

Nieuwsbrief Juristen inZicht

*Jaargang 12 / Nummer 1 / Voorjaar 2019*

**Publieke samenwerking tussen overheden voor Rijnlandroute geregeld**

**De provincie Zuid-Holland en Rijkswaterstaat willen graag dat Rijkswaterstaat het operationele weg- en tunnelbeheer op zich neemt van de nog aan te leggen provinciale weg als onderdeel van de Rijnlandroute. De vraag was: ‘Kan dit aanbestedingsrechtelijk wel en hoe regel je dit dan?’. De uitkomst: 'Ja, het kan en is inmiddels geregeld met een zogenoemd uitsluitend recht uit de Aanbestedingswet 2012’. Wat dit betekent leg ik hieronder uit.**

Rijkswaterstaat (hierna RWS) en de provincie Zuid-Holland (hierna PZH) werken sinds 2013 intensief samen om de Rijnlandroute te realiseren. De Rijnlandroute bestaat uit verschillende deelprojecten, waaronder de aanleg van een nieuwe weg en tunnel, de N434. Deze verbindingsweg ligt straks tussen de rijkswegen A4 (bij Leiden) en de A44 (ter hoogte van Katwijk). Deze weg wordt 4 km lang, waarvan 2,5 km tunnel. Er zijn geen tussenliggende op- en afritten. Deze weg en tunnel worden eigendom van PZH en PZH wordt daarmee ook weg- en tunnelbeheerder.

Juristen van RWS en PZH zijn diverse keren bij elkaar geweest en hebben veel uitgezocht om te verkennen of en zo ja, welke grondslag er kan zijn om de operationele weg- en tunnelbeheertaken van deze provinciale weg te laten uitvoeren door Rijkswaterstaat. Let wel: het gaat hier om de *operationele taken*. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling dat weg- en tunnelbeheer zelf door PZH wordt overgedragen aan RWS.

Het aanbestedingsrecht komt bij deze wens direct in beeld. Er is hier sprake van een aanbestedingsplichtige opdracht van PZH: andere (markt)partijen kunnen deze operationele taken ook uitvoeren. Het gaat om onder andere

* centrale en lokale bediening en bewaking van de tunnel,
* het verkeersmanagement,
* het incidentmanagement en milieubereddering,
* de gladheidsbestrijding,
* het opleiden en trainen van weginspecteurs en verkeersleiders ten behoeve van deze taken
* het (zo nodig) opstellen van het veiligheidsbeheerplan
* het (zo nodig) opstellen van het ontruimings- en calamiteitenplan brandbestrijding.

Al snel kwam ‘het uitsluitend recht’ als optie op tafel. In artikel 2.24 aanhef onder a van de Aanbestedingswet is de mogelijkheid neergelegd om als een aanbestedende dienst (hier PZH) een uitsluitend recht voor diensten te vestigen ten behoeve van een andere aanbestedende dienst (hier RWS). Met het vestigen van een uitsluitend recht wordt een basis gecreëerd voor het (zonder voorafgaande aanbesteding) gunnen van dienstenopdrachten aan RWS. Normaal gesproken zou PZH voor deze diensten een aanbesteding moeten organiseren. Deze mogelijkheid was interessant genoeg om met elkaar verder uit te werken. Want het uitsluitend recht is wel aan voorwaarden gebonden.

Allereerst kan een uitsluitend recht alleen gevestigd worden voor diensten en niet voor leveringen en werken. Verderis het noodzakelijk dat het uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Want hoewel regelgeving het samenwerken tussen overheden niet in de weg staat, is het vrije dienstenverkeer het uitgangspunt in het VWEU. Om te rechtvaardigen dat er sprake is onderhandse gunning van de dienstenopdracht(en) op basis van een uitsluitend recht , moet er sprake zijn van een uitzondering die genoemd wordt in het VWEU of van een dwingende reden van algemeen belang (‘rule of reason’) volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie. Voor deze opgave geldt als ‘rule of reason’ de doelstellingen van verkeersveiligheid. Het tunneltracé is hier ingeklemd tussen de rijkswegen A4 en A44. Er zijn geen tussenliggende toe- en afritten. Om die reden zullen incidenten en/of calamiteiten in het tunneltracé rechtstreeks een weerslag hebben op de verkeersstromen op de A4 en A44 en vice versa. Let wel: een uitsluitend recht mag niet onnodig ruim worden geformuleerd en PZH heeft moeten onderbouwen waarom een minder vergaande maatregel (zoals het coördineren tussen beheerders) niet volstaat.

Ook beschrijft artikel 2.24 aanhef onder a Aanbestedingswet 2012 dat het bij een uitsluitend recht gaat om een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij bekendgemaakt besluit van een bestuursorgaan wordt verleend en waarbij dit recht wordt voorbehouden aan hier RWS om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen. Voor deze casus heeft PZH als weg- en tunnelbeheerder van de nieuwe N434 (geografisch gebied) een provinciale verordening opgesteld. PZH heeft het voornemen tot het vaststellen van deze verordening tot verlenen van een uitsluitend recht aan RWS zelfs nog vrijwillig en voor de zekerheid geplaatst op Tenderned. Daarmee hebben marktpartijen de kans gekregen om te reageren. Niemand heeft gereageerd. Inmiddels hebben Provinciale Staten van PZH deze provinciale verordening goedgekeurd en is deze gepubliceerd (bekend gemaakt besluit van een bestuursorgaan). Ook op deze publicatie zijn geen nadere reacties gekomen. Hiermee is niet uitgesloten dat er nog reacties komen,maar de kans van slagen van latere protesten door marktpartijen is wel een stuk minder geworden. (Overigens kan RWS zelf wel marktpartijen inzetten – mogelijk via een aanbesteding - voor de uitvoering van de dienstenopdrachten op grond van het uitsluitend recht.)

Hoera! Na veel overleggen tussen juristen van RWS en PZH, veel studie en afstemming met de Landsadvocaat is dit uitsluitend recht gevestigd. En dan?

Het vestigen van het uitsluitend recht is stap 1. De vervolgstap is – zoals eerder genoemd - dat er op grond van het uitsluitend recht dienstenopdrachten worden verleend van PZH aan RWS. Hierover is ook al lang overleg. De basis voor deze dienstenopdrachten is vastgelegd in een samenwerkingsovereenkomst tussen partijen, hier hebben RWS WNZ en RWS PPO zich voor ingezet. Deze overeenkomst wordt 7 maart 2019 tijdens een feestelijke bijeenkomst ondertekend door de minister van Infrastructuur en Waterstaat en de gedeputeerde van de provincie – namens de commissaris van de Koning. En daarnaast is het belangrijk dat RWS intern de organisatie van deze diensten op orde brengt. Want de samenwerking wordt voor een lange periode aangegaan.. En RWS heeft met dit uitsluitend recht risico’s voor de uitvoering op zich genomen. Ook hiervoor heeft BJV Expertise intern aandacht gevraagd en tips meegegeven.

Al met al is het een leerzaam traject geweest, in mooie samenwerking met juristen van PZH. Een fijn voorbeeld van publiek publieke samenwerking waar Werken voor en met Partners goed tot zijn recht is gekomen.

Meer informatie: Marinke van ’t Hoff, marinke.van.thoff@rws.nl, tel. 06-40200008, werkzaam bij CD, BJV expertise.