging. Watco is bij Koninklijk Besluit van 11 september 2001 gemachtigd tot deelname aan de Regeling. Bij Koninklijk Besluit van 24 november 2021 is rechtsopvolger PreZero gemachtigd tot deelname aan de Regeling. In dit memorandum gaan wij ervanuit dat in de tussenliggende jaren de machtiging van toepassing is geweest op de rechtsopvolgers en -voorgangers van Watco en PreZero, te weten, achtereenvolgens, SITA Gemeentelijke Dienstverlening BV en SUEZ Gemeentelijke Dienstverlening BV.

5. Uit de stukken die zijn gevonden in het regionale archief in Eindhoven blijkt dat in 1998 een participatienota is opgesteld door de gemeente Helmond waarin de uitgangspunten van de PPS zijn beschreven, op grond waarvan drie bedrijven zijn uitgenodigd om hun visie te geven – met inbegrip van een presentatie - over het aangaan van een samenwerking met de gemeente Helmond op het gebied van afvalinzameling en reiniging. Twee bedrijven hebben destijds aangegeven interesse te hebben in deze samenwerking; deze twee bedrijven hebben vervolgens een visie gepresenteerd. Uiteindelijk heeft het college van B&W van de gemeente Helmond op 25 januari 2000 besloten verder te onderhandelen met Watco op basis van het door Watco ingediende strategisch management plan.
6. Blijkens de concept intentieverklaring en het ondernemingsplan die zijn opgesteld in dezelfde periode, is bewust gekozen voor de juridische vorm van een gemeenschappelijke regeling en de oprichting van een openbaar lichaam met deelname van een private samenwerkingspartner; en om in dit openbaar lichaam de gemeentelijke taken op het gebied van afvalinzameling en reiniging onder te brengen.
7. De Regeling in huidige vorm stoelt grotendeels op het fundament zoals dit in de concept intentieverklaring en het ondernemingsplan uit de jaren 2000 en 2001 is vastgelegd. Daaruit blijkt onder meer dat de Regeling voor onbepaalde tijd is aangegaan, waarbij elke drie jaar een evaluatie plaatsvindt, mede om het ‘juridisch functioneren’ van de Regeling op o.a. aanbestedingsrechtelijk en milieurechtelijk gebied na te gaan, alsmede de prijs-kwaliteitsverhouding van de door de GR Blink verleende diensten. Tevens is hierin het financiële fundament vastgelegd zoals dit (grotendeels) ook in 2021 nog geldt.
8. In de loop der jaren is met name het geografisch gebied waar de GR Blink haar diensten verleent uitgebreid. Zo is kort na de oprichting door de gemeente Helmond, de gemeente Gemert-Bakel toegetreden, gevolgd door toetreding van de gemeenten Laarbeek, Nuenen, Asten, Someren, Deurne, Heeze-Leende en, per 1 januari 2022, de gemeente Son en Breugel. De gemeenten hebben daarbij (veelal) beoogd de GR Blink aan te wijzen als afvalinzamelingsdienst, dan wel als de aangewezen dienst om uitvoering te geven aan de gemeentelijke taken op het gebied van de inzameling van huishoudelijk afval en reiniging en beheer van de openbare ruimte.

Rolverdeling en financiering GR Blink

9. De rolverdeling binnen de Regeling is in het kort als volgt.
10. De GR Blink wordt gefinancierd door de Gemeenten. De GR Blink verkrijgt haar middelen van de individuele Gemeenten voor de door haar geleverde diensten aan de desbetreffende gemeente. Deze vergoeding vindt plaats aan de hand van een jaarlijks vastgestelde begroting per gemeente, welke uiteindelijk wordt verrekend met de daadwerkelijke kosten ten opzichte van de geleverde diensten. De diensten die de Gemeenten via de GR Blink betrekken zijn vastgelegd in een Dienstverleningsovereenkomst (hierna ook: 'DVO'). In dit memorandum zal de DVO, die betrekking heeft op de opdrachtverlening in de relatie tussen de Gemeenten en de GR Blink ook worden aangeduid als 'Laag I'.
11. De GR Blink heeft een Algemeen Bestuur en een Dagelijks Bestuur. In het Algemeen Bestuur nemen daartoe aangewezen leden van het college van B&W van de individuele Gemeenten zitting, evenals een lid dat is aangewezen door de private samenwerkingspartner, PreZero. Het Dagelijks Bestuur bestaat uit drie leden, die gekozen worden uit de leden van het Algemeen Bestuur; waarbij het lid van de private samenwerkingspartner PreZero standaard wordt aangewezen als lid van het Dagelijks Bestuur. Het is gebruikelijk dat bij stemmingen in het Algemeen Bestuur en Dagelijks Bestuur, het lid van PreZero zich voegt naar de vigerende stem onder de door de Gemeenten aangewezen bestuursleden. De Directeur van de GR Blink, heden ten dage de heer Mark Vaal, is blijkens de Regeling voorgedragen door de private samenwerkingspartner en is op dit moment in dienst bij PreZero.
12. De door de GR Blink verleende diensten op het gebied van afvalinzameling en reiniging worden gefaciliteerd door PreZero. Tevens vindt additionele inkoop plaats bij externe (derde) partijen. Het openbaar lichaam GR Blink heeft beperkt eigen vermogen, en (dus) geen reserves, en is daarmee bij de uitvoer van haar activiteiten afhankelijk van de financiële inbreng van de Gemeenten enerzijds, en de materiële inbreng van de private samenwerkingspartner PreZero en derden, anderzijds. PreZero investeert onder meer in het rollend materieel, en verzorgt tevens de ICT-dienstverlening, het wagenparkbeheer, human resource management en huisvesting (kantoor, stalling, op- en overslaghal). Voor het verschaffen van het zogenaamde 'materieel en materiaal' ontvangt PreZero huur- en leasevergoedingen; daarnaast ontvangt PreZero jaarlijks een management fee over de omzet, en in de Regeling is een bonus/malusregeling vastgelegd. De GR Blink betreft voor ongeveer de helft van haar inkoopwaarde bij PreZero, de andere helft wordt buiten PreZero op de markt gezet. De inkoopwaarde van PreZero bedraagt, bij benadering, €500 000,- aan overhead; €2,2 miljoen aan materieel; €3,5 miljoen voor (afval)verwerking; €550 000,- voor 'overige' zaken. De door PreZero aan de GR Blink verleende, dan wel te verlenen, diensten en leveringen zijn vastgelegd in een Service Level Agreement (hierna: 'SLA'). In dit memorandum zal de SLA, die betrekking heeft op de opdrachtverlening in de relatie tussen de GR Blink en de private samenwerkingspartner PreZero ook worden aangeduid als 'Laag II'.



13. Het vaste personeel - zeventig man - is in dienst van Personeel Blink BV. Een apart opgerichte vennootschap volledig in het bezit van het openbaar lichaam de GR Blink. Daarnaast levert een vaste leverancier circa dertig uitzendkrachten, en heeft de GR Blink tevens beschikking over circa dertig werknemers met een afstand tot de arbeidsmarkt. Gezien de focus van de onderzoeksopdracht aan AKD op de hiervoor genoemde Lagen I en II zal de personeelssituatie in de rest van dit memorandum buiten beschouwing worden gelaten.
14. Voor het overige geldt dat uittreding dient te geschieden met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar, uiterlijk op 1 januari van het daaraan voorafgaande jaar. Waarbij de uitkomst van de driejarige evaluatie wordt benoemd als reden voor opzegging en uittreding.

Aanleiding onderzoeksopdracht AKD

15. De GR Blink heeft in 2021 wederom een driejaarlijkse evaluatie laten uitvoeren, ditmaal is deze evaluatie vervat in een rapport van 29 september 2021 van consultancy bureau Berenschot. In dit rapport worden twijfels geuit over de juridische rechtmatigheid van de GR Blink in haar huidige vorm. Deze twijfels zien met name op de rechtmatigheid vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief, en meer in het bijzonder op de juridische basis op grond waarvan:
 - I. De Gemeenten opdrachten verlenen aan de GR Blink (laag I);
 - II. De GR Blink opdrachten verleent aan PreZero (laag II).
16. Deze constatering is in weerwil van eerdere adviezen en evaluaties die de GR Blink op dit punt heeft ontvangen. Echter, de laatste jaren zijn meer signalen ontvangen, onder meer van accountants, waarbij de rechtmatigheid van de huidige juridische constructie in twijfel wordt getrokken.
17. Voor de aanbestedingsrechtelijke toets is in het bijzonder van belang of een geslaagd beroep kan worden gedaan op de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten, waarbij met name dient te worden gedacht aan:
 - a. Alleenrecht (ook wel: uitsluitend recht);
 - b. (Quasi-)Inbesteding;
 - c. Publiek-publieke samenwerking.

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 5 van 37

18. Met betrekking tot Laag I is het van belang dat een groot deel van de Gemeenten is uitgegaan van de aanbestedingsrechtelijke rechtmatigheid van de constructie op basis van een alleenrechtverordening waarin de GR Blink is aangewezen als afvalinzamelingsdienst op het grondgebied van de desbetreffende gemeente. Daarmee is, naast de meer specifiek aanbestedingsrechtelijke vraag, ook een vraag van algemeen bestuursrechtelijke aard ontstaan:
 - III. Zijn de door de individuele gemeenten verleende alleenrechten toereikend? En, in geval hiaten worden geconstateerd: wat zijn hiervan de gevolgen, welke risico's zijn hieraan verbonden?

Bij beantwoording van deze vraag is de toebedeling en onderverdeling van de taken, zoals geciteerd in paragraaf 2 van belang.

19. Kort en goed, ziet de adviesvraag vanuit de GR Blink op de rechtmatigheid van de huidige constructie waarbij op twee niveau's mogelijk aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten worden verleend. In dit memorandum zal puntsgewijs worden ingegaan op de in de paragrafen 15, 16 & 18 uiteengezette vragen en onderwerpen, waarbij alvast mogelijke oplossingsrichtingen zullen worden benoemd. Deze antwoorden zullen worden samengevat in een managementsamenvatting, te vinden onder II; de toelichting en onderbouwing van deze antwoorden is te vinden onder III.

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 6 van 37

II. MANAGEMENTSAMENVATTING

1. In deze managementsamenvatting zal eerst de bestuursrechtelijke analyse met betrekking tot de verlening van uitsluitende rechten aan de GR Blink worden samengevat. Deze analyse heeft betrekking op de rechtmatigheid van de opdrachtverlening van de Gemeenten aan de GR Blink, Laag I. Daarna zullen op basis van deze analyse de uitkomsten van aanbestedingsrechtelijke toets kort worden weergegeven, deze zal betrekking hebben op zowel Laag I als Laag II.

Bestuursrechtelijke analyse opdrachtverlening Gemeenten – GR Blink

2. In ons advies gaan wij uit van het volgende:
 - i) De gemeenschappelijke regeling is rechtsgeldig en alle deelnemers zijn rechtsgeldig tot de gemeenschappelijke regeling toegetreden, en
 - ii) De deelnemende gemeenten hebben allemaal een overeenkomst gesloten met de gemeenschappelijke regeling Blink over de door Blink te verrichten diensten en de te verrichten activiteiten.
3. Op grond van artikel 5 van de Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink 2017 is Blink belast met vier taken:
 - De inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen (onder a)
 - De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen (onder b)
 - De zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidbestrijding (onder c)
 - De sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen (onder d)

Ad a. De inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen

4. Voor de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van huishoudelijke afvalstoffen kunnen de deelnemende gemeenten een uitsluitend recht aan Blink

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 7 van 37

verlenen door Blink aan te wijzen als inzameldienst. De inzameling (en het beheer) van huishoudelijke afvalstoffen is namelijk een aan de gemeenten opgedragen wettelijke taak. Het is aan de gemeenten om te bepalen hoe zij invulling willen geven aan die taak. Er bestaat een wettelijke grondslag in artikel 10.24 Wet milieubeheer om een inzameldienst bij of krachtens de gemeentelijke Afvalstoffenverordening aan te wijzen.

5. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van huishoudelijke afvalstoffen, dient Blink (1) te zijn aangewezen als inzameldienst bij of krachtens de gemeentelijke Afvalstoffenverordening, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente te hebben tot het verkrijgen van de opdracht tot inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van huishoudelijke afvalstoffen.

Ad b. De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen

6. De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen valt onder de zorgplicht van het beheer van huishoudelijke afvalstoffen door de gemeente. Voor deze taak geldt dus hetzelfde als voor de taak onder a. Uit artikel 5, eerste lid, onder b Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink 2017 volgt dat de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel overeen dienen te komen dat Blink deze taak zal gaan uitvoeren.
7. Voor de verwijdering van KWD-bedrijfsafvalstoffen bestaat echter geen publiekrechtelijke bevoegdheid voor de gemeente op grond waarvan aan Blink een uitsluitend recht verleend kan worden. Weliswaar kan de gemeenteraad een verordening opstellen voor alle zaken die binnen de huishouding van de gemeente vallen, maar de Wet milieubeheer verzet zich tegen het toewijzen van een inzameldiensten voor bedrijfsafvalstoffen door gemeenten. In zoverre kan de gemeente aan Blink geen uitsluitend recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit verlenen met betrekking tot de verwijdering van KWD-bedrijfsafvalstoffen.

Ad c. De zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidsbestrijding

8. Reinigingstaken en gladheidsbestrijding zijn taken die voortvloeien uit de wettelijke onderhoudsplicht voor de gemeente (lees: een publiekrechtelijke taak) van de openbare wegen binnen het gemeentelijke grondgebied. Bij of krachtens verordening kan dus een uitsluitend recht worden verleend.
9. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor reinigingstaken met betrekking tot openbare gemeentelijke wegen (inclusief gladheidsbestrijding) dient Blink (1) een uitsluitend recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit verleend te krijgen, waarbij Blink het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied deze taak uit te oefenen, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst van opdracht met de gemeente te hebben tot het uitvoeren van de opdracht voor reinigingstaken met betrekking tot openbare gemeentelijke wegen. Uit artikel 5, eerste lid, onder c,

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 8 van 37

van de Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink 2017 volgt dat de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel overeen dient te komen dat Blink deze taak zal gaan uitvoeren.

Ad d. De sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen

10. Deze taken vallen naar wij menen – impliciet dan wel expliciet – onder de gemeentelijke zorgplicht voor het beheer van huishoudelijke afvalstoffen. Voor deze taak kan een gemeente aan Blink een uitsluitend recht verlenen.
11. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen, dient Blink (1) te zijn aangewezen als inzameldienst bij of krachtens de gemeentelijke Afvalstoffenverordening, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst van opdracht met de gemeente te hebben tot het verkrijgen van de opdracht tot de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen.

Aan Blink verleende uitsluitende rechten

12. De onderstaande gemeenten hebben slechts een gedeeltelijk uitsluitend recht aan Blink verleend voor de taken onder a, (deels) b en d:
 - Helmond (per 1 januari 2017)
 - Nuenen (per 21 juli 2018)
 - Laarbeek
 - Indien en voor zover het collegebesluit met betrekking tot de milieustraat rechtsgeldig bekend is gemaakt, dan is aan Blink per 1 januari 2013 het uitsluitend recht toegekend voor de inzameling, het transport en de verwerking van de verschillende milieustraatstromen en het beheer van de milieustraat.
 - Indien en voor zover het collegebesluit de dienstverlening met betrekking tot datamanagement, Milieu Informatie Centrum (MIC) en Servicedienst rechtsgeldig bekend is gemaakt en deze taken vallen onder beheer van huishoudelijke afvalstoffen, dan is aan Blink het uitsluitend recht toegekend om dienstverlening met betrekking tot datamanagement, Milieu Informatie Centrum (MIC) en Servicedienst uit te voeren per 1 januari 2017.
 - Asten
 - Pas per 21 november 2021 is Blink als inzameldienst aangewezen. Daarvoor was Cotrans Recycling B.V. uit Deurne aangewezen als inzameldienst.
 - Someren
 - Pas 1 juni 2017 is Blink als inzameldienst aangewezen.
13. De onderstaande gemeenten hebben Blink niet aangewezen als inzameldienst, zodat aan Blink

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 9 van 37

geen rechtsgeldig uitsluitend recht is verleend voor de taken onder a, (deels) b en d:

- Gemert-Bakel
- Deurne
- Heeze-Leende
- Son en Breugel (pas na bekendmaking van het definitieve Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening gemeente Son en Breugel 2021 zal Blink rechtsgeldig zijn aangewezen als inzameldienst).

14. Geen enkele gemeente heeft Blink een uitsluitend recht verleend voor de uitvoering van reinigingsstaken, inclusief gladheidsbestrijding, met betrekking tot openbare gemeentelijke wegen. Alleen de gemeente Asten heeft mogelijk voor het jaar 2017 een uitsluitend recht verleend voor het onkruid- en veegbeheer, indien en voor zover het desbetreffende collegebesluit daadwerkelijk is genomen en rechtsgeldig bekend is gemaakt.

15. Schematisch kunnen de bovenstaande conclusies als volgt worden weergegeven:

Art. 5 GRR – geldig uitsluitend recht?	Helmond	Gemert- Bakel	Laarbeek*	Nuenen	Asten	Someren	Deurne	Heeze- Leende	Son en Breugel
a – Inzameling huishoudelijk	Per 1 januari 2017	X	X	Per 21 juli 2018	Per 21 november 2021	Per 1 juni 2017	X	X	X
b – verwijdering huishoudelijk	Per 1 januari 2017	X	X	Per 21 juli 2018	Per 21 november 2021	Per 1 juni 2017	X	X	X
b – verwijdering KWD-bedrijfsaval	X	X	X	X	X	X	X	X	X
c – Reiniging wegen	X	X	X	X	X**	X	X	X	X
d – sortering, vermarkting en (eind)bewerking huishoudelijk	Per 1 januari 2017	X	x	Per 21 juli 2018	Per 1 november 2021	Per 1 juni 2017	X	X	X

* In de gemeente Laarbeek is per 1 januari 2013 wel het uitsluitend recht verleend voor de inzameling, het transport en de verwerking van de verschillende milieustraatstromen en het beheer van de milieustraat. Tevens is per 1 januari 2017 aan Blink het uitsluitend recht toegekend om dienstverlening met betrekking tot datamanagement, Milieu Informatie Centrum (MIC) en Servicedienst uit te voeren

** Indien en voor zover het daartoe strekkende collegebesluit daadwerkelijk is genomen en rechtsgeldig bekend is gemaakt, is aan Blink een uitsluitend recht toegekend voor het onkruid- en veegbeheer voor 2017.

Aanbestedingsrechtelijke analyse opdrachtverlening Gemeenten – GR Blink en opdrachtverlening GR Blink – PreZero

16. In zowel Laag I – verhouding Gemeenten – GR Blink, als in Laag II – verhouding GR Blink – PreZero, is sprake van de plaatsing van aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten. Ook staat vast dat deze opdrachtverlening niet is of niet wordt aanbesteed, met uitzondering van de initiële oprichting van de GR Blink door de gemeente Helmond, waarbij het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel ogenschijnlijk niet is gehonoreerd.
17. De gevolgtrekking is dat om van rechtmatigheid van de opdrachtverlening in Laag I en Laag II te kunnen spreken, sprake moet zijn van een geslaagd beroep op een van de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Waarbij de meest relevante zijn: verlening van een geldig alleenrecht (in bestuursrechtelijke termen 'uitsluitend recht'); quasi-inbesteding en publiek-publieke samenwerking. De voorwaarden om aan deze uitzonderingen te voldoen zijn hieronder kort schematisch weergegeven, waarbij '✓' een voorwaarde indiceert waaraan is voldaan; -/- een voorwaarde indiceert waaraan deels is voldaan; en 'X' een voorwaarde indiceert waaraan niet is voldaan. De voorwaarden zijn cumulatief, dat wil zeggen: als aan één voorwaarde niet is voldaan, kan géén geslaagd beroep op deze uitzondering gedaan worden.

Voor wat betreft Laag I, de opdrachtverlening tussen de Gemeenten – GR Blink:

Alleenrecht	Quasi-inbesteding	Publiek-publieke samenwerking
• Alleenrecht verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst - ✓ • Uitsluitend recht gegeven bij (rechtsgeldig) vooraf bekend gemaakt wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan - -/- • Alleenrecht verleend in overeenstemming met overig Europees recht, inclusief de aanbestedingsregels - X	• Toezicht als op eigen diensten: • Doorslaggevende invloed op strategische en de belangrijkste beslissingen - X • Opdrachtnemer verricht het merendeel van de activiteiten voor de opdrachtgever - ✓ • Geen private deelneming - X	• Uitsluitend overheden c.q. aanbestedende diensten zijn betrokken bij de opdracht: • Geen particuliere dienstverlener wordt direct of indirect bevoordeeld - X • Taak waar samenwerking betrekking op heeft wordt niet verricht door particuliere dienstverrichters - X

Voor wat betreft Laag II, de opdrachtverlening tussen de GR Blink – PreZero:

Alleenrecht	Quasi-inbesteding	Publiek-publieke samenwerking
• Alleenrecht verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst - X • Uitsluitend recht gegeven bij (rechtsgeldig) vooraf bekend gemaakt wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan - X • Alleenrecht verleend in overeenstemming met overig Europees recht, inclusief de aanbestedingsregels - X	• Toezicht als op eigen diensten: • Doorslaggevende invloed op strategische en de belangrijkste beslissingen - X • Opdrachtnemer verricht het merendeel van de activiteiten voor de opdrachtgever - ✓ • Geen private deelneming - X	• Uitsluitend overheden c.q. aanbestedende diensten zijn betrokken bij de opdracht: • Geen particuliere dienstverlener wordt direct of indirect bevoordeeld - X • Taak waar samenwerking betrekking op heeft wordt niet verricht door particuliere dienstverrichters - X

18. Onze conclusies – zoals toegelicht onder III – luiden dus als volgt.

- i. In de verhouding **Gemeenten – GR Blink – Laag I**, kan op het moment van adviseren **geen geslaagd beroep worden gedaan op de uitzonderingen**.
- ii. In de verhouding **GR Blink – PreZero – Laag II**, kan op het moment van adviseren **geen geslaagd beroep worden gedaan op de uitzondering**.

19. De overeenkomsten gesloten op basis van het DVO – Laag I, en het SLA – Laag II, zijn daarmee

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 12 van 37

onrechtmatig omdat de aanbestedingsplicht niet gehonoreerd wordt.

20. In het licht van het feit dat de GR Blink inmiddels meer dan achttien jaar bestaat, kan deze **onrechtmatigheid** echter maar **beperkt worden tegengeworpen voor wat betreft reeds gesloten overeenkomsten**. De termijn voor vernietiging van onrechtmatige onderhands gegunde en gesloten overeenkomsten is zes maanden.
21. Echter, de **beperkte vernietigbaarheid van reeds gesloten overeenkomsten verandert de conclusie niet dat sprake is van een onrechtmatigheid die opgeheven dient te worden**. Daarnaast kunnen toekomstige overeenkomsten die niet conform de aanbestedingsregels worden gesloten, en die niet te herleiden zijn tot overeenkomsten die niet langer aantastbaar zijn, in rechte worden vernietigd.
22. Wij denken echter ook dat er **verschillende oplossingen** mogelijk zijn waarmee een **nieuwe rechtmatige constructie** kan worden opgezet.

