

Memo

Aan:	Raadsleden en fractieassistenten
Cc:	
Van:	College van burgemeester en wethouders.
Datum:	15 augustus 2018
Kenmerk:	18ini02007
Onderwerp:	VMBO (Almende) - vragen en antwoorden deel 4

Geachte raadsleden en fractieassistenten,

Vooruitlopend op de raadsvergadering over de nieuwbouw van een VMBO-school in Silvolde zijn er diverse vragen gesteld. Deze vragen zijn beantwoord via onze memo's van 23 juli 2018 (18ini01898), 3 augustus 2018 (18ini01931) en 8 augustus 2018 (18ini01982).

Op 13 augustus 2018 ontvingen wij via de griffie vragen van de heer De Lange over het openbaar danwel vertrouwelijk verklaren van documenten. Daarnaast ontvingen wij op 14 augustus 2018 een korte notitie van de heer De Lange, waarin hij ingaat op de beantwoording van de vragen in het memo van 19 juli 2018 (18ini01898). In deze korte notitie zijn een aantal vragen gesteld, welke wij middels dit memo willen beantwoorden. De nummering van deze nieuwe vragen volgt de nummering van de eerder genoemde memo's op dit onderwerp.

Daarnaast willen wij met deze memo aanvullende informatie verstrekken.

Extra informatie over eerder gestelde vragen:

7. In de memo's van 19 juli 2018 (18ini01898) en 3 augustus 2018 (18ini01931) is gesproken over het overnemen van de aanbesteding. De gemeente zou dan optreden als bouwheer, in plaats van Achterhoek VO. Dit is juridisch mogelijk, maar brengt onder andere juridische- en renterisico's met zich mee.

Naar aanleiding van recente jurisprudentie kwam vanuit de ambtelijke organisatie een signaal dat er een mogelijkheid zou zijn van BTW-vrijstelling, wanneer de gemeente het bouwheerschap zou overnemen. Omdat het hier om een substantieel bedrag zou gaan, hebben wij hierop nader onderzoek gelast. Hiervoor is onder andere gesproken met een BTW-adviseur van Caraad.

Uit het nader onderzoek is gebleken dat het alsnog overnemen van de aanbesteding om BTW-vrijstelling te behalen in ieder geval zou leiden tot forse juridische- en proceskosten. Enerzijds omdat de overname uitgebreid moet worden voorbereid, zodat we zeker zijn over de overeenkomst die we overnemen. Anderzijds omdat de belastingdienst in vergelijkbare zaken procedeert en doorprocedeert. Naast juridische- en proceskosten vraagt dit ook langjarige ondersteuning vanuit verschillende vakafdelingen zoals de afdeling Juridische Zaken. Een groot deel van het financiële voordeel door de BTW-vrijstelling zou daarmee te niet gaan aan juridische-, proces- en ambtelijke kosten. Dit is nog los van de onzekere uitkomst van een juridisch proces tegen de belastingdienst.

Daarnaast zijn aan het bouwheerschap extra kosten verbonden. De gemeente is geen projectontwikkelaar en zal tijdens de bestemmingsplanprocedure en bouw extra projectleiderschap en externe ondersteuning moeten inzetten. Ook vraagt het bouwheerschap extra administratieve ondersteuning, onder andere voor de facturering en BTW-administratie.

Naast de extra kosten die de gemeente als bouwheer zal moeten maken, zien wij forse inhoudelijke risico's, bijvoorbeeld bij bouwkostenoverschrijding na de gunning. Het risico daarvan ligt nu bij Achterhoek VO en zou bij de gemeente komen te liggen.

Bovenstaande heeft ons doen afwegen dat het mogelijk te behalen financiële voordeel niet afweegt tegen de lasten en risico's die zijn verbonden aan het overnemen van het bouwheerschap. Dit ligt in het verlengde van het uitgangspunt van de wet dat scholen bouwen en de gemeente niet.

