

Per aangetekende post / per email vooruit

Gemeente West - Betuwe
t.a.v. het College van Burgemeester en Wethouders en de gemeenteraad
Kuipershof 2
4191 KH GELDERMALSEN

Uw kenmerk: Oprichten Gemeenschappelijke regeling Uitvoeringsorganisatie Breedbandnetwerk Rivierenland

Leiden:5 september 2019

Mijne dames en heren,

De besloten vennootschappen Glasvezel buitenaf B.V. en CAIW Diensten BV (verder gezamenlijk: GVb) hebben mr. J.J.M. Sluijs, mr. W.G.B. van de Ven en ondergetekende verzocht haar belangen te behartigen. Kortgezegd handelt uw gemeente in strijd met het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, de aanbestedings- en mededingingsregels, als u akkoord gaat met de oprichting van een gemeenschappelijke regeling met een openbaar lichaam in verband met de voorgenomen aanleg van een breedbandnetwerk (glasvezelnetwerk) in uw gemeente. Deze oprichting en het breedbandnetwerk staat binnenkort geagendeerd. Dat is de aanleiding voor deze brief.

Ik zend u deze brief, nu uw gemeente aan de vooravond staat van een besluit over de gemeenschappelijke regeling in verband met het beoogde breedbandnetwerk. Deze brief geeft nog geen uitputtende opsomming van de relevante feiten, de voorgeschiedenis of het relevante juridisch kader. Indien uw gemeente geen gehoor geeft aan de oproep zoals verwoord aan het einde van deze brief, heb ik de opdracht om namens cliënten verdere rechtsmaatregelen (bijvoorbeeld een kort geding) te treffen. Uiteraard is GVb bereid tot overleg om zulke maatregelen te voorkomen.

Geen openbare (gemeentelijke) taak

Ten aanzien van breedbandnetwerken zijn op Europees niveau regels vastgesteld die ook van toepassing zijn op nationaal, decentraal niveau. Het betreft de EU-richtsnoeren voor de toepassing van de staatssteunregels in het kader van de snelle uitrol van breedbandnetwerken¹ (verder: de Richtsnoeren). Daarin wordt een onderscheid gemaakt tussen witte, grijze en zwarte gebieden. Witte gebieden zijn de gebieden waar geen breedbandinfrastructuur aanwezig is en in de nabije toekomst waarschijnlijk ook niet zal worden ontwikkeld. Kortgezegd erkent de Europese Commissie (verder: EC) alleen in witte gebieden de mogelijkheid van lidstaten om financiële steun te verlenen voor het aanbieden van breedbanddiensten.

¹ PbEU C-25/01 d.d. 26 januari 2013.





De gemeenten van de Regio Rivierenland hebben plannen ontwikkeld om zelf een breedbandnetwerk aan te leggen. In de periode van oktober 2017 tot april 2018, hebben de gemeenten intensief contact gehad met de EC. Zij hebben verzocht om in te stemmen met de voorgenomen steunmaatregel om zelf een breedbandnetwerk aan te (doen) leggen. De EC heeft bij beschikking van 10 april 2018 hiermee ingestemd. Deze beschikking bevat strikte voorwaarden. Een van die voorwaarden is dat het netwerk *alleen wordt aangelegd in witte gebieden, als bedoeld in de Richtsnoeren*.²

Begin 2019 heeft Gvb, als rechtsopvolger van Communication Infrastructure Fund (CIF) B.V., aan de in de Regio Rivierenland samenwerkende gemeenten kenbaar gemaakt dat zij voor eigen rekening en risico een breedbandnetwerk in hun buitengebieden wil aanleggen. Dit voornemen had CIF al in haar e-mail van 4 januari 2016 aan de heer Herms van de Regio Rivierenland meegedeeld. Het voornemen van CIF heeft evenwel destijds niet in een uitrol geresulteerd. De heer Herms heeft CIF meegedeeld dat de gemeenten in de regio uitsluitend door middel van staatssteun willen samenwerken om tot een uitrol te komen. Het betrof de gemeente Maasdriel, de gemeente Zaltbommel, de gemeente Geldermalsen, Neerijnen, Lingewaal (thans: West-Betuwe), de gemeente Culemborg, de gemeente Tiel, de gemeente West Maas en Waal, de gemeente Neder-Betuwe en de gemeente Buren.³