III. UITWERKING PER RECHTSGEBIED

Uitwerking analyse vanuit bestuursrechtelijk perspectief

Juridische grondslag voor de opdrachtverstrekking van de gemeenten aan Blink

Uitgangspunten

1. In ons advies gaan wij uit van het volgende:
 1. De gemeenschappelijke regeling is rechtsgeldig en alle deelnemers zijn rechtsgeldig tot de gemeenschappelijke regeling toetreden, en
 2. De deelnemende gemeenten hebben allemaal een overeenkomst gesloten met de gemeenschappelijke regeling Blink over de door Blink te verrichten diensten en de te verrichten activiteiten.
2. Uitgaande van de meest recente gemeenschappelijke regeling uit 2017 zullen wij eerst bezien welke taken aan Blink zijn toegekend en of het mogelijk is om voor deze taken een uitsluitend recht te verlenen. Vervolgens zullen wij voor de tijdsperiode 2017 tot en met 2021 per gemeente beoordelen of er aan Blink een uitsluitend recht is verleend, en zo ja, voor welke activiteiten. Tot slot zullen wij in het algemeen de overeenkomst tussen de deelnemende gemeenten en Blink beoordelen.

Taken van Blink

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 13 van 37

3. Uit de Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink 2017 (hierna: “**de GR**”) blijken de volgende taken voor Blink:

- Inzameling, sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen, gladheidsbestrijding en reiniging (considerans).
- De inzameling van huishoudelijke afvalstoffen als bedoeld in artikel 10.21, eerste lid, en artikel 10.22, eerste lid, van de Wet milieubeheer (considerans).
- De uitvoeringstaken van de deelnemende gemeenten op het terrein van milieu, zoals benoemd in de Wet milieubeheer, bij het reinigen van de openbare ruimte en bij de gladheidsbestrijding (artikel 3, eerste lid, van de GR).
- De uitvoering van gemeentelijke taken op het terrein van afvalinzameling en reinigingstaken die bij wet – in het bijzonder de artikelen 10.21 en 10.22 van de Wet milieubeheer – aan de deelnemende gemeenten zijn opgedragen en/of die voortvloeien uit de aan de gemeente op grond van de Gemeentewet toevertrouwde zorg voor de eigen huishouding op het terrein van het milieu, zoals benoemd in de Wet milieubeheer.
- Blink heeft mede tot het doel zorg te dragen voor gemeentelijke uitvoeringstaken op het vlak van de inzameling, sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen, de gladheidsbestrijding en de reiniging van de openbare ruimte van de deelnemende gemeenten (artikel 3, derde lid, van de GR).
- Blink kan van een of meer deelnemende gemeenten opdrachten aannemen voor de uitvoering of ondersteuning bij de uitvoering van met name te benoemen gemeentelijke taken op het terrein van het milieu zoals benoemd in de Wet milieubeheer, mits dat gebeurt op een budgettaire neutrale wijze voor de andere deelnemende gemeenten (artikel 3, vijfde lid, van de GR).

4. In artikel 5 van de GR zijn concreet de volgende taken aan Blink opgedragen:

“Artikel 5.

1. *Het openbaar lichaam houdt ten behoeve van de deelnemende gemeenten een uitvoeringsorganisatie in stand die belast is met:*
 - a. *de zorg voor de uitvoering van de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen, een en ander als bedoeld in de artikelen 10.21 eerste lid en 10.22 eerste lid Wmb, met inachtneming van nadere regelgeving en besluitvorming van de betrokken gemeente(n) gebaseerd op de desbetreffende wettelijke bepalingen;*
 - b. *de zorg voor de uitvoering van de verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen als bedoeld in titel 10.4 Wet milieubeheer voor zover deze aan de gemeente is opgedragen en door de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel is overeengekomen;*
 - c. *de zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidsbestrijding, een en ander voor zover deze door de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel is overeengekomen,*
 - d. *de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen afkomstig uit de deelnemende gemeenten.*

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 14 van 37

2. *Het verlenen van andere diensten op contractbasis aan de deelnemende gemeenten gezamenlijk, aan een afzonderlijke deelnemende gemeente of aan derden, passend binnen de in artikel 3 gegeven doelomschrijving.”*

5. In deze taken wordt allereerst onderscheid gemaakt tussen enerzijds taken op grond van de Wet milieubeheer (artikel 5, eerste lid, onder a en b, van de GR) en overige (niet-wettelijke) taken (artikel 5, eerste lid, onder c en d, van de GR). Daarnaast wordt onderscheid gemaakt tussen taken die Blink met de deelnemende gemeente contractueel moet overeenkomen (artikel 5, eerste lid, onder b en c, van de GR) en taken waarbij die eis niet geldt (artikel 5, eerste lid, onder a en d, van de GR).

Kan ten aanzien van de taken van Blink een uitsluitend recht worden verleend?

6. Onder “uitsluitend recht” wordt verstaan een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij 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.¹ Naar wij menen betekent dit dat het college van burgemeester en wethouders van de deelnemende gemeenten de publiekrechtelijke bevoegdheid dienen te bezitten voordat bij algemeen voorschrift of besluit een uitsluitend recht aan Blink verleend kan worden. Per taak zal derhalve moeten worden gezien of er een publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat die bij algemeen verbindend voorschrift of besluit aan Blink kan worden opgedragen.
7. Daar komt bij dat het niet vooraf bekendmaken van besluiten tot het toekennen van een uitsluitend recht en na het nemen van deze besluiten het enkel publiceren daarvan op de gemeentelijke websites onvoldoende is om te kunnen spreken van ‘uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’.² Met andere woorden, de bij of krachtens verordening toegekende uitsluitende rechten dienen rechtsgeldig bekend te zijn gemaakt. Vermelding op de gemeentelijke website is onvoldoende.
8. Naar wij menen kwalificeert artikel 5 GR niet als een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarmee voor Blink het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. In zoverre is met de GR zelf geen uitsluitend recht verleend aan Blink.
9. Per taak zullen wij beoordelen of er een uitsluitend recht kan worden verleend.
- a. *De inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen*
10. De inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen (artikel

¹ Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

² Rechtbank Gelderland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

5, eerste lid, onder a, van de GR) is gebaseerd op artikel 10.21, eerste lid, en 10.22, eerste lid, van de Wet milieubeheer.

- Op grond van artikel 10.21, eerste lid, van de Wet milieubeheer dragen de gemeenteraad en burgemeester en wethouders, al dan niet in samenwerking met de gemeenteraad en burgemeester en wethouders van andere gemeenten, ervoor zorg dat ten minste eenmaal per week de huishoudelijke afvalstoffen met uitzondering van grove huishoudelijke afvalstoffen worden ingezameld bij elk binnen haar grondgebied gelegen perceel waar zodanige afvalstoffen geregeld kunnen ontstaan.
- Op grond van artikel 10.22, eerste lid, van de Wet milieubeheer draagt elke gemeente er zorg voor:
 - a. dat grove huishoudelijke afvalstoffen worden ingezameld bij elk binnen haar grondgebied gelegen perceel waar zodanige afvalstoffen ontstaan, en
 - b. dat er op ten minste één daartoe ter beschikking gestelde plaats binnen de gemeente of binnen de gemeenten waarmee wordt samengewerkt, in voldoende mate gelegenheid wordt geboden om grove huishoudelijke afvalstoffen achter te laten.

11. Deze bepalingen zijn geplaatst in Titel 10.4 Het beheer van huishoudelijke en andere afvalstoffen. Onder beheer van afvalstoffen wordt verstaan inzameling, vervoer, nuttige toepassing, met inbegrip van sortering, en verwijdering van afvalstoffen, met inbegrip van het toezicht op die handelingen en de nazorg voor stortplaatsen na sluiting en met inbegrip van de activiteiten van afvalstoffenhandelaars en afvalstoffenmakelaars.³

12. De gemeenten zijn dus belast met de inzameling, vervoer, nuttige toepassing (met inbegrip van sortering) en verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen. De inzameling (en het beheer) van huishoudelijke afvalstoffen is een aan de gemeenten opgedragen wettelijke taak. Het is aan de gemeenten om te bepalen op welke wijze zij invulling willen geven aan die taak. Zij kunnen dit zelf doen, maar zij kunnen het ook uitbesteden⁴. Als gevolg van de aan de gemeenten opgedragen taak, is er dus geen sprake van volledige marktwerking in die zin dat iedere ontdoener van huishoudelijke afvalstoffen deze kan afgeven aan wie hij wil en iedere inzamelaar kan inzamelen waar hij wil.⁵

13. Aan Blink kan een uitsluitend recht worden verleend voor de inzameling (en het beheer) van huishoudelijke afvalstoffen door Blink aan te wijzen als inzameldienst in de zin van artikel 10.24, eerste lid, onder a, van de Wet milieubeheer. De aanwijzing van de inzameldienst kan geschieden bij de verordening zelf, of bij besluit van burgemeester en wethouders krachtens de verordening.⁶ Een uitsluitend recht kan expliciet worden verleend, maar kan ook worden afgeleid uit het systeem van de Afvalstoffenverordening. Het is afhankelijk van de specifieke gemeentelijke verordening

³ Artikel 1.1 van de Wet milieubeheer.

⁴ Over de vraag in hoeverre gemeenten vrij zijn in hun "make or buy" decision bestaat discussie, maar voorshands is de heersende leer dat gemeenten hierin een algehele keuzevrijheid hebben.

⁵ Kamerstukken II 1998-1999, 26638, 3, p. 6 en p. 22.

⁶ Zie ook expliciet Kamerstukken II 1998-1999, 26638, 3, p. 48.

DATUM 2 februari 2022
ONS KENMERK
PAGINA 16 van 37

respectievelijk het collegebesluit waarbij Blink als inzameldienst is of de aanwijzing ook de verlening van een uitsluitend recht inhoudt.⁷ Wij zullen dit per gemeente beoordelen.

14. Het toekennen van een uitsluitend recht in aanbestedingsrechtelijke zin is aan te merken als een voorbereidingshandeling die vooraf gaat aan het sluiten van een privaatrechtelijke overeenkomst.⁸ Met het verstrekken van het alleenrecht heeft een inzameldienst nog niet de opdracht verkregen tot het verwerken van afval. Daarvoor dient de uitwerking in de privaatrechtelijke overeenkomst. Het besluit tot het verstrekken van een uitsluitend recht dient te worden aangemerkt als een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, als bedoeld in artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht, waartegen geen bezwaar en beroep openstaat.⁹ Dit betekent dat derden geen rechtsmiddelen kunnen aanwenden tegen de toekenning van het alleenrecht aan Blink, althans dat het niet aanwenden van bestuursrechtelijke rechtsmiddelen niet in de weg staat aan een (latere) toetsing van de rechtmatigheid van het verleende alleenrecht door de burgerlijke rechter.¹⁰
15. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van huishoudelijke afvalstoffen, dient Blink (1) te zijn aangewezen als inzameldienst bij of krachtens de gemeentelijke Afvalstoffenverordening, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente te hebben tot het verkrijgen van de opdracht tot inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van huishoudelijke afvalstoffen.
16. Opgemerkt zij dat de gemeente geen wettelijke taak heeft ten aanzien van de inzameling en beheer van andere afvalstoffen dan huishoudelijke afvalstoffen. Als met deze taak wordt beoogd dat Blink ook de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van andere afvalstoffen uitvoert, bestaat er naar wij menen geen publiekrechtelijke bevoegdheid op grond waarvan een bestuursorgaan bij wettelijk voorschrift of bij besluit een uitsluitend recht kan toekennen aan Blink. Wij lichten dit nader toe bij de volgende taak (de verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen).
 - b. *De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen*
17. De verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen valt uitdrukkelijk onder de zorgplicht van het beheer van huishoudelijke afvalstoffen door de gemeente. Voor deze taak geldt dus hetzelfde als hiervoor is overwogen bij de taak onder a.
18. Tevens volgt uit artikel 5, eerste lid, onder b, van de GR dat de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel overeen dient te komen dat Blink deze taak zal gaan uitvoeren.

⁷ Parket bij de Hoge Raad 21 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:223, r.o. 2.11.

⁸ Staatsblad 2005, 408 (Nota van Toelichting), p. 50.

⁹ Rechtbank 's-Gravenhage 29 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5722. Later bevestigd in een vonnis van de rechtbank Gelderland van 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

¹⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675, r.o. 4.2-4.3.