Aanvullende vragen:

42. Vraag 1 ging over de geldende verordening over onderwijshuisvesting. Ik begrijp dat het antwoord is dat de daarin vervatte normen achterhaald zijn. De vraag zag er echter op hoe het mogelijk is om in strijd met geldend recht, namelijk een als materieel recht geldende algemeen verbindende verordening, te besluiten.

Antwoord: In de memo van 3 augustus 2018 (18ini01931) is een aanvullend antwoord gegeven op vraag 1, onder verwijzing naar de adviesmemo van Dirkzwager van 31 juli 2018 (document 29).

42. Op vraag 2 is geen antwoord gegeven.

Antwoord: Wij hebben als gemeente inderdaad een vastgestelde Verordening Voorzieningen Huisvesting Onderwijs. Zoals veel gemeenten in Nederland maken we daar in de praktijk echter zelden gebruik van. In goed overleg met de schoolbesturen wordt in gezamenlijkheid verkend welke voorzieningen noodzakelijk zijn. Deze worden vervolgens opgenomen op de investeringslijst die door de gemeenteraad wordt vastgesteld, zodat uitvoering gegeven kan worden aan nieuwbouw. Wij doen dit als gemeente al zo sinds de fusie in 2005.

In afwijking van deze staande praktijk heeft het college in haar vergadering van 12 december 2017 het bekostigingsplafond voor 2018 vastgesteld op € 800.000. Dit is in aansluiting op de Programmabegroting 2018-2021, waarin € 800.000 is opgenomen voor de huisvesting van primair onderwijs in Gendringen. De reden dat het college dit jaar wél een bekostigingsplafond heeft ingesteld is gelegen in het formele verzoek dat Essentius en Accent op basis van de verordening hadden ingediend.

43. Op vraag 3 is onvoldoende antwoord gegeven. Waarom vermeldt geen enkel document dat Achterhoek VO voornemens is de school niet te bouwen als niet het volle bedrag van € 13.000.000 wordt gefinancierd?

Antwoord: De wethouder heeft deze uitspraak gedaan op basis van eerder bestuurlijk overleg. Niet van ieder overleg wordt een verslag gemaakt. De heer Louwsma heeft tijdens de raadscommissie van 12 juli 2018 de uitspraak van de wethouder bevestigd, zij het in minder expliciete bewoordingen.

44. De antwoorden op vragen 10, 13 en 14 ontbreken nog.

Antwoord: De antwoorden op deze vragen zijn meegenomen in de memo van 3 augustus 2018 (18ini01931).

45. Het antwoord op vraag 11 sluit niet aan op de vraag en kan niet gelden als een behoorlijk antwoord. Het betreft een feitelijke en concrete vraag naar het tijdstip en de personen die tot het besluit zijn gekomen om volgens de BENG normen te gaan bouwen. Het is geen vraag naar de wenselijkheid om zo te bouwen.

Antwoord: Zoals bij de beantwoording van vraag 11 en 12 is aangegeven, heeft de gemeente geen besluit genomen over het al dan niet bouwen volgens BENG. Dit besluit is onderdeel van het Programma van Prestaties en daarmee een besluit van Achterhoek VO binnen de aanbesteding.

Het Programma van Prestaties is ons niet bekend. Het is ons ook niet bekend welke personen hieraan hebben meegewerkt of door wie en op welk moment dit is vastgesteld. Het college is van mening dat het Programma van Prestaties en de totstandkoming daarvan valt binnen de

bevoegdheid en verantwoordelijkheid van Achterhoek VO en daarmee niet die van de gemeente. Voor de redenen hiervoor verwijzen we naar de beantwoording van vraag 30.

Overigens begrijpt het college de keuze van Achterhoek VO om te willen bouwen volgens BENG goed en om die reden heeft zij de raad in het voorliggende raadsbesluit voorgesteld hier extra middelen voor vrij te maken.

