

Aan : Portefeuillehouder breedband

Van : Projectteam breedband Regio Rivierenland

Datum : 10 September 2019

Betreft : **Reactie Brief GVB d.d. 4 september 2019**

Aantal pagina's : 3 (incl. deze)

Toelichting

De advocaten van Glasvezel Buitenaf (hierna GVB) hebben 4 september 2019 een brief gestuurd aan raad en college van uw gemeente. In deze brief geven zij aan dat de gemeente door oprichting van Uitvoeringsorganisatie Breedbandnetwerk Rivierenland (UBR) en het gunnen van een opdracht voor ontwerp, aanleg, beheer en onderhoud van een glasvezelnetwerk, een serie aan rechtsregels en rechtsbeginselen zou schenden. Hiervan is zeker geen sprake! In dit memo wordt een reactie gegeven op de brief van GVB. Er wordt gestart met een kernachtige conclusie en samenvatting (in het gearceerde vak). Onder 1-4 in het memo (vanaf pagina 2) worden de verschillende onderdelen kort nader uiteengezet.

Oprichting UBR en gunning opdracht voldoen aan alle wet- en regelgeving

GVB geeft in haar brief aan dat positieve besluitvorming over oprichting van UBR en daarna als UBR opdracht verstrekken voor ontwerp, aanleg, beheer en onderhoud in strijd is met verschillende rechtsregels en rechtsbeginselen. Dit is geenszins het geval. De stappen die Regio Rivierenland en de deelnemende gemeenten hebben gezet in het kader van het breedbandproject, voldoen aan alle geldende wettelijke kaders. Dat is en blijft ook zo als de raden akkoord gaan met de oprichting van de UBR en de gunning van de opdracht.

De goedkeuring van de EC is onverkort geldig

Er is een traject gestart bij de Europese Commissie (EC) op basis waarvan de EC in 2018 goedkeuring heeft verleend aan de regiogemeenten om een netwerk aan te leggen in de witte gebieden. Alle handelingen vanaf dat moment hebben plaatsgevonden binnen de kaders van de goedkeuring van de EC. De goedkeuring is nog onverkort geldig. Aan het vastgestelde marktfalen is ook niets wezenlijks veranderd. Nog steeds geeft GVB geen garantie tot aanleg over te gaan, noch of zij in alle regiogemeenten zal aanleggen, noch hoeveel of welke adressen zij zal aansluiten. Het uitblijven van dergelijke zekerheid heeft juist geleid tot de vaststelling van marktfalen en de goedkeuring van de EC. Hoe dan ook is de goedkeuring onaantastbaar geworden door het uitblijven van beroep daartegen binnen de geldende termijn.

De aanbestedingsregels zijn nauwlettend gevolgd

De Europese aanbestedingsprocedure die kon worden opgestart na de goedkeuring, heeft helaas niet tot inschrijvingen geleid. Dit legitimeert de regiogemeenten om vervolgens een procedure met onderhandelingen te voeren. Deze procedure met onderhandelingen heeft plaatsgevonden binnen de inhoudelijke en financiële kaders die golden voor de openbare Europese aanbestedingsprocedure. Er is geen sprake van een gewijzigde opdracht. Twee voorbeelden van het feit dat de opdracht ongewijzigd is: alleen de witte adressen worden aangelegd in opdracht van de regiogemeenten en de UBR wordt eigenaar van het netwerk.

GVB heeft alle kansen gehad maar niet benut

Gedurende de gehele periode (van 2016 tot heden) is GVB in de gelegenheid geweest om actief te participeren in het traject voor aanleg van het netwerk. GVB heeft deze mogelijkheden onbenut gelaten. Ook heeft GVB niet op eigen gelegenheid, buiten het proces van de regiogemeenten om, een netwerk aangelegd.

1. Geen sprake van uitsluiting GVB

GVb geeft in haar brief aan, kort gezegd, ook bereid te zijn geweest een netwerk aan te leggen (zelfstandig), maar niet de kans daartoe te hebben gekregen. Dit is niet het geval. Onderstaande opsomming is een toelichting op het feit dat GVb verschillende keren de gelegenheid heeft gekregen. GVb heeft van die gelegenheden geen gebruik gemaakt en alleen achteraf gecommuniceerd. De regiogemeenten hebben in dit proces altijd uiterste zorgvuldigheid betracht.