19. Wat betreft de verwijdering van KWD-bedrijfsafvalstoffen geldt het volgende. Op grond van artikel 1, eerste lid, onder I, van de GR wordt onder KWD-bedrijfsafvalstoffen verstaan kantoor-winkel- en dienstenafval.
20. Gemeenten mogen alleen zorgdragen voor de inzameling (en het beheer) van afval dat van particuliere huishoudens afkomstig is.¹¹ In de Wet milieubeheer worden namelijk drie categorieën afvalstoffen onderscheiden:
- bedrijfsafvalstoffen: afvalstoffen, niet zijnde huishoudelijke afvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen;
 - huishoudelijke afvalstoffen: afvalstoffen afkomstig uit particuliere huishoudens, behoudens voor zover het ingezamelde bestanddelen van die afvalstoffen betreft, die zijn aangewezen als gevaarlijke afvalstoffen;
 - gevaarlijke afvalstof: afvalstof die een of meer van de in bijlage III bij de kaderrichtlijn afvalstoffen genoemde gevaarlijke eigenschappen bezit.¹²
21. De inzameling van bedrijfs- en gevaarlijke afvalstoffen valt expliciet niet onder de gemeentelijke zorgplicht. Het is aan de bedrijven zelf om zorg te dragen voor een milieuhygiënisch verantwoorde verwijdering van hun afvalstoffen.¹³ In de Wet milieubeheer is voorzien in een regeling van de registratie van inzamelaars¹⁴ en een vergunningstelsel voor het inzamelen van bedrijfsafvalstoffen of gevaarlijke afvalstoffen. Degene die deze afvalstoffen wil inzamelen, moet derhalve ofwel beschikken over een door de minister te verlenen vergunning ofwel vermeld staan op de lijst van inzamelaars.¹⁵
22. De gemeenten hebben dan ook geen publiekrechtelijke bevoegdheid ten aanzien van de inzameling en beheer – waaronder onder meer de verwijdering – van KWD-bedrijfsafvalstoffen.
23. Opgemerkt zij dat gemeenteraad een ruimte bevoegdheid heeft om verordeningen op te stellen als het gaat om de autonome bestuursbevoegdheid (huishouding van de gemeente). Mogelijk zou betoogd kunnen worden dat de gemeenteraad de autonome verordenende bevoegdheid heeft om voor de inzameling en/of verwijdering van bedrijfsafvalstoffen een gemeentelijke verordening vast te stellen. In deze verordening kan alleen geen inzameldienst worden aangewezen. In de Wet milieubeheer is namelijk voorzien in een inschrijfplicht en vergunningstelsel. Het is daarbij de Minister

¹¹ Kamerstukken II 2019-2020, 35267, 13.

¹² Artikel 1.1 van de Wet milieubeheer.

¹³ Kamerstukken II 1998-1999, 26638, 3, p. 27.

¹⁴ Artikel 10.45-10.46 van de Wet milieubeheer. Zie ook artikel 10.55 van de Wet milieubeheer inzake registratie van vervoerders, handelaars en bemiddelaars van bedrijfs- en gevaarlijke afvalstoffen.

¹⁵ Deze regelingen zijn nader uitgewerkt in het Besluit inzamelen afvalstoffen en de Wet vervoer gevaarlijke stoffen, het Besluit vervoer gevaarlijke stoffen en de Regeling vervoer huishoudelijk gevaarlijk afval 2015. Uit de Regeling vervoer huishoudelijk gevaarlijk afval 2015 volgt dat de gemeente ervoor zorgdraagt dat een chemokar huishoudelijk gevaarlijk afval inzamelt (inclusief de voorlopig sortering, voorlopige opslag en vervoer naar een depot).

DATUM 2 februari 2022
ONS KENMERK
PAGINA 18 van 37

die de vergunning kan verlenen. Naar wij menen wordt met het aanwijzen van een inzameldienst voor bedrijfsafvalstoffen de Wet milieubeheer op onaanvaardbare wijze doorkruist. In zoverre kan de gemeente aan Blink geen uitsluitend recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit verlenen met betrekking tot de verwijdering van KWD-bedrijfsafvalstoffen.

c. *De zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidsbestrijding*

24. Op grond van artikel 16 Wegenwet heeft de gemeente te zorgen, dat de binnen haar gebied liggende wegen, met uitzondering van de wegen, welke door het Rijk, een provincie, of een waterschap worden onderhouden, en van die, waarop door een ander tol wordt geheven, in goede staat verkeren.
25. Wegbeheer is niet gedefinieerd in de Wegenwet. In de memorie van toelichting bij de Wet herverdeling wegbeheer staat het volgende:

*"Onder beheer verstaan wij de verantwoordelijkheid voor instandhouding van een waterstaatswerk en voor het door het werk vervullen van zijn functie of functies van algemeen nut. Degene bij wie het waterstaatswerk in beheer is, wordt genoemd: beheerder. Op de beheerder rust de zojuist bedoelde verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid brengt mee dat gebruikers van het waterstaatswerk mogen verwachten dat de beheerder het nodige doet teneinde te bewerkstelligen dat het werk zijn functie(s) kan vervullen. Enerzijds moet de beheerder zorgen dat het werk wordt beschermd tegen bedreigingen van de instandhouding en de functievervulling. Vanuit deze verantwoordelijkheid komt de beheerder tot het tot stand brengen van een verordening waarin bepaalde handelingen op of in de nabijheid van het werk worden verboden of aan een vergunning onderworpen. Dit betreft de passieve zijde van het begrip. De actieve zijde houdt in dat de beheerder er voor zorgt dat door onderhoud, gladheidsbestrijding, en dergelijke het werk zijn functie(s) kan blijven vervullen. Daarmee berust de verantwoordelijkheid voor het onderhoud bij de beheerder, hetgeen nog niet hoeft te betekenen dat de beheerder ook zelf voor het onderhoud zorgt. Als op een ander dan de beheerder de onderhoudsplicht rust, blijft de beheerder verantwoordelijk in de hoedanigheid van degene die er op heeft toe te zien dat het onderhoud naar behoren wordt vervuld."*¹⁶

26. Gladheidsbestrijding is dus een taak die voortvloeit uit de wettelijke onderhoudsplicht voor de gemeente (lees: een publiekrechtelijke taak) van de openbare wegen binnen het gemeentelijke grondgebied. Bij of krachtens verordening kan een uitsluitend recht worden verleend. Wij wijzen hierbij als voorbeeld op de [Verordening uitsluitend recht gladheidsbestrijding gemeente Den Helder 2020](#), waarin een uitsluitend recht is verleend aan HVC N.V. voor de coördinatie en uitvoering van de gladheidsbestrijding op de gemeentelijke wegen in de gemeente Den Helder.
27. Indien en voor zover met reinigingstaken wordt bedoeld het reinigen van de openbare wegen binnen het gemeentelijke grondgebied van de deelnemende gemeenten, dan achten wij het verdedigbaar

¹⁶ Kamerstukken II 1991-1992, 22476, 3, p. 15. Zie ook ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4169.

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 19 van 37

om te betogen dat ook deze reinigingstaken voortvloeien uit de publiekrechtelijke taak om te zorgen voor een goede staat van deze wegen. In dat geval zou ook bij of krachtens verordening het uitsluitend recht om deze taak uit te oefenen kunnen worden verleend.

28. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor reinigingstaken met betrekking tot openbare gemeentelijke wegen (inclusief gladheidsbestrijding) dient Blink (1) een uitsluitend recht bij wettelijk voorschrift of bij besluit verleend te krijgen, waarbij Blink het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied deze taak uit te oefenen, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente te hebben tot het verkrijgen van de opdracht voor reinigingstaken met betrekking tot openbare gemeentelijke wegen.

29. Tevens volgt uit artikel 5, eerste lid, onder c, van de GR dat de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel overeen dient te komen dat Blink deze taak zal gaan uitvoeren.

d. De sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen

30. De sortering van (grof en fijn) huishoudelijke afvalstoffen valt uitdrukkelijk onder de zorgplicht van het beheer van huishoudelijke afvalstoffen door de gemeente. Vermarkting lijkt eveneens onder het beheer van huishoudelijke afvalstoffen te vallen.¹⁷ Ook ten aanzien van de (eind)verwerking van (grondstoffen in) huishoudelijke afvalstoffen is het verdedigbaar dat dit een nuttige toepassing van deze afvalstoffen. In zoverre vallen al deze activiteiten onder de gemeentelijke zorgplicht voor het beheer van huishoudelijke afvalstoffen.

31. Om aan Blink de opdracht te verstrekken voor de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen, dient Blink (1) te zijn aangewezen als inzameldienst bij of krachtens de gemeentelijke Afvalstoffenverordening, en (2) een privaatrechtelijke overeenkomst met de gemeente te hebben tot het verkrijgen van de opdracht tot de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen.

32. Tevens volgt uit artikel 5, eerste lid, onder d, van de GR dat de deelnemende gemeente(n) uitdrukkelijk met Blink contractueel overeen dient te komen dat Blink deze taak zal gaan uitvoeren.

33. Samengevat geldt dus het volgende. Wat betreft het de beheertaak voor huishoudelijke afvalstoffen geldt dat niet alle gemeenten op dit moment Blink rechtsgeldig hebben aangewezen als inzameldienst (en dus rechtsgeldig een alleenrecht hebben verleend). Nu deze aanwijzing niet met terugwerkende kracht kan geschieden, betekent dit dat deze aanwijzing alleen voor de toekomstige perioden gerepareerd kan worden.

¹⁷ Vgl. *Parket bij de Hoge Raad* 21 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:223; *Rechtbank Amsterdam* 24 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6435.

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 20 van 37

	Beheer huishoudelijke afvalstoffen	Oplossing
Helmond (2001)	Blink is sinds 1 januari 2017 rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst op grond van de Afvalstoffenverordening Helmond 2011, het Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening Helmond 2017 en het Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening Helmond 2020. Wel merken wij op dat de Afvalstoffenverordening 2011 geldt sinds 1 mei 2011 tot en met 4 april 2016. De vraag is of voor en/of na deze periode een Afvalstoffenverordening van toepassing is op grond waarvan Blink aangewezen is als inzameldienst.	Controleer of er op dit moment een Afvalstoffenverordening geldt, waarin is opgenomen dat het college de inzameldienst aanwijst. • Zo ja, dan is Blink rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst. Sinds 1 januari 2017 heeft Blink een rechtsgeldig uitsluitend recht verkregen. • Zo nee, dan is Blink op dit moment niet rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst. In dat geval zal de raad een Afvalstoffenverordening moeten vaststellen en publiceren, waarna het college een nieuw aanwijzingsbesluit dient te nemen en publiceren. Tevens geldt dat Blink alleen in de periode dat de Afvalstoffenverordening 2011 gold, een rechtsgeldig uitsluitend recht had verkregen. Met een nieuwe Afvalstoffenverordening (en bijbehorende aanwijzingsbesluit), zal Blink een nieuw uitsluitend recht verkrijgen. Geen oplossing voor de jaren 2001-2017, nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Gemert-Bakel (2001)	Een aanwijzingsbesluit van het college ontbreekt, zodat Blink niet rechtsgeldig is aangewezen als inzameldienst.	Neem een collegebesluit waarin Blink wordt aangewezen als inzameldienst en publiceer dit besluit in het Gemeentebblad. Geen oplossing voor de jaren 2001-heden nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Laarbeek (2006)	Een aanwijzingsbesluit van het college ontbreekt, zodat Blink niet rechtsgeldig is aangewezen als inzameldienst. Daar komt bij dat de Afvalstoffenverordening van de gemeente Laarbeek gold in de periode 30 januari 2010 tot en	Controleer of er op dit moment een Afvalstoffenverordening geldt, waarin is opgenomen dat het college de inzameldienst aanwijst. • Zo ja, dan kan Blink rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst en rechtsgeldig een uitsluitend recht verkrijgen. Hiertoe dient het college een