46. Het antwoord op vraag 12 sluit niet aan op de vraag, die eveneens een concrete strekking heeft.

Antwoord: Omdat het geen besluit van de gemeente is en wij het besluit ook niet hebben voorbereid, beschikken wij niet over documenten hieromtrent.

47. Vraag 17 en vraag 18 zijn niet beantwoord. De raad is immers pas geïnformeerd toen het besluit om volgens de BENG-normen te bouwen, met een financiële consequentie van meer dan € 1,1 miljoen, al was genomen. De vraag was waarom de raad, gezien het feit dat daar het budgetrecht ligt, een dergelijke majeure wijziging buiten de door de raad gestelde kaders valt en niet als onderdeel van de uitvoering van het raadsbesluit kan worden gezien, niet vooraf actief is geïnformeerd. Ik meen dat het college in het kader van de verantwoordingsplicht daar alsnog een antwoord op dient te geven.

Antwoord: Omdat het besluit om te bouwen volgens de BENG-normen geen besluit van het college is, kon het college de raad ook niet actief en vooraf informeren. Op het moment dat het college vernomen heeft over de financiële consequenties daarvan (december 2017) heeft zij direct onderzoek ingesteld (januari 2018) en vervolgens de raad via de commissie geïnformeerd (8 februari 2018). Verwezen wordt hierbij ook naar de antwoorden op de vragen 35 en 38. Het college is van mening dat zij hiermee aan haar informatieplicht heeft voldaan.

48. Vraag 20 is niet beantwoord. De onder de vraag geplaatste tekst is niet als zodanig te beschouwen. Deze gaat over de opstelling van de bekostigingsovereenkomst aan de hand van het aan de raad ter gelegenheid van het besluit van 23 maart 2017 gepresenteerde onderhandelingsresultaat. Er is nu discussie over de vraag of Achterhoek VO juridisch aan die overeenkomst is te houden. Weliswaar zijn nu een flink aantal concepten in het RIS beschikbaar, maar die tonen niet waarover nader is onderhandeld. Is het college b.v. door Dirkzwager gewaarschuwd, dat Achterhoek VO niet verplicht zou kunnen zijn om bij prijsstijgingen de school toch te bouwen?

Antwoord: De bij ons beschikbare documenten ten aanzien van de voorbereiding op de bekostigingsovereenkomst zijn de 19 documenten die zijn ontsloten via het RIS. Verwezen wordt hierbij naar het aanvullende antwoord op vraag 21 in de memo van 3 augustus 2018 (18ini01931) en naar de adviesmemo van Dirkzwager van 31 juli 2018 (document 29) voor de interpretatie hiervan.

49. Ik zou graag het bij de beantwoording van vraag 23 genoemde advies van Dirkzwager uit januari 2018 ter beschikking krijgen.

Antwoord: Het advies van januari 2018 van Dirkzwager is mondeling gegeven. Dit is terug te vinden in de vraagstelling aan Dirkzwager op 6 juli 2018 (document 28).

50. De adviezen en documenten die in de beantwoording van vraag 21 worden genoemd, zijn nog niet beschikbaar gesteld.

Antwoord: In de memo van 3 augustus 2018 (18ini01931) is een aanvullend antwoord gegeven op vraag 1, onder verwijzing naar de adviesmemo van Dirkzwager van 31 juli 2018 (document 29). Daarbij zijn ook de documenten beschikbaar gesteld (nummers 1 t/m 19). Zie hiervoor ook de antwoorden op vraag 39 en 40.

51. De beantwoording van vraag 22 vraagt een aanvulling naar aanleiding van de second opinion van Nysingh over dit onderwerp, die immers, op zijn zachts gezegd een andere conclusie trekt.