Het beleid van CIF, evenals het huidige beleid van Gvb, is dat zij geen staatssteun nodig heeft om een openbaar breedbandnetwerk in het buitengebied (inclusief witte gebieden) aan te leggen. Dat zij hiertoe in staat is moge blijken uit de breedbandnetwerken die zij in de buitengebieden van vele gemeenten in Gelderland en andere provincies heeft aangelegd. CIF heeft de heer Herms hiervan nog eens uitdrukkelijk per e-mail van 4 mei 2016 in kennis gesteld. Het is dus niet geloofwaardig dat de gemeenten van de Regio Rivierenland in de periode tijdens de overleggen met de EC niet ervan op de hoogte waren dat marktpartijen, zoals Gvb, concrete plannen hadden om zonder staatssteun een breedbandnetwerk in hun buitengebied, inclusief de witte gebieden, aan te leggen. Nu de gemeenten de EC onjuist hebben geïnformeerd, is de beschikking van de EC gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat er sprake is van marktfalen in de witte gebieden.⁴ De gemeente kan de beschikking van de EC daarom niet gebruiken als rechtvaardiging voor de te verlenen steunmaatregelen. De in het raadsvoorstel overgenomen mededeling dat sprake zou zijn van marktfalen is eveneens onjuist.

Bij gebreke van marktfalen rijst de vraag waarom het de taak van de gemeente zou zijn om een openbaar telecommunicatienetwerk aan te leggen. Gvb meent dat die taak er niet is. Dat marktpartijen niet bereid zijn een breedbandnetwerk in witte gebieden aan te leggen zonder de zogeheten buitengebiedtoeslag, betekent niet dat de markt zijn werk niet kan doen. Dat er door marktpartijen een buitengebiedtoeslag gevraagd wordt is immers geen marktfalen; het laat juist de goede werking van de markt zien, namelijk dat de kostbare aanleg van een groot netwerk met een beperkt aantal aangeslotenen niet kan plaatsvinden zonder van de aangeslotenen een

² Zie overweging 12 van de beschikking van 10 april 2018 en par. 3.3 sub (75) Richtsnoeren.

³ De gemeente Buren is inmiddels uit deze groep van gemeenten gestapt.

⁴ De EC verstaat onder marktfalen (overweging 37 e.v. van de richtsnoeren) de situatie dat markten op eigen kracht en zonder het overheidsoptreden niet goed genoeg werken om een voor de samenleving doeltreffend resultaat op te leveren.



bijdrage te verlangen die de aansluitkosten (deels) dekt. Deze buitengebiedtoeslag wordt in alle buitengebieden waar GVB een breedbandnetwerk aanlegt gevraagd. Het stuit nergens in het land op bezwaren in die zin dat het bedrag bewoners ervan zou weerhouden om aan te sluiten.. Het tarief dat GVB hanteert (EUR 1.000,- ineens of EUR 12,78 per maand) vormt niet een zodanige belemmering dat bepaalde bewoners geen toegang zouden kunnen betalen. Het is in ieder geval geen bewijs van marktfalen. Dat betekent dat er evident geen reden is om gebruik te maken van aan UBR toe te kennen steunmaatregelen.⁵

Het is dan ook onbegrijpelijk dat de gemeenten in de Regio Rivierenland ondanks het ontbreken van marktfalen een zeer dure en onnodige investering willen doen voor de aanleg van een breedbandnetwerk dat ook door de markt kan worden aangelegd. Deze investering legt immers een onnodig beslag op gemeenschapsgelden. In dit kader is relevant dat in artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet is bepaald dat de gemeente als aanbestedende dienst zorg draagt voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van verplichtingen via een overeenkomst. De gemeente voldoet niet aan deze verplichting, indien zij haar publieke middelen besteedt aan een breedbandnetwerk, terwijl de markt voor eigen rekening en risico (dus: zonder overheidsgeld) en tegen marktconforme voorwaarden hier in kan voorzien.

De gemeenteraad moet in het licht van deze bepaling dan ook erop toezien dat de miljoenen die bij de oprichting van de gemeenschappelijke regeling moeten worden gereserveerd voor (het garanderen van de leningen voor) de aanleg van het netwerk door het eveneens op te richten openbaar lichaam, daadwerkelijk besteed worden aan de kerntaken van de gemeente.