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 21 van 37

	met 21 december 2018.	besluit te nemen waarin Blink wordt aangewezen als inzameldienst. Dit besluit dient te worden gepubliceerd in het Gemeenteblad. • Zo nee, dan kan Blink op dit moment niet rechtsgeldig worden aangewezen als inzameldienst. In dat geval zal de raad een Afvalstoffenverordening moeten vaststellen en publiceren, waarna het college een aanwijzingsbesluit dient te nemen en te publiceren. Geen oplossing voor de jaren 2006-heden nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Nuenen (2006)	Blink is sinds 21 juli 2018 rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst op grond van de Afvalstoffenverordening Nuenen 2016 en het Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening Nuenen 2018.	Geen oplossing voor de jaren 2006-2018, nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Asten (2013)	Blink is sinds 12 november 2021 rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst op grond van de Afvalstoffenverordening gemeente Astén 2021 en het Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening gemeente Astén 2021. Tot 12 november 2021 was <u>Cotrans Recycling B.V. uit Deurne</u> bevoegd tot het inzamelen (en het beheer) van huishoudelijke afvalstoffen.	Geen oplossing voor de jaren 2013-2021, nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Somerén (2013)	Blink is sinds 1 juni 2017 rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst op grond van de Afvalstoffenverordening Someren 2013 en het Uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening 2013 gemeente Someren 2017.	Geen oplossing voor de jaren 2013-2017, nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Deurne	Een aanwijzingsbesluit van het college	Neem een collegebesluit waarin Blink wordt

(2016)	ontbreekt, zodat Blink niet rechtsgeldig is aangewezen als inzameldienst.	aangewezen als inzameldienst en publiceer dit besluit in het Gemeentebblad. Geen oplossing voor de jaren 2016-heden nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Heeze-Leende (2017)	Een aanwijzingsbesluit van het college ontbreekt, zodat Blink niet rechtsgeldig is aangewezen als inzameldienst.	Neem een collegebesluit waarin Blink wordt aangewezen als inzameldienst en publiceer dit besluit in het Gemeentebblad. Geen oplossing voor de jaren 2017-heden nu de aanwijzing als inzameldienst niet met terugwerkende kracht kan geschieden.
Son en Breugel (2022)	Blink is nog niet rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst, omdat het ontwerp-uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening Son en Breugel 2021 tot en met 26 januari 2022 ter inzage is gelegd. Wij hebben niet kunnen vaststellen dat dit aanwijzingsbesluit al geldig is.	Stel het uitvoeringsbesluit Afvalstoffenverordening Son en Breugel 2021 vast en publiceer dit besluit in het Gemeentebblad. Vanaf dat moment is Blink rechtsgeldig aangewezen als inzameldienst.

34. Wat betreft de reinigingstaak voor gemeentelijke wegen (inclusief gladheidsbestrijding) geldt dat geen enkele gemeente een wettelijk voorschrift heeft vastgesteld waar de aanwijzing van Blink op is gebaseerd. De oplossing (voor de toekomst) is om een gemeentelijke verordening vast te stellen, waarin Blink wordt aangewezen om de gemeentelijke wegen te reinigen (inclusief gladheidsbestrijding).
35. De volledige uitwerking van de bovenstaande bestuursrechtelijke analyse per – individuele – gemeente treft u aan in **Bijlage 1** van dit memorandum.

Dienstverleningsovereenkomst

36. De grondslag voor de opdrachtverstrekking van de gemeenten aan BLINK voor (1) de zorg voor de uitvoering van reinigingstaken (inclusief gladheidsbestrijding)¹⁸ en (2) de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen¹⁹ is gebaseerd op een overeenkomst. Dit betreft een dienstverleningsovereenkomst. Wij beschikken over een niet-

¹⁸ Artikel 5, eerste lid, onder c, van de gemeenschappelijke regeling Blink 2017.

¹⁹ Artikel 4, vierde lid, van de gemeenschappelijke regeling Blink 2017.

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 23 van 37

ondertekende versie van de Dienstverleningsovereenkomst (concept 14 september 2020). Deel A bestaat uit Algemene bepalingen (hierna: “DVO-A”), deel B bestaat uit productbladen en deel C uit financiële informatie.

37. Op grond van artikel 2, tweede lid, van de DVO-A laat de Gemeente hierbij op exclusieve basis Blink de hierna vermelde taken onder de in deze DVO opgenomen voorwaarden en bepalingen ten behoeve van de gemeente door Blink verrichten.
38. Op grond van artikel 3, eerste lid, van de DVO-A verricht Blink exclusief ten behoeve van de gemeente de volgende taken (GRR art 5):
 - a. de zorg voor de uitvoering van de inzameling, het vervoer, de sortering en overslag en de eventuele opslag van afvalstoffen, een en ander als bedoeld in de artikelen 10.21 eerste lid en 10.22 eerste lid Wmb, met inachtneming van nadere regelgeving en besluitvorming van de betrokken gemeente(n) gebaseerd op de desbetreffende wettelijke bepalingen;
 - b. de zorg voor de uitvoering van de verwijdering van huishoudelijke afvalstoffen, en KWD-bedrijfsafvalstoffen als bedoeld in titel 10.4 Wet milieubeheer;
 - c. de zorg voor de uitvoering van reinigingstaken, inclusief gladheidbestrijding;
 - d. de sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen afkomstig uit de deelnemende gemeenten.
39. Blink verleent ook andere diensten aan de deelnemende gemeente, voor zover deze passend zijn bij de doelomschrijving van Gemeenschappelijke regeling reiniging Blink, op basis van de voorliggende dienstverleningsovereenkomst, zo volgt uit artikel 3, tweede lid, van de DVO-A.
40. Op grond van artikel 3, zevende lid, van de DVO-A zijn de aard, omvang, inhoud en wijze van uitvoering van de taken door Blink nader vastgelegd in DVO deel B en deel C.
41. Indien Blink (delen van) activiteiten genoemd in de DVO wil laten uitvoeren door derden, dient zij de voor haar geldende aanbestedingsregels in acht te nemen, zo volgt uit artikel 3, achtste lid, van de DVO-A.
42. Op grond van artikel 3, tiende lid, van de DVO-A is Blink – onder de condities uit artikel 3 – gerechtigd om voor de uitvoering van delen van de opdracht onderaannemers in te zetten. Blink blijft in dat geval zelf eindverantwoordelijk en aansprakelijk voor een juiste, volgens de voorschriften uit DVO deel B (de productbladen), uitvoering van de werkzaamheden en fungeert in deze als enig aanspreekpunt voor de gemeente. Op grond van artikel 3, elfde lid, van de DVO-A zullen in de contracten met de door Blink ingeschakelde onderaannemers de eisen van de Wet ketenaansprakelijkheid onveranderd van kracht zijn. De kosten van eventuele onderaannemers komen voor rekening van Blink.

Juridische grondslag voor de opdrachtverstrekking van BLINK aan PreZero

43. Uitgaande van de gemeenschappelijke regeling uit 2017 blijken de volgende afspraken tussen BLINK

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 24 van 37

en SUEZ (thans: PreZero)

- Voor zover extra inzet van menskracht en/of materieel noodzakelijk is kunnen deze door SUEZ ten behoeve van BLINK, zulks ter beoordeling van het Algemeen bestuur, tegen transparante, marktconforme condities ter beschikking gesteld worden.²⁰
- Blink en SUEZ sluiten een managementovereenkomst voor de bedrijfsvoering van het openbaar lichaam. SUEZ ontvangt hiervoor een vergoeding, fee genaamd.²¹
- De door het Algemeen bestuur vastgestelde begroting, waarin zijn opgenomen de per deelnemende gemeente door het openbaar lichaam te leveren prestaties, is voor SUEZ taakstellend.²²
- Van besparingen op de begroting van BLINK, blijkend uit de jaarrekening over het betreffende jaar, ontvangt SUEZ naast de fee over de omzet, tevens een bonusvergoeding van 10% over deze besparingen. De deelnemende gemeenten zullen 90% van deze besparingen ofwel overschot op de begroting, aanwenden voor verlichting van de lasten van de burgers c.q. het verhogen van de kwaliteit van de dienstverlening in hun gemeenten. Uitgangspunt is dat de toedeling van deze middelen geschiedt in relatie tot de te onderscheiden gemeentelijke bijdragen aan BLINK en de vraag of daarop besparingen zijn gerealiseerd. Pas als dat laatste het geval is, kan een deelnemende gemeente zich hierop beroepen.²³
- In geval van overschrijding van de taakstellende begroting in enig jaar zullen de extra kosten voor 40% voor rekening van SUEZ en voor 60% voor rekening van de betreffende gemeente zijn.²⁴
- Geen onderdeel van de hierboven omschreven bonus/malusregeling maken uit de variabele kosten ten aanzien van gladheidbestrijding, clandestiene stort, exploitatie milieustraat, huisuitzettingen en sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afval. Deze kosten en opbrengsten worden afzonderlijk in de begroting opgenomen en met de betreffende gemeente afgerekend.²⁵

44. Kennelijk vormen (1) de begroting en (2) de managementovereenkomst de grondslag voor de opdrachtverstrekking van BLINK aan PreZero. Tevens volgt uit de dienstverleningsovereenkomst tussen een deelnemende gemeente en BLINK dat BLINK met PreZero een service level agreement sluit.²⁶

45. Over het algemeen heeft het verstrekken van opdrachten op grond van een overeenkomst de voorkeur. Wij kunnen ons voorstellen dat er tussen BLINK en PreZero onduidelijkheden bestaan over de taken en verantwoordelijkheden. In dat geval biedt een overeenkomst duidelijkheid. Tevens

²⁰ Artikel 29, derde lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²¹ Artikel 33, eerste lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²² Artikel 33, tweede lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²³ Artikel 33, derde lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²⁴ Artikel 33, vierde lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²⁵ Artikel 33, vijfde lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²⁶ Oplegger bij de DVO tussen de deelnemende gemeenten en BLINK, versie 23 september 2020, p. 4.

kunnen partijen elkaar over en weer houden aan de gemaakte afspraken en eventueel bij verzuim nakoming van de overeenkomst vorderen.

46. Het Algemeen bestuur respectievelijk het Dagelijks bestuur zijn bevoegd om met PreZero een overeenkomst te sluiten. Uit de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017 blijken de volgende bevoegdheden voor het Algemeen bestuur en Dagelijks bestuur om met PreZero een overeenkomst te sluiten:

- Het Algemeen bestuur en het Dagelijks bestuur van BLINK hebben verordenende en regelgevende bevoegdheden met betrekking tot de aangelegenheden die de bedrijfsvoering van het openbaar lichaam betreffen.²⁷
- Het Algemeen bestuur is op grond van een door een of meer deelnemende gemeenten verstrekte volmacht bevoegd overeenkomsten te sluiten met derden met betrekking tot sortering, vermarkting en (eind)verwerking van (grondstoffen in) grof en fijn huishoudelijke afvalstoffen.²⁸
- Het Dagelijks bestuur is bevoegd met een of meer al dan niet deelnemende gemeenten of met privaatrechtelijke rechtspersonen samenwerkingsovereenkomsten te sluiten met betrekking tot ondersteunende dienstverlening voor taken waarmee het openbaar lichaam belast is.²⁹
- Het Dagelijks bestuur is in het bijzonder belast met het besluiten tot privaatrechtelijke rechtshandelingen van het openbaar lichaam. Uitgezonderd zijn besluiten tot de oprichting van en de deelneming in stichtingen, maatschappen, vennootschappen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 31a van de Wet gemeenschappelijke regelingen) en het aangaan van geldleningen, het uitlenen van geld, het aangaan van rekening courantovereenkomsten of de regeling van hetgeen verder de geldmiddelen van het openbaar lichaam aangaat (artikel 10, tweede lid, onder c, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017).³⁰

Uitwerking analyse vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief

47. In onze analyse vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief zullen wij de focus leggen op de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Daarbij Blink zullen wij de verhouding in laag I, Gemeenten – GR Blink, en de verhouding in laag II, GR Blink – PreZero onderzoeken. Hierbij gaan wij uit van een aantal aannames. Wij zullen ook aandacht besteden aan de juridische gevolgen en risico's die de conclusies uit onze toetsing van de huidige juridische constructie voor de opdrachtverlening aan de GR Blink en PreZero met zich brengen; tevens staan wij alvast kort stil bij mogelijke oplossingsrichtingen.