Antwoord: In haar advies verwijst Nysingh naar het arrest van de Hoge Raad van 13 maart 1981

(NJ 1981/635). In dit arrest wordt bepaald dat bij de uitleg van overeenkomsten niet alleen moet worden gekeken naar de tekst van de bepalingen, maar ook naar de bedoeling die partijen hadden. Nysingh geeft aan enkel te hebben kunnen kijken naar de tekst van de overeenkomst, waardoor zij een beperkt advies heeft kunnen geven. Dirkwager daarentegen heeft, mede omdat zij bij de totstandkoming van de bekostigingsovereenkomst betrokken was, nadrukkelijk ook de partijbedoeling bij haar advies van 31 juli 2018 (document 29) betrokken.

52. Verder zou ik graag nog antwoorden ontvangen op mijn vragen van 31 juli, die zien op de persuiting van het college en de informatie die wel met de pers, maar niet met de raad is gedeeld.

Antwoord: In het memo van 18 juli 2018 (18ini01897) over het proces na de raadscommissie hebben wij u toegezegd u van de benodigde informatie te voorzien en hebben wij ook aangegeven welke stappen daartoe op dat moment al waren gezet. Van belang hierbij is dat een groot deel van de relevante documenten ten aanzien van de aanbesteding door ons zijn verkregen onder geheimhouding, teneinde de aanbestedingsregels niet te schenden. Op 30 juli hebben wij om 16.51 van Achterhoek VO vernomen dat de bezwaartermijn binnen de aanbesteding was verlopen, waardoor wij diverse documenten openbaar mochten maken. Wij hebben dit direct gedaan middels een brief (18uit15041) met bijlagen. Deze brief is op 30 juli om 17.28 aan de griffie verzonden en is door de griffie in de ochtend van 31 juli aan u toegezonden.

Tegelijkertijd was er sprake van persvragen. De wethouder heeft deze beantwoord op 30 juli, onder de aanname dat u dezelfde dag (en dus voor het verschijnen van de krant) nog geïnformeerd zou worden.

De pers heeft geen andere informatie ontvangen dan u in de krant heeft kunnen lezen, namelijk dat wij een brief aan u zouden doen toekomen, alsook 47 documenten. De genoemde 47 documenten zijn niet naar de pers gestuurd.

53. Aanvullend daarop wil ik het college vragen of de wethouder goed is geciteerd t.a.v. de uitspraak als zou de raad op de stoel van de wethouder gaan zitten. Ik verwijs naar mijn vragen van 31 juli 2018.

Antwoord: De vragen van de heer De Lange van 31 juli 2018 gaan over het artikel dat op 31 juli 2018 is verschenen in De Gelderlander. Hierin is geen citaat van de wethouder opgenomen als zou de raad op de stoel van de wethouder gaan zitten.

Los daarvan heeft het college in haar memo van 18 juli 2018 (18ini01897) al gewezen op het risico van rolverwarring. Het is bijvoorbeeld niet aan de gemeente om in de aanbesteding te treden. Zie hiervoor bijvoorbeeld het antwoord op vraag 30 en de antwoorden op de diverse vragen rondom het besluit om te bouwen volgens de BENG-normen (vraag 11, 12, 17, 18, 45, 46 en 47).

Het is aan de raad om kaders te stellen en toezicht te houden op de uitvoering door het college, binnen die kaders. Het is aan het college om binnen de door de raad gestelde kaders afspraken te maken met Achterhoek VO en hierop toezicht te houden. Het is aan Achterhoek VO om een aanbesteding te doorlopen en een school te bouwen. De scheiding tussen deze rollen en de taak van toezichthouden vraagt dat elk van deze partijen op zijn of haar eigen stoel blijft zitten.

54. Mag ik er trouwens op rekenen dat er door het college bij de behandeling van dit onderwerp wordt gereageerd op de inbreng van Olaf Schuur en of die heeft geleid tot een ander standpunt over de omvang van de verplichting tot het, al dan niet actief, verstrekken van informatie aan de raad of een individueel raadslid?

Antwoord: Het college heeft kennis genomen van het advies van de heer Schuur en is van mening dat zij in lijn hiermee heeft gehandeld. Wel blijkt, zowel uit het advies van de heer Schuur als in dit concrete dossier, dat aanvullende afspraken tussen raad en college over de wijze van samenwerking en informatievoorziening wenselijk zouden zijn. Hierover zouden wij graag met uw raad in gesprek treden.