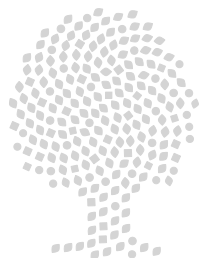
GVB meent dan ook dat het oprichten van de gemeenschappelijke regeling en openbaar lichaam geen openbare (gemeentelijke) taak dient en verzoekt u op dit punt met een kritische blik naar het raadsvoorstel te kijken.

Schending aanbestedingsregels en algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Ten behoeve het voornemen om een breedbandnetwerk in de gemeente van de Regio Rivierenland aan te leggen, wordt een gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam "Uitvoeringsorganisatie Breedbandnetwerk Rivierenland" (UBR) opgericht. UBR zal eigenaar worden van het netwerk.

In 2018 heeft een andere gemeenschappelijke regeling, namelijk het openbaar lichaam van Regio Rivierenland een Europese aanbesteding gehouden in verband met het breedbandnetwerk. Die aanbesteding zag enkel op de passieve infrastructuur van het netwerk: te weten het ontwerp en aanleg, onderhoud (kavel 1) en beheer (kavel 2) van het breedbandnetwerk. Voor deze aanbesteding bestond geen belangstelling in de markt.

⁵ Zie overweging 38 van de Richtsnoeren: Wanneer de markt niet voldoende breedbanddekking biedt of de toegangsvoorwaarden een probleem vormen, kan staatssteun derhalve helpen dit soort marktfalen op te lossen.



In het raadsvoorstel wordt de mislukte Europese aanbesteding gebruikt als reden dat Regio Rivierenland, en na haar oprichting UBR, 1 op 1 verder zou mogen onderhandelen met Digitale Stad. Dit is onjuist: een mislukte aanbesteding is reden voor het volgen van een onderhandelingsprocedure, maar die moet Europees aangekondigd worden, zodat alle potentiële gegadigden daaraan kunnen meedoen. Ook mag de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Indien wezenlijke wijzigingen plaats vinden, moet opnieuw Europees worden aanbesteed.

Volgens vaste rechtspraak zijn omstandigheden die de risico's voor de marktpartij doen afnemen, een wezenlijke wijziging. Uit het raadsvoorstel blijkt dat Digitale Stad de oorspronkelijke opdracht voor een netwerk in enkel de witte gebieden, wil combineren met de aanleg in de grijze gebieden. Het door Digitale Stad aan te leggen netwerk wordt veel groter en zij kan meer klanten bereiken, ook in een aantrekkelijker gebied. Dit vermindert de risico's voor Digitale Stad en is daarom een wezenlijke wijziging.

Uit het raadsvoorstel blijkt voorts, dat Digitale Stad een vraagbundeling heeft mogen uitvoeren in 2019 met een aantal door haar gecontracteerde dienstenaanbieders. Hierdoor weet Digitale Stad de interesse voor aansluitingen en heeft zij daarvoor principe-toezeggingen kunnen ophalen. Ook dit verkleint de risico's van Digitale Stad aanzienlijk.

Een derde wezenlijke wijziging is, dat niet meer sprake is van de aanbesteding van het ontwerp, de aanleg, het onderhoud en het beheer van een passief netwerk (een zogeheten Passive Layer Open Model). Door de Regio Rivierenland wordt ook onderhands onderhandeld over het aanbieden van diensten over het netwerk door dienstenproviders. Het ontwerp, de aanleg en het onderhoud van de passieve laag van het netwerk worden opgedragen aan Digitale Stad. Het beheer ervan wordt opgedragen aan de door Digitale Stad naar voren geschoven telecommunicatie provider KPN.⁶ Deze twee partijen gezamenlijk hebben van Regio Rivierenland de gelegenheid gekregen om door middel van een vraagbundeling ook de exploitatie van het netwerk door dienstenproviders (dus de actieve laag van het netwerk) te contracteren. Dit zijn overwegend aan KPN gelieerde dienstenproviders (dochterondernemingen). Hiermee is het uitgangspunt van de aanbesteding van een passief netwerk verlaten en is het verdienpotentieel van de opdracht enorm uitgebreid.⁷

Het voorgaande maakt duidelijk dat bij de oprichting van het UBR niet mag worden voortgeborduurd op die oude Europese aanbesteding. Het gaat om een compleet nieuwe opdracht, die op zijn eigen aanbestedingsrechtelijke merites moet worden beoordeeld. Na oprichting van het UBR zal , voor zover al sprake zou zijn van marktfalen – wat niet het geval is

⁶ Uit de stukken die naar aanleiding van het Wob-verzoek van Gvb zijn verstrekt is gebleken dat de Regio Rivierenland KPN bij brief van 30 april 2019 heeft uitgenodigd om met hem te onderhandelen over het beheer van het netwerk.