48. De uitzonderingen op de aanbestedingsplicht die in deze analyse worden besproken zijn de volgende:

²⁷ Artikel 4, tweede lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²⁸ Artikel 4, vierde lid, tweede volzin, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

²⁹ Artikel 4, zevende lid, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

³⁰ Artikel 14, tweede lid, onder e, van de gemeenschappelijke regeling BLINK 2017.

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 26 van 37

- i) Publiek-publieke samenwerking;
- ii) Quasi-inbesteding;
- iii) Alleenrecht

49. Bij bespreking van voornoemde uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn de volgende uitgangspunten van belang:

- i) De Gemeenten zijn aanbestedende diensten;
- ii) Het openbaar lichaam - de GR Blik - is aan te merken als een aanbestedende dienst;
- iii) Een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht waarbij geen geslaagd beroep op een van de uitzonderingen gedaan kan worden en die niet is aanbesteed maar waarbij wel een overeenkomst is gesloten is 'onderhands gegund'.
- iv) Bij eventuele toetsing van de constructie zal een rechter het overgangsrecht toepassen, en daarmee de lijn uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgen dat enigerlei deelname van private partijen in publieke samenwerkingsverbanden in (verreweg) de meeste gevallen een geslaagd beroep op de volgende uitzonderingen in de weg staat:
 - i. Publiek-publieke samenwerking;
 - ii. Quasi-inbesteding.

50. Op basis van nationale jurisprudentie, beleidsdocumenten van de Europese Commissie en de Verdragsrechtelijke beginselen nemen wij aan dat voor een geslaagd beroep op de (iii.) Alleenrecht-uitzondering, de zinsnede uit artikel 2.24 sub a Aw *'mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie'* met zich brengt dat een beroep op deze uitzondering slechts slaagt als bij contractering van een private onderneming transparantie is betracht en het gelijkheidsbeginsel niet is geschonden door middel van het organiseren van een voorafgaande bekendgemaakte aanbestedingsprocedure. En tevens dat een private onderneming via de gekozen constructie niet op een andere wijze wordt bevoordeeld, waardoor sprake zou kunnen zijn van het toekennen van ongeoorloofde staatssteun en daarmee van schending van de Europese staatssteunregels.³¹

51. Ten tweede, gaan wij voor wat betreft laag I, in de verhouding Gemeenten – GR Blik, uit van het volgende:

- i) Het plaatsen van de opdracht voor de uitvoering van de gemeentelijke taken en afval- en milieustromen genoemd in artikel 5 GR Blik is een overheidsopdracht en is in principe aanbestedingsplichtig wanneer de waarde van deze opdrachten boven de Europese drempelwaarden uitkomt;
- ii) Door toetreding tot de Regeling, plaatsen Gemeenten voor onbepaalde tijd opdrachten

³¹ Zie bijvoorbeeld: [ECLI:NL:GHARL:2013:6675, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 200.072.436/01 \(rechtspraak.nl\)](https://www.rechtspraak.nl/ECLI:NL:GHARL:2013:6675) waar in r.o.v. 4.17 het Hof Arnhem-Leeuwarden het volgende overwoog: "De toekenning van het alleenrecht moet ook in overeenstemming van het Europese recht zijn. Daartoe zal het hof hierna gaan of de quasi-in-house-uitzondering opgaat en of sprake is van verboden staatssteun."

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 27 van 37

- op het gebied van afvalinzameling en -verwerking bij de GR Blink, deze opdrachten worden niet aanbesteed;
- iii) Op basis van de begrotingen en jaarrekeningen op mijnblink.nl, blijkt uit de jaarlijks vastgestelde begrotingen dat de dienstverlening van de GR Blink aan de Gemeenten structureel boven de Europese drempelwaarden uitkomt.³²
52. Daarnaast worden de Europese drempelwaarden voor overheidsopdrachten impliciet overschreden vanwege het feit dat de afval- en milieutaken voor onbepaalde tijd bij de GR Blink zijn ondergebracht.
53. Voor wat betreft laag II, de verhouding GR Blink – PreZero doen wij de volgende aannames:
- i) de plaatsing van de opdracht voor leveringen (materiaal) en dienstverlening (voor zover geen leveringen) is aan te merken als overheidsopdracht.
 - ii) De bij PreZero geplaatste opdrachten voor diensten en leveringen komen jaarlijks en structureel boven de Europese drempelwaarden uit.
 - iii) De GR Blink besteedt de plaatsing van opdrachten voor diensten en leveringen voor het materiaal en materieel wat ter beschikking wordt gesteld door PreZero niet aan.
54. Hierbij hebben wij ons mede gebaseerd op de spendanalyse over 2020, waarbij als leveringen in aanbestedingsrechtelijke zin mogelijk het materieel (met inbegrip wagenpark) dat van PreZero geleased wordt kan worden aangemerkt; en als diensten het onderhoud van het materieel en de door PreZero verzorgde ICT-systemen.
55. Waarbij opgemerkt dient te worden dat de huisvesting van de GR Blink waarschijnlijk buiten het bereik van de aanbestedingsregels valt, aangezien dit een onroerend goed transactie betreft en dergelijke transacties op grond van de Europese regelgeving veelal niet als aanbestedingsplichtig worden beschouwd.
56. Op basis van de voorgaande aannames kan ervan worden uitgegaan dat in zowel Laag I – verhouding Gemeenten – GR Blink, als in Laag II – verhouding GR Blink – PreZero, sprake is van de plaatsing van aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten door aanbestedende diensten. Ook staat vast dat deze opdrachtverlening niet is of wordt aanbesteed, met uitzondering van de initiële oprichting van de GR Blink door de gemeente Helmond, waarbij getwijfeld kan worden aan de mate waarin het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel is gehonoreerd. Eveneens menen wij dat mocht men betogen dat de oorspronkelijk Watco als deelnemer in de GR wél conform de aanbestedingsregels is gekozen, dan is de oorspronkelijke opdracht in de loop der tijd dusdanig gewijzigd in zowel geografische, als kwalitatieve en kwantitatieve omvang, dat deze eenmalige aanbesteding niet het construct zoals dit in de loop der tijd is gegroeid kan dragen en dus rechtvaardigen.
57. De gevolgtrekking is dat om van rechtmatigheid van de opdrachtverlening in Laag I en Laag II te kunnen spreken, sprake moet zijn van een geslaagd beroep op een van de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Waarbij de meest relevante zijn: verlening van een geldig alleenrecht (in

³² Ter illustratie: de Europese drempelbedragen voor 2022-2023 zijn voor diensten en leveringen €215 000,- per opdracht.

DATUM 2 februari 2022
 ONS KENMERK
 PAGINA 28 van 37

bestuursrechtelijke termen 'uitsluitend recht'); quasi-inbesteding en publiek-publieke samenwerking. Wij zullen per uitzonderingscategorie, en per laag, aangeven waarom in onze optiek niet aan de voorwaarden is voldaan.

Opdrachtverlening in Laag I – verhouding Gemeenten – GR Blink

Publiek-publieke samenwerking

23. Om aan de uitzondering voor publiek-publieke samenwerkingen te kunnen voldoen moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:
 - a. Uitsluitend overheden c.q. aanbestedende diensten zijn betrokken bij de opdracht;
 - b. Geen particuliere dienstverlener wordt direct of indirect bevoordeeld;
 - c. Taak waar samenwerking betrekking op heeft wordt niet verricht door particuliere dienstverleners.
24. Over de uitzondering 'publiek-publieke samenwerking' kunnen wij kort zijn, aangezien de GR Blink van oorsprong bewust is ingestoken als Publiek-*private* samenwerking, en niet (enkel) als publiek-publieke samenwerking.
25. Er is niet voldaan aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op de uitzondering van de aanbestedingsplicht voor publiek-publieke samenwerkingen. Immers, in de verhouding Gemeenten – GR Blink geldt dat aangezien PreZero direct deelneemt aan de gemeenschappelijke regeling dat er geen sprake is van een opdracht waarbij uitsluitend overheden c.q. aanbestedende diensten betrokken zijn.
26. Tevens wordt door de huidige invloed van PreZero in de GR en het feit dat opdrachten impliciet automatisch aan PreZero verleend worden sterk de indruk gewekt dat PreZero bevoordeeld wordt. Mede aangezien PreZero middels de GR Blink voor onbepaalde tijd een vaste inkomstenbron heeft.

Quasi-inbesteding

58. Om aan de uitzondering voor quasi-inbesteding te kunnen voldoen moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:
 - a. Toezicht als op eigen diensten: doorslaggevende invloed op de belangrijkste en strategische beslissingen;
 - b. Geen private deelneming;
 - c. Opdrachtnemer verricht het merendeel van de activiteiten voor de opdrachtgever.
59. Er is niet voldaan aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op de uitzondering van de aanbestedingsplicht voor quasi-inbesteding.
60. In de verhouding Gemeenten – GR Blink, geldt dat de Regeling niet geacht kan worden te voldoen

aan het zogenaamde toezichtcriterium. Op basis van dit criterium dient voor een geslaagd beroep op quasi-inbesteding sprake zijn van toezicht op opdrachtnemer 'als op eigen diensten'. Dit wil zoveel zeggen als: de GR is qua gezagsstructuur nagenoeg niet te onderscheiden van de aanbestedende dienst.

61. Echter heeft PreZero een belangrijke rol in zowel het Algemeen Bestuur als het Dagelijks Bestuur binnen de GR Blink en daarmee de besluitvorming vanwege de mogelijkheid om een lid met stemrecht aan te wijzen. Het feit dat het bestuurslid van PreZero zich in de praktijk voegt bij de stemmen vanuit de leden afkomstig van de deelnemende Gemeenten lijkt daarbij niet voldoende af te doen aan de manier waarop de gezagsstructuur in de Regeling zelf is vormgegeven.
62. Daarnaast kan de deelname van PreZero aan de Regeling geacht worden tot gevolg te hebben dat niet aan de voorwaarden voor quasi-inbesteding kan worden voldaan. Op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie die wij hier van toepassing acht, staat namelijk elke participatie van private ondernemingen aan een geslaagd beroep op deze uitzondering in de weg.
63. Wel is voldaan aan het 'merendeel' criterium, dat wil zeggen: de GR Blink voert haar taken exclusief uit voor de deelnemende Gemeenten.

Alleenrecht

64. Om aan de uitzondering voor quasi-inbesteding te kunnen voldoen moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:
 - a. Alleenrecht verleend door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst voor diensten;
 - b. Alleenrecht gegeven bij rechtsgeldig vooraf bekend gemaakt wettelijk voorschrift of besluit van een bestuursorgaan;
 - c. Alleenrecht verleend in overeenstemming met overig Europees recht, inclusief de aanbestedingsregels.
65. Er is niet voldaan aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep op de uitzondering voor rechtsgeldig verleende alleenrechten. Deze uitzondering is (met name) relevant in de verhouding Gemeenten – GR Blink, in Laag I.
66. Hoewel in Laag I de opdrachten worden verleend *door* een aanbestedende dienst *aan* een aanbestedende dienst, en daarmee in alle gevallen aan de eerste voorwaarde is voldaan; constateren wij dat de meeste deelnemende Gemeenten op dit moment niet de stappen hebben gezet om te voldoen aan de tweede voorwaarde: het verlenen van een rechtsgeldig en dekkend uitsluitend recht. Voor wat betreft KWD-bedrijfsafvalstromen geldt dat een uitsluitend recht niet rechtsgeldig verleend *kan* worden.
67. Concreet betekent dit dat de opdrachtverlening voor het volledige dienstenpakket dat wordt

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 30 van 37

afgenomen bij Blink door de gemeenten Gemert-Bakel, Heeze-Leende, Son en Breugel en Deurne aan de GR Blink onrechtmatig is vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief; voor de gemeente Laarbeek geldt dit evenzeer, in zoverre dat het per 1 januari 2013 verleende uitsluitend recht, naar wij menen, niet alle milieu- en afvalstromen dekt. Ten aanzien van de gemeentelijke taak op het gebied van reiniging van de openbare weg en calamiteitenbestrijding geldt dat geen van de gemeenten op het moment van advisering rechtsgeldig een uitsluitend recht heeft verleend, waardoor de opdrachtverlening in dit kader eveneens onrechtmatig is.