55. Ik zou graag zien dat dat onderwerp in alle openbaarheid kan worden behandeld, maar bemerk dat er toch nog een groot aantal documenten in het RIS staan, die als vertrouwelijk of geheim zijn bestempeld en daarom in principe niet in de openbaarheid kunnen worden besproken. Ik vraag mij in gemoede af, of er werkelijk goede redenen zijn aan te voeren om die documenten niet openbaar te maken, omdat, als er eerder al reden voor vertrouwelijkheid bestond, die gezien de huidige stand van dit dossier is komen te vervallen. Het gaat (voorlopig) om de volgende documenten:

- a. Conclusies en afspraken besloten deel commissievergadering 08022018: In ieder geval de toezegging door de wethouder.
- b. Powerpoint presentatie 08022018
- c. Nr. 9 ambtelijk memo d.d. 18 jan 2018 (waarom niet gedeeld met de raad ?)
- d. Nr. 13 ambtelijk memo d.d. 5 feb 2018: 5 scenario's
- e. Nr. 14 Powerpoint 8 feb 2018 (50%)
- f. Nr. 20 Memo MOVE diverse scenario's (gaat kaderstelling te buiten, waarom niet voorgelegd aan de raad ??)
- g. Nr. 21 Memo aan presidium d.d. 22 maart 2018
- h. Nr. 26 Advies Dirkzwager inz. Moment raadsbesluit (kan tot 23 september)
- i. Nr. 28 advies Dirkzwager over afdwingbaarheid bekostigingsovereenkomst d.d. 6 juli 2018
- j. Nr. 29 advies Dirkzwager over afdwingbaarheid bekostigingsovereenkomst d.d. 30 juli 2018

Antwoord: Het college staat op het standpunt dat het essentieel is dat de raad haar controlerende rol zo optimaal en volledig mogelijk moet kunnen uitvoeren. Daarbij hoort dat de raad beschikt over alle benodigde informatie. In dit verband verwijzen wij graag naar ons memo van 18 juli 2018 (18ini01897), onze brief van 31 juli 2018 (18uit15041) en het advies van Schuwer.

Ook staat het college op het standpunt dat openbaar moet zijn, wat openbaar kan zijn.

Dat neemt niet weg dat er redenen kunnen zijn waarom bepaalde documenten niet kunnen worden verstrekt of niet openbaar kunnen worden gemaakt. Artikel 169 Gemeentewet geeft aan dat documenten niet verstrekt hoeven te worden wanneer er sprake is van 'schending openbaar belang'. Daarvan is in casu geen sprake en om die reden zijn alle benodigde documenten aan uw raad verstrekt.

Dat een document aan uw raad verstrekt mag worden, betekent niet automatisch dat dit document voor eenieder openbaar gemaakt moet worden. Hiervoor geldt een ander regime, waarbij wij aansluiting zoeken bij de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Documenten die op grond van de Wob niet zouden worden verstrekt, verstrekken wij aan uw raad in vertrouwelijkheid. Op die manier kunnen wij tegemoetkomen aan uw inlichtingenrecht en voorkomen dat voor intern gebruik bedoelde documenten in de openbaarheid komen. Met het recht van raadsleden en fractieassistenten om meer informatie te krijgen dan de gemiddelde inwoner komt ook een verantwoordelijkheid om prudent en op vertrouwelijke wijze met deze (extra) informatie om te gaan.