⁷ Nog daargelaten dat vanwege het direct investment model, waarvan de Europese Commissie in haar beschikking is uitgegaan, het ontwerp, de aanleg, het onderhoud en/of het beheer niet mag worden aanbesteed aan telecommunicatie-operators. Dat geldt niet alleen voor de Europese aanbesteding, maar ook voor een onderhandse aanbesteding.



-, moeten worden bekeken of opnieuw Europees moet worden aanbesteed, ditmaal met inachtneming van de hierboven toegelichte wezenlijke wijzigingen.

Indien UBR de onderhandelingen van de Regio Rivierenland met Digitale Stad en KPN zou voortzetten en met hen zou contracteren is dat niet alleen in strijd met de hiervoor genoemde aanbestedingsregels. Het is ook in strijd met de uitgangspunten van de steunmaatregelen die de EC bij de instemming van 10 april 2018 heeft betrokken. Het aanbesteden in strijd met deze uitgangspunten verdraagt zich niet met de algemene beginselen van behoorlijke bestuur, met name het materiële zorgvuldigheidsbeginsel, welke beginselen ook van toepassing zijn op privaatrechtelijk overheidshandelen.

Vergelijking op 5 uitgangspunten

Uw gemeente hanteert een aantal uitgangspunten opgenomen voor het aan te leggen breedbandnetwerk van UBR, welke als volgt zijn samen te vatten:

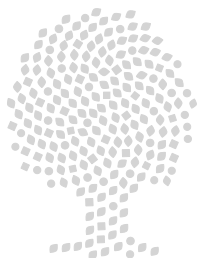
1. 100% dekkend breedband netwerk in het buitengebied;
2. Open netwerk;
3. Geen buitengebiedtoeslag;
4. Toekomstvast; en
5. Start aanleg voor 2020.

Het raadsvoorstel vermeldt dat de voorgenomen opdrachtnemer Digitale Stad aan deze vijf punten voldoet. Het netwerk van GvB zou op deze punten tekort schieten.

Digitale Stad kiest echter, zoals hierna wordt toegelicht, in feite eenzelfde benadering als GvB, met dien verstande dat er een aantal verschillen zijn die worden verklaard door de steunmaatregelen die aan UBR worden verleend.

Digitale Stad sluit enkel de adressen aan die zich bij haar vraagbundeling inschrijven. Zij vraagt daarvoor geen buitengebiedtoeslag. Maar, de bij Digitale Stad ingeschreven adressen die niet binnen twee maanden na oplevering van het netwerk een abonnement afsluiten voor de levering van diensten, betalen wel aan Digitale Stad een vergoeding van E 250,--. De bedoeling is helder. Een ingeschreven adres moet na oplevering van het netwerk een abonnement afsluiten bij een van de dienstenproviders waarmee Digitale Stad en KPN in het kader van de vraagbundeling afspraken hebben gemaakt (overwegend aan KPN gelieerde dienstenaanbieders). Andere dienstenproviders (zoals CAIW) hebben door deze aanpak, ondanks dat het gaat om een open netwerk dat met steunmaatregelen wordt gerealiseerd, geen gelijkwaardige kansen bewoners een concurrerend aanbod te doen.⁸ Ook dit is in strijd met de voorwaarden die de EC in haar oordeel heeft betrokken

⁸ CAIW, de dienstenaanbieder die samenwerkt met GvB, heeft, ondanks herhaald verzoek, tot dusver geen informatie van Regio Rivierenland ontvangen over de voorwaarden en tarieven die van toepassing zijn om diensten over het netwerk van UBR aan te bieden



Daarnaast informeert Digitale Stad bewoners dat Delta Glasvezel Investerings Rijssen eigenaresse zal zijn van het netwerk en dus niet – en in strijd met de voorwaarden die de EC in haar beschikking stelde – het nieuw op te richten openbaar lichaam UBR.⁹

Het spreekt voor zich dat een netwerk, van welke aanbieder dan ook, inclusief GVB, net zo toekomstvast is als een netwerk van UBR. Alle in Nederland aangelegde netwerken voldoen aan dezelfde standaard en technische specificaties.