- In 2016 en 2017 zijn marktconsultaties gehouden om te peilen in hoeverre de markt geïnteresseerd was in aanleg van een netwerk voor de witte adressen om te weten of er sprake is van marktfalen. GVb heeft niet op deze marktconsultaties gereageerd. Alleen ná sluiting van de marktconsultatie in 2016 heeft zij aangegeven dat zij tot aanleg zou willen overgaan in Regio Rivierenland. Daarbij was GVb niet bereid of in staat garantie, zekerheid of bewijs te verstrekken dat dit inderdaad zou gaan gebeuren, binnen welke termijn en voor welke adressen.
- In april 2018 heeft de Europese Commissie goedkeuring verleend voor de aanleg van het netwerk in opdracht van de regiogemeenten. Na verlening van de goedkeuring kon bezwaar worden aangetekend tegen die goedkeuring. GVb heeft hier geen gebruik van gemaakt. De bezwaartermijn is inmiddels ook verlopen, zonder dat GVb (of een andere marktpartij) bezwaar heeft ingediend.
- In oktober 2018 is via de Regio Rivierenland de aanbestedingsprocedure voor het netwerk gestart. Hieraan voorafgaand heeft een openbare marktconsultatie plaatsgevonden om de kaders en voorwaarden voor de opdracht optimaal af te stemmen met geïnteresseerde marktpartijen. GVb heeft hier niet op gereageerd. Ook heeft GVb geen offerte ingediend naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure, of gebruik gemaakt van de mogelijkheid om vragen te stellen in een van de daarvoor bedoelde vragenrondes.
- GVb heeft in juli 2019 een brief geschreven aan de regio. In reactie op deze brief heeft de Regio Rivierenland GVb in de gelegenheid gesteld om ook aan de procedure met onderhandelingen deel te nemen. GVb heeft geen enkele reactie hierop gegeven.
- Los van het proces dat de regiogemeenten doorlopen, staat het GVb overigens altijd vrij om een netwerk in één of meerdere regiogemeenten aan te leggen. Dat blijft ook zo wanneer de regiogemeenten besluiten tot oprichting van de UBR en opdrachtverlening tot ontwerp, aanleg, onderhoud en beheer van het netwerk op de witte adressen.

2. Alleen witte adressen voor UBR

GVb geeft aan dat er buiten de toestemming van de Europese Commissie wordt gewerkt, doordat de opdracht/constructie niet alleen de zogenaamde witte adressen, maar ook de grijze adressen betreft.

Hier is geen sprake van. De informatie uit het WOB-verzoek waar GVb zich op beroept, is niet de werkwijze die ten uitvoer wordt gebracht. Het netwerk dat in opdracht van de regiogemeenten wordt aangelegd, is beperkt tot uitsluitend het witte gebied dat is vastgesteld conform de geldende richtsnoeren over breedband en in afstemming met de Europese Commissie. Dit staat ook uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten en contracten, die in de offerte van Digitale Stad zijn aanvaard.

3. Eigendom netwerk ligt bij UBR

GVb geeft in haar brief aan dat het aan te leggen netwerk geen eigendom zou worden van UBR. Ook hier is geen sprake van. De informatie uit het WOB-verzoek waar GVb zich op baseert, is niet de werkwijze die ten uitvoer wordt gebracht. Het netwerk dat wordt aangelegd in opdracht van de regiogemeenten, het netwerk in het witte gebied, wordt wel degelijk eigendom van de UBR. Dit staat ook uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten en contracten, die in de offerte van Digitale Stad zijn aanvaard.

4. Alle wet- en regelgeving is in acht genomen

GVb geeft in haar brief herhaaldelijk aan dat niet de juiste procedures zijn gevolgd, of trekt de wijze waarop deze zijn gevolgd in twijfel. Hier is echter geen sprake van. Zowel in het traject voor vrijstelling bij de Europese Commissie als in de aanbesteding zijn de juiste procedures gevolgd.

In 2016 is de Regio het traject bij de Europese Commissie gestart. De Regio heeft daar steeds duidelijk over gecommuniceerd, onder andere op haar website. Ook zijn er meerdere marktconsultaties uitgevoerd in overeenstemming met de daarvoor geldende richtsnoeren. De laatste marktconsultatie in 2017 is ook als vereiste van en in afstemming met de Europese Commissie uitgevoerd. Met de goedkeuring in 2018 is het traject van de jaren daarvoor afgehecht en is ook het marktfalen vast komen te staan. Gvb heeft dit besluit binnen de daarvoor geldende termijn ook niet aangevochten.

De regio heeft alle acties vanaf dat moment in lijn met de goedkeuring uitgevoerd.

De Europese aanbestedingsprocedure is helaas mislukt. Het mislukken hiervan rechtvaardigt dat de Regio een procedure met onderhandelingen opstart. Deze hoeft echter niet, zoals Gvb in haar brief beweert, openbaar te worden aangekondigd. Dit geldt alleen voor de gunning, en gunning heeft nog niet plaatsgevonden.¹ Daarbij is en wordt steeds gehandeld binnen de kaders van de eerdere openbare aanbestedingsprocedure, zoals dit wettelijk vereist is. Er is geen sprake van een gewijzigde opdracht. De argumenten die Gvb hier onder meer voor aanhaalt zijn weerlegd in 2 en 3.

¹ Zie artikel 2.32 io 2.37, van de Aanbestedingswet