Meer specifiek betekent dit voor de in de vraag benoemde documenten het volgende:

Sub a t/m g betreffen documenten die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad die betrekking hebben op gegevens die nog in bewerking zijn of die, hoewel gereed, op zichzelf een onvolledig en daardoor vertekend beeld geven. Onder intern beraad wordt krachtens artikel 1, aanhef en onder c, van de Wob verstaan: 'het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid'. In de Handreiking van de VNG ('Transparant bestuur') is aangegeven dat hier onder meer nota's van ambtenaren aan hun (politieke en ambtelijke) chefs, correspondentie tussen onderdelen van de gemeenten of tussen gemeenten onderling, concepten van stukken, agenda's en notulen onder worden verstaan. Tevens is in de handreiking aangegeven dat het antwoord op de vraag of stukken bestemd zijn voor intern beraad wordt bepaald door het oogmerk waarmee het stuk is opgesteld. Er is alleen sprake van interne documenten als degene die de stukken hebben opgesteld de bedoeling had die stukken voor zichzelf of anderen binnen de overheid te gebruiken. Dit is precies hetgeen beoogd is met de betreffende ambtelijke memo's en presentaties.

Bovendien betreffen het documenten waar persoonlijke beleidsopvattingen van bestuurders en ambtenaren in staan. Artikel 1, aanhef en onder f, van de Wob definieert persoonlijke beleidsopvattingen als: 'een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten'. De Handreiking van de VNG zegt hierover dat de opvattingen niet herleidbaar hoeven te zijn tot een enkele persoon. Ook meningen of opvattingen van meer personen of een groep personen kunnen persoonlijke beleidsopvattingen in de zin van de Wob zijn. Uitdrukkelijk is aangegeven dat ook commissies en werkgroepen persoonlijke beleidsopvattingen kunnen hebben. Persoonlijke beleidsopvattingen die zijn opgenomen in documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, hoeft de gemeente niet te verstrekken in het kader van de Wob. De Memorie van Toelichting bij de Wob (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 859, nr. 3) geeft ter toelichting op deze beperking van de openbaarheid van documenten: "De beperking van de openbaarheid beoogt te bewerkstelligen dat bij de primaire vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten". Dit is een belangrijk goed om tot gedegen en creatieve voorstellen en besluiten te kunnen komen.

Sub h t/m j betreffen juridische adviezen van een extern juridisch adviesbureau, te weten Dirkzwager. Deze stukken vallen ook onder de definitie van artikel 11, omdat zij bestemd zijn voor intern beraad. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) heeft expliciet geoordeeld dat een advies van een advocaat aan een bestuursorgaan niet openbaar hoeft te worden gemaakt in de zin van de Wob (ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708). De Afdeling overwoog dat een advies van een advocaat over mogelijke procedures en daarin in te nemen standpunten en te volgen tactieken naar zijn aard bestemd is voor intern beraad. Voor zover in het advies objectieve gegevens zijn opgenomen, is de Afdeling van oordeel dat deze dermate nauw met de persoonlijke beleidsopvattingen zijn verweven dat het niet mogelijk is deze van elkaar te scheiden. I.c. speelt een vergelijkbare zaak en wordt in het extern juridisch advies ook ingegaan op de mogelijk te volgen procedures en tactieken.

Het college is zich bewust van het feit dat als een document dat bestemd is voor intern beraad persoonlijke beleidsopvattingen bevat, dat niet betekent dat de gemeente deze documenten in zijn geheel niet hoeft te verstrekken. In sommige gevallen zijn de in het document neergelegde feitelijke gegevens zeer nauw verweven met de persoonlijke beleidsopvattingen. Separate verstrekking is dan ook niet mogelijk. I.c. hecht het college veel waarde aan het inlichtingenrecht. Daarom is besloten om de genoemde documenten vertrouwelijk met u te delen om te voorkomen dat deze documenten in dit stadium in de openbaarheid terechtkomen. Op grond van bovenstaande argumenten is dat niet wenselijk. Artikel 11 biedt geen grondslag voor het opleggen van formele geheimhouding (dit kan immers alleen op grond van artikel 10 van de Wob) waardoor voor deze praktische uitvoering is gekozen.

Naar aanleiding van deze vraag hebben wij gemeend in de lijst met documenten duidelijk te maken welke documenten openbaar zijn en welke vertrouwelijk.