68. Aangezien de gemeenten Helmond, Nuenen, Asten en Someren op het moment van advisering een rechtsgeldig uitsluitend recht hebben verleend voor de afvalstromen onder a en d, en het huishoudelijk afval bedoeld onder b van artikel 5 van de GR, is voor wat betreft deze gemeenten en de opdrachtverlening voor deze taken aan de tweede voorwaarde voldaan.
69. Wij menen nochtans dat niet voldaan is aan de derde voorwaarde, te weten: op grond van 2.24 sub a Aw dient de opdrachtverlening op basis van een uitsluitend recht in overeenstemming met het (overige) Europees recht te zijn, met inbegrip van de aanbestedingsregels. Zo is bijvoorbeeld geen sprake van een geslaagd beroep op quasi-inbesteding, en is de keuze voor de opdrachtnemer die het alleenrecht verleend wordt aan te merken als een aanbestedingsplichtige opdracht. Uit de stukken is niet gebleken dat de Gemeenten de keuze voor de GR Blink hebben aanbesteed.

Opdrachtverlening in Laag II – verhouding GR Blink – PreZero

70. Wij menen dat géén van de onder Laag I uitgewerkte uitzonderingen van toepassing is in de opdrachtverlening tussen de GR Blink en PreZero. Om de hieronder beschreven redenen.
71. In de verhouding tussen GR Blink en PreZero gaan wij uit van de onderhandse gunning van opdrachten aan PreZero, een private onderneming waarvan de aandelen door een andere private onderneming worden gehouden.
72. Van publiek-publieke samenwerking kan in een dergelijk geval geen sprake zijn aangezien het hier een publiek-*private* samenwerking betreft. In de rechtspraak wordt voor het voldoen aan de voorwaarden van deze uitzondering de nadruk gelegd op het *publieke* aspect van de samenwerking, waarbij geen sprake kan zijn van private inbreng in de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. De private inbreng in de uitvoering van taken op het gebied van afvalinzameling en -verwerking en reiniging kenmerkt echter de rol van PreZero ten opzichte van, en met name ook binnen de GR Blink.
73. Evenmin is voldaan aan de voorwaarden om te kunnen spreken van quasi-inbesteding. Deze uitzondering ziet op situaties waarbij een entiteit met aparte rechtspersoonlijkheid, maar die wel feitelijk tot de opdrachtgevende overheidsinstantie(s) toebehoort, diensten verleent voor diezelfde overheidsinstantie(s). Daar is in dit geval geen sprake van aangezien PreZero onderdeel uitmaakt van het in privébezit gehouden concern PreZero International GmbH.

74. Ten overvloede kan worden vermeld dat ogenschijnlijk wel is voldaan aan het merendeelcriterium aangezien de entiteit 'PreZero Gemeentelijke Dienstverlening BV' zich specifiek richt op de dienstverlening ten behoeve van de GR Blink.
75. In de verhouding GR Blink – PreZero zijn ook geen alleenrechten verleend door de GR Blink aan PreZero, waardoor ook geen sprake kan zijn van een beroep op deze uitzondering. Daarbij zij nog opgemerkt dat alleenrechten enkel kunnen worden verleend voor *dienstverleningsovereenkomsten*, en niet voor leveringen, dan wel, werken.

Gevolgen geconstateerde gebreken

76. Er zijn meerdere gebreken geconstateerd in de rechtmatigheid van de opdrachtverlening in zowel de verhouding Gemeenten – GR Blink; als de verhouding GR Blink – PreZero. Deze gebreken zijn terug te voeren tot het feit dat de Gemeenten op Laag I, en de GR Blink op Laag II, aanbestedende diensten zijn die overheidsopdrachten zonder voorafgaande aanbesteding plaatsen en zonder dat een rechtsgeldig beroep op de uitzonderingen in de Aanbestedingswet kan worden gedaan.
77. Daarbij kan worden betoogd dat i) overeenkomsten met betrekking tot toetreding van een Gemeente tot de regeling; ii) de DVO in de verhouding Gemeente – GR Blink; en iii) de SLA tussen de GR Blink en PreZero (en rechtsvoorgangers) onrechtmatig onderhands gegund zijn. Wat relevant is voor zover deze overeenkomsten – individueel - dienen te worden aangemerkt als aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten. Waarbij het opmerking verdient dat het begrip 'overheidsopdracht' uit de Aanbestedingswet en de Europese Richtlijn in beginsel een breed begrip is. Bijvoorbeeld in de context van de inkoopfunctie van de GR Blink kunnen eventueel ook bepaalde aparte onderdelen van de dienstverlening of materieel die de GR Blink betreft bij PreZero als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht worden aangemerkt.
78. Echter, de termijnen uit de Aanbestedingswet op grond waarvan overeenkomsten nog kunnen worden aangetast en vernietigd, zijn verstreken voor overeenkomsten die langer dan zes maanden geleden zijn gesloten. Voor nieuw gesloten of te sluiten overeenkomsten geldt dat deze termijn loopt of gaat lopen vanaf het moment dat een dergelijke overeenkomst gesloten is.
79. Voor nieuw te sluiten en gesloten overeenkomsten kan eventueel zogenaamde vrijwillige transparantie worden betracht, waardoor de termijn waarin een overeenkomst nog vernietigd kan worden, ingeperkt wordt.
80. Het staat potentiële gegadigden open om schadevergoeding te vorderen voor overeenkomsten die langer dan zes maanden gesloten zijn, waaronder ook begrepen de oorspronkelijke selectie van de private deelnemingspartner aan de GR. Potentiële gegadigden die menen dat zij een reële kans op gunning hebben misgelopen kunnen schadevergoeding vorderen. Echter, gezien de complexe en,

DATUM 2 februari 2022
ONS KENMERK
PAGINA 32 van 37

vooral ook lange, geschiedenis van de GR Blink kan het lastig zijn voor potentiële gegadigden om een reële kans op gunning aan te tonen.

81. Daarnaast dient men in ogenschouw te nemen dat het principe geldt dat als er sprake is van onrechtmatigheid, dat de partij die onrechtmatig handelt deze onrechtmatigheid dient op te heffen. In het civiele recht – waar het aanbestedingsrecht on der valt – bestaat (mede) om deze reden de mogelijkheid voor de rechter om een dwangsom op te leggen. De onrechtmatig handelende partij verbeurt in een dergelijk geval een dwangsom (tot een bepaald maximum) tot op het moment dat de onrechtmatigheid is opgeheven.³³
82. Wij menen dat het feit dat deze constructie in de huidige vorm twee decennia lang heeft kunnen voortbestaan en dat pas in de laatste jaren de signalering van de onrechtmatigheid op gang is gekomen dient te worden gezien als een vorm van voortschrijdend inzicht. Hoewel ook in de beginjaren van de GR Blink al in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie een duidelijke lijn te herkennen was waarbij deelname van private ondernemingen in publieke samenwerkingsverbanden afgekeurd werd, heeft de nationale uitwerking van fundamenteel aanbestedingsrechtelijke beginselen als het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel in recentere jaren tot inkeer geleid dat een construct als het voorliggende construct van de GR Blink op bezwaren stuit.³⁴

Oplossingsrichtingen

83. Wij hebben geconstateerd dat de (directe) deelname van PreZero aan de gemeenschappelijke regeling het knelpunt is dat een geslaagd beroep op de genoemde uitzonderingen van de aanbestedingsplicht in de weg staat. Door deze private deelname – die in principe voor onbepaalde tijd is, en het feit dat de GR Blink niet, dan wel beperkt, over eigen vermogen en assets beschikt en voor de uitvoering van de bij haar ondergebrachte taken diensten en leveringen inkoopt bij PreZero – ontstaat een situatie waarin stelselmatig aanbestedingsplichtige opdrachten onderhands gegund worden.
84. Om deze situatie in het vervolg te voorkomen zijn een aantal oplossingen denkbaar, waarbij acht dient te worden geslagen op de wens om de continuïteit van de dienstverlening te waarborgen.

³³ Zie bijvoorbeeld: [ECLI:NL:RBGEL:2015:5490, Rechtbank Gelderland, 264413 \(rechtspraak.nl\)](#) waarbij de Rechtbank Gelderland de volgende vordering toewees: “gebiedt RNV en de gemeenten ieder voor zich, althans gezamenlijk, om een aanbestedingsprocedure te organiseren, indien en voor zover zij de opdracht nog wensen te vergeven, binnen een termijn van twee maanden na het onherroepelijk worden van dit vonnis, zulks op straffe van een aan AVR te verbeuren dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag dat RNV en de gemeenten hiermee geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven, met een maximum van € 25.000.000,00.”

³⁴ Zie bijvoorbeeld: [ECLI:NL:HR:2021:1778, Hoge Raad, 20/00123 \(rechtspraak.nl\)](#) (Didam) waarbij een verplichting om transparantie te betrachten en voorafgaande mededinging te organiseren werd ingelezen in het nationale recht.

85. De oplossingsrichtingen die wij hier voorstellen vergen uiteindelijk allemaal dat PreZero buiten de GR geplaatst wordt en uittreedt. Onder '**Afwikkeling bij Uittreding PreZero**' zullen wij nader ingaan op de gevolgen van uittreding voor het voortbestaan van de GR Blink.

Laag I – Gemeenten – GR Blink

86. Voor de meest geëigende oplossingsrichting voor dit construct, waarbij de GR Blink in gewijzigde vorm voorbestaat met uittreding van PreZero, is vereist dat de GR Blink rechtsgeldig wordt aangewezen als 1) inzamelingsdienst, en eventueel ook als 2) reinigingsdienst. Vervolgens zullen de deelnemende Gemeenten via een beroep op de uitzondering 'Quasi-inbesteding' rechtmatig opdrachten voor afvalinzameling (en/of – reiniging) kunnen plaatsen bij de GR Blink, zonder voorafgaande aanbesteding.
87. Aangezien de GR Blink beperkt eigen vermogen of assets heeft dient de GR Blink op Laag II vervolgens een inkoopfunctie te realiseren. Bij de realisatie van deze inkoopfunctie geldt dat de huidige constructie waarbij een groot deel van de inkoopwaarde van de GR Blink onderhands via PreZero wordt ingekocht niet langer gehandhaafd kan worden.
88. Om het vermogen van de GR Blink afgescheiden te houden kan als verlengstuk van de quasi-inbestedingsoptie een aparte vennootschap voor materieel en services worden opgericht, of dit via de huidige Personeel Blink BV te laten lopen.
89. Uit de literatuur en de rechtspraak op het moment van adviseren is niet duidelijk of een dergelijke aparte vennootschap die concreet de dienstverlening uitvoert als aanbestedende dienst is aan te merken en dus aanbestedingsplichtig is wanneer zij inkoop.³⁵ Echter, kan worden beargumenteerd dat uit het Europeesrechtelijke stelsel van uitzonderingen op de aanbestedingsplicht en de Verdragsrechtelijke beginselen van non-discriminatie, transparantie en gelijkheid voortvloeit dat een dergelijke vennootschap - hoewel niet aanbestedingsplichtig is volgens de richtlijn - in bepaalde gevallen toch een mate van voorafgaande transparantie bij inkoop dient te betrachten.³⁶ De precieze invulling van transparantie in een dergelijk geval is onbekend, maar het zou erop neer kunnen komen dat men uiteindelijk toch feitelijk als aanbestedingsplichtig wordt beschouwd.
90. Daarnaast is een mogelijke bestuursrechtelijke deeloplossing dat de inzamel- en beheertaak van de gemeente aan de GR wordt overgedragen door de GR Blink om te vormen tot een raads- en college-GR. In dat geval bestaat er geen discussie meer over (1) de beheertaken ten aanzien van huishoudelijke afvalstoffen en (2) de reinigingstaken ten aanzien van openbare gemeentelijke wegen (inclusief gladheidsbestrijding). Deze taken berusten dan bij de GR Blink. Het nadeel van deze deeloplossing is wel dat op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen zwaardere verantwoordingsverplichtingen gelden aangezien het een GR zal betreffen waaraan ook de

³⁵ [CURIA - Documents \(europa.eu\)](#) C-567/15 (LitSpecMet).