Wat betreft de start van de aanleg van het breedbandnetwerk in 2019 kan geen enkele partij op dit moment garanderen dat daadwerkelijk in 2019 met de graafwerkzaamheden en aanleg wordt gestart. De beschikbaarheid van aannemers voor de werkzaamheden buiten is momenteel een uitdaging, nog daargelaten dat voor de start diverse vergunningen en toestemmingen van diverse overheden nodig zijn, op grond van diverse wetten, die tot vertraging kunnen leiden. Daarnaast is voor bewoners van het buitengebied niet zo zeer relevant wanneer de werkzaamheden starten, maar gaat het er om wanneer het netwerk gereed is voor gebruik.

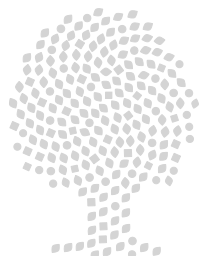
GVB is, anders dan Digitale Stad, er open en transparant over dat zij een eigen netwerk aanlegt. Digitale Stad beoogt dit uiteindelijk ook, maar in het raadsvoorstel wordt hier met geen woord over gerept. Daarin wordt vermeld dat UBR eigenaar wordt van het netwerk. Dit is niet alleen in tegenspraak de algemene voorwaarden die Digitale Stad met bewoners deelt. Het is ook in tegenspraak met de mededeling in de presentatie van Fruitdelta Rivierenland van 20 maart 2019, die GVB via een Wob-verzoek heeft ontvangen. Hieruit blijkt dat UBR en Digitale Stad c.q. Delta Glasvezel Investerings Rijssen voornemens zijn gezamenlijk een vennootschap op te richten, waarin de eigendom van het netwerk, zowel in de witte als grijze gebieden, wordt ondergebracht en partijen naar rato van de aansluitingen aandeelhouder zijn. Tegelijkertijd wordt volgens de presentatie uitgezocht of de aandelen van UBR 'staatssteun-proof' aan een marktpartij kunnen worden overgedragen.

Het is dus een illusie dat uw gemeente door de oprichting van UBR en een samenwerking met Digitale Stad een openbaar, breedbandnetwerk zal aanleggen dat - zoals de EC Commissie veronderstelt - minimaal 30 jaar eigendom blijft van UBR en iedere dienstenprovider tegen gelijke voorwaarden de mogelijkheid geeft om diensten aan te bieden.

Gewenste oplossing

In de visie van GVB dient de gemeente zich terug te trekken uit het krachtveld van de markt voor de aanleg van breedbandnetwerken. De gemeente dient zich te beperken tot haar publieke rol. Dat wil zeggen dat zij op grond van de Telecommunicatiewet ter bescherming van de openbare ruimte en ondergrondse infrastructuur instemmingen kan verstrekken voor graafwerkzaamheden, indien een aanbieder van een Telecommunicatienetwerk daarom vraagt. Voorts dient de gemeente zich te onthouden van eenzijdige (en onjuiste) berichtgeving over GVB. Eerdere eenzijdige berichtgeving dient te worden gerectificeerd.

⁹ Zie tweede en negende streepje algemene voorwaarden Digitale Stad op <https://digitale-stad.nl/media/documenten/algemene-voorwaarden-rivierenland.pdf>.

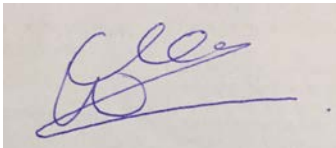


De gemeente kan, indien zij afziet van de oprichting van de gemeenschappelijke regeling, juist enorm besparen, omdat zij niet langer een fors bedrag moet reserveren voor investeringen en garantstellingen van UBR.

Ten slotte

Namens Gvb zal ik de uitkomst van uw raadvergadering en de verdere handelingen van de gemeente op de voet volgen. Indien blijkt dat uw gemeente geen gehoor geeft aan de oproep in deze brief, zal ik niet aarzelen om rechtsmaatregelen te treffen. Ik ga er echter vanuit dat de Raad en het College hun verantwoordelijkheid nemen en dat het zover niet hoeft te komen.

Met vriendelijke groet,



W.M. Ritsema van Eck