³⁶ Zie bijvoorbeeld: [CURIA - Documents \(europa.eu\)](#) C-285/15 (Irgita) alinea 61, waarin bovenop de voorwaarden voor quasi-inbesteding ook de algemene beginselen van non-discriminatie, gelijkheid en transparantie worden aangehaald.

gemeenteraad deelneemt.

91. Opgemerkt zij tevens dat de gemeente geen zorgplicht heeft ten aanzien van bedrijfsafvalstoffen (en gevaarlijke stoffen). Een gemeente kan dan ook niet bepalen wie er binnen de gemeente al dan niet bedrijfsafvalstoffen mogen inzamelen zoals dat bij huishoudelijke afvalstoffen het geval is. In zoverre kan aan de GR geen taken worden overgedragen respectievelijk geen uitsluitend recht worden verleend met betrekking tot bedrijfsafvalstoffen.
92. Naast deze oplossingen kunnen ook andere oplossingen nader onderzocht worden: publiek-publieke samenwerking of de Europeesrechtelijke figuur, de 'Dienst van Algemeen (Economisch) Belang'.
93. De uitzondering van de publiek-publieke samenwerking is, zoals vermeld, ook een van de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. Voor deze uitzondering gelden iets andere voorwaarden dan voor de uitzondering van quasi-inbesteding en of aan deze voorwaarden kan worden voldaan via de GR – ook in gewijzigde constructie met uittreding van PreZero – dient nader onderzocht te worden.
94. Bij de Europeesrechtelijke figuur 'Dienst van Algemeen (Economisch) Belang', kan worden gekeken of de GR Blink aangewezen kan worden en een vergoeding kan ontvangen voor het verlenen van diensten die tot de gemeentelijke taak behoren. Voor het aanwijzen van de dienstverlener wordt in de Europese rechtspraak wel (sterk) aanbevolen om een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren. Het dient op grond van de voorwaarden uit het *Altmark*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie mogelijk te zijn om zonder aanbestedingsprocedure een dienstverlener aan te wijzen zolang de compensatie die de GR Blink in een dergelijk geval zou ontvangen voldoet aan criteria van transparantie en niet de kosten overschrijdt die een gemiddelde, goed beheerde onderneming maakt. Voor de realisatie van de inkoopfunctie geldt ook hier dat er op Laag II (naar alle waarschijnlijkheid) een aanbestedingsplicht zal gelden.

Laag II – GR Blink - Bedrijfsvoering

95. Uit het feit dat de GR Blink beperkt eigen vermogen heeft en veel van haar inkoop op jaarbasis dient te realiseren via PreZero dan wel via additionele inkoop bij derden volgt dat ook in een nieuw construct - eventueel op grond van een gewijzigde GR Blink, dan wel via een nieuwe GR Blink – een inkoopfunctie georganiseerd zal worden. Het feit dat de GR Blink een aanbestedende dienst is maakt dat als de GR Blink zelf inkoopt dat zij deze opdrachten conform de aanbestedingsregels dient open te stellen voor concurrentie.
96. De aanbestedingsplicht zou in theorie anders kunnen liggen als ófwel via een niet-aanbestedingsplichtige vennootschap wordt aanbesteed, ófwel als kan worden aangetoond dat er bepaalde elementen zijn uit de opdrachtverlening die onderhands kunnen worden aanbesteed. Dit zal per element en aan de hand van de context moeten worden beoordeeld. Echter dient men ervanuit te gaan dat inkoop via een aanbestedingsprocedure plaats zal vinden.

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 35 van 37

97. Voor de realisatie van de inkoopplicht kunnen verschillende aanbestedingsroutes nader onderzocht worden. Het zou bijvoorbeeld in de context van afvalverwerking interessant zijn om te onderzoeken of concessieverlening een optie is die een zekere continuïteit van de dienstverlening waarborgt. Daarnaast kan bij de 'reguliere' aanbestedingsroutes onderzocht worden hoe men strategisch kan inkopen, door bijvoorbeeld ook te kijken naar de frequentie van aanbesteding en dus de duur van contracten. Ook kan men de continuïteit van de dienstverlening eventueel onderdeel maken van de gunningscriteria op grond waarvan potentiële gegadigden beoordeeld worden.

Afwikkeling bij uittreding PreZero

98. De geschetste oplossingsrichtingen brengen met zich dat in Laag I, PreZero uittreedt uit de GR en niet langer deelneemt. Voor Laag II geldt ook dat er in principe een aanbestedingsplicht geldt voor de inkoop van materieel en diensten ten behoeve van de dienstverlening van de GR Blink. De regels met betrekking tot uittreding zijn bepaald in de Gemeenschappelijke Regeling Reiniging Blink. Deze Regeling is tevens van groot belang voor de afwikkeling van de door ons voorgestelde uittreding van PreZero.
99. Voor hetgeen geregeld is over de rechtsverhouding tussen PreZero en de GR Blink baseren wij ons voornamelijk op de Regeling. Wij hebben ook naar de DVO en de SLA gekeken, en deze overeenkomsten vervullen op dienstverleningsniveau met name een concretiserende rol. De oorspronkelijke intentieverklaring geeft met name hetgeen weer de deelnemende Gemeenten enerzijds, en PreZero anderzijds, over en weer hebben willen vastleggen in de Regeling. De Regeling in zijn huidige vorm komt (nog steeds) grotendeels overeen met deze intentieverklaring.
100. De regels voor uittreding uit de GR Blink zijn vastgelegd in artikel 45 van de GR (hierna '**GR**'). Artikel 45 GR stelt andere gevolgen voor de uittreding van PreZero dan voor uittreding van een van de deelnemende gemeenten. Uittreding van PreZero heeft namelijk op grond van artikel 45 lid 2 GR tot gevolg dat de GR Blink wordt opgeheven. Aan uittreding van een van de deelnemende Gemeenten wordt dit gevolg niet verbonden.
101. Op grond van artikel 45 lid 3 en lid 4 GR geldt dat 'tussentijdse' uittreding door PreZero en/of een van de deelnemende gemeenten slechts kan per 1 januari van een kalenderjaar en enkel op grond van ófwel de tussentijdse evaluatie genoemd in artikel 43 GR, ófwel vanwege een ernstige schending van algemeen belang.³⁷ Uittreding op grond van de periodieke evaluatie genoemd in artikel 43 GR wordt onzes inziens niet als 'tussentijds uittreden' beschouwd, en dient volgens de Regeling te geschieden op 1 januari volgend op het jaar waarin de evaluatie heeft plaatsgevonden.
102. Artikel 47 GR regelt de gevolgen van opheffing, waaronder ook de gevolgen van opheffing bij

³⁷ Artikel 45 lid 4 GR definieert een dergelijke schending als 'bijvoorbeeld doch niet uitsluitend faillissement van PreZero, ontwijking van de dienstverlening door Blink, financiële wanorde binnen Blink, overtreding milieuregelgeving door Blink (...).

DATUM 2 februari 2022

ONS KENMERK

PAGINA 36 van 37

uittreding van PreZero. Vernoemenswaardig zijn daarbij de leden 4 en 5 van artikel 47 GR. Op grond van lid 4 van artikel 47 GR nemen deelnemers bij liquidatie *'al het door hen ingebrachte personeel en materieel terug van het openbaar lichaam'*. Wij interpreteren dit zo dat op grond van deze bepaling PreZero gerechtigd zal zijn het door haar verschaft 'materieel en materiaal' terug te nemen, en dat dit geen onderdeel zal uitmaken van de boedel van de GR Blink. Waarbij vermeldt dient te worden dat een dergelijke Regeling geen goederenrechtelijke verhoudingen kan regelen, of althans niet zonder meer, dus dat de eigendom van dit 'materieel' ook op grond van het Burgerlijk Wetboek bij PreZero dient te rusten.

103. Daarnaast geldt op grond van artikel 47 lid 5 GR voor de deelnemende gemeenten een inspanningsverplichting om het personeel Blink in te schakelen bij een nieuwe inzamelings- en reinigingsorganisatie. Voor deze inspanningsverplichting geldt ook dat in principe wettelijke regelgeving omtrent 'Overgang van ondernemingen' dergelijke personeelszaken regelt, echter dat het kan voorkomen dat bij het opheffen van de GR Blink tevens de vennootschap Personeel Blink BV uiteindelijk geliquideerd dient te worden zonder overgang van onderneming, en deze inspanningsverplichting voor de deelnemende Gemeenten dus alsnog taakstellend is.
104. Hoewel uittreding van PreZero dus in principe opheffing van de GR Blink teweeg zal brengen volgens de huidige Regeling, menen wij dat het van belang is om te benadrukken dat op grond van artikel 46 GR de Regeling gewijzigd kan worden op voorstel van het Algemeen Bestuur, dan wel op voorstel van de colleges van ten minste twee van de deelnemende Gemeenten, dan wel op voorstel van PreZero. Op grond van lid 2 van artikel 46 GR wordt een wijziging aangenomen indien het bevoegd orgaan van PreZero, alsmede de colleges van de deelnemende gemeenten, met toestemming van de raden, daartoe 'eensluidend' besluiten.
105. Artikel 46 lid 2 GR kan dus zo worden gelezen dat het betrokken partijen – PreZero enerzijds en de deelnemende Gemeenten anderzijds – vrij staat om alsnog met elkaar in onderhandeling te treden over de afwikkeling van de uittreding van PreZero en de gevolgtrekking dat met uittreding van PreZero de GR Blink ophoudt te bestaan kunnen aanpassen. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor de overige bepalingen, inclusief de voorwaarden die betrokken partijen in de Regeling hebben vastgelegd omtrent uittredingstermijnen en gronden voor uittreding.
106. Tevens achten wij het van belang om te vermelden dat deelnemende Gemeenten en de GR Blink zelf op grond van de Europese staatssteunregels en de nationale 'Wet markt en overheid' impliciet gehouden zijn om bij eventuele onderhandelingen over de afwikkeling zich zoals een private marktpartij op te stellen. Voor PreZero is immers vanzelfsprekend dat voor de eigen belangen wordt opgekomen.
107. In de door ons voorgestelde oplossingsrichtingen gaan wij uit van een eenvoudige wijziging van de Regeling waarbij de uittreding van PreZero op grond van artikel 45 lid 2 van de Regeling niet langer de opheffing van de GR Blink met zich brengt. Op deze manier kan de reeds bestaande GR Blink worden voortgezet met inachtneming van de aanbestedingsregels. Uiteraard zullen gelijktijdig ook

DATUM 2 februari 2022
ONS KENMERK
PAGINA 37 van 37

de bepalingen in de Regeling moeten worden aangepast die specifiek de rechten en verplichtingen van PreZero in de GR regelen.

108. Dit sluit echter niet uit dat de uiteindelijke conclusie kan zijn voor zowel deelnemende gemeenten als voor PreZero dat zij de huidige samenwerking niet langer willen voortzetten. Voor de deelnemende Gemeenten is daarbij van belang dat zij uiteindelijk op grond van het stelsel van de Wet Milieubeheer en de Wegenwet een gemeentelijke taak hebben en gehouden zullen zijn deze taak ook buiten de GR Blink om conform de aanbestedingsregels vorm te geven.

AKD

AKD

Bijlagen

AKD verleent juridische diensten via drie entiteiten; AKD N.V. in Nederland, AKD BV in België en AKD Luxembourg S.à r.l. in Luxemburg.

AKD BV is de entiteit waarmee u contracteert. Deze entiteit is gevestigd te Brussel, met statutaire zetel aan de Koloniënstraat 56, bus 3, 1000 Brussel en is ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0463349796. Het BTW nummer van AKD BV is BE 0463.349.796.

Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD BV. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing 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.eu.