

Verkenning investeren in huisvesting kinderopvang

Opdrachtgever
Gemeente Meierijstad

Referentienummer
2200404/20210311/OD

Datum
18 maart 2021

Auteur(s)
Onno Damen, Joëlle Wijntjens en
Saskia Balvers

Inhoudsopgave

1. Inleiding en context	3
2. Model investeren in huisvesting kinderopvang	4
2.1 Medegebruik en verhuur	4
2.2 Type investeerder	5
2.3 Afdekken risico gemeente	6
2.4 Nieuwbouw of bestaande bouw	6
2.5 Inzicht in verschillende situaties	7
2.6 Berekening huurprijs	8
2.7 Tariefstelling verhuur en medegebruik	8
2.8 Type overeenkomsten	8
2.9 Samenvatting model	9
2.10 Inperken leegstandsrisico	9
3. Aanbesteding kinderopvang	11

De inhoud van deze uitgave is eigendom van ICSadviseurs B.V. te Zwolle. Enkel de opdrachtgever waarmee ICSadviseurs B.V. een overeenkomst is aangegaan, heeft een gebruiksrecht voor deze uitgave. De inhoud en omvang van dat gebruiksrecht zijn vastgelegd in de algemene voorwaarden van ICSadviseurs B.V., d.d. december 2008, dan wel in de overeenkomst zoals hiervoor bedoeld. Elk ander gebruik van deze uitgave, door opdrachtgever en of derden is uitgesloten, inhoudende dat niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, via internet, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van ICSadviseurs B.V.

1. Inleiding en context

Binnen de gemeente Meierijstad is het streven om te komen tot eenduidige en heldere afspraken voor investeringen in huisvesting voor kinderopvang. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in het model waarop de investeringen gepleegd worden en daarnaast hoe om te gaan met eventuele aanbestedingsverplichtingen.

Context

Vanuit inhoudelijke samenwerking zijn onderwijs en opvang gelijkwaardig. Als in een gebouw het onderwijs groeit is het niet meer zo dat de opvang moet wijken voor de groei van het onderwijs. De huisvestingsafspraken borgen en stimuleren een langdurige samenwerking. In het nieuwe model vindt een verrekening van kosten plaats met de opvang.

De inhoudelijke keuze voor een opvangorganisatie ligt bij het schoolbestuur. Zij kiest een samenwerkingspartner en de gemeente kan daarna middels financiering in de huisvesting voorzien.

*NB: Binnen de gemeente Meierijstad is een beleidsregel medegebruik en verhuur in concept beschikbaar. Het gaat om een eerste concept. Na bespreking met het onderwijsveld kan door het college vastgesteld worden voor Meierijstad waardoor ook voor andere partijen dan opvang een mogelijkheid bestaat om gebruik te maken van beschikbare capaciteit in onderwijsgebouwen. Indien deze beleidsregel niet wordt vastgesteld zou in de tussentijd dit model gebruikt kunnen worden voor gebruik van gebouwen door derden. **Het doel is deze beleidsregel gelijktijdig met het IHP vast te stellen.***

Inhoud notitie

Deze notitie bevat de volgende zaken:

- In hoofdstuk 2 wordt het model voor investeringen in huisvesting voor kinderopvang beschreven.
- In hoofdstuk 3 staat de reflectie op een eventuele aanbestedingsverplichting.

2. Model investeren in huisvesting kinderopvang

Voor het investeren in huisvesting voor kinderopvang is een aantal elementen belangrijk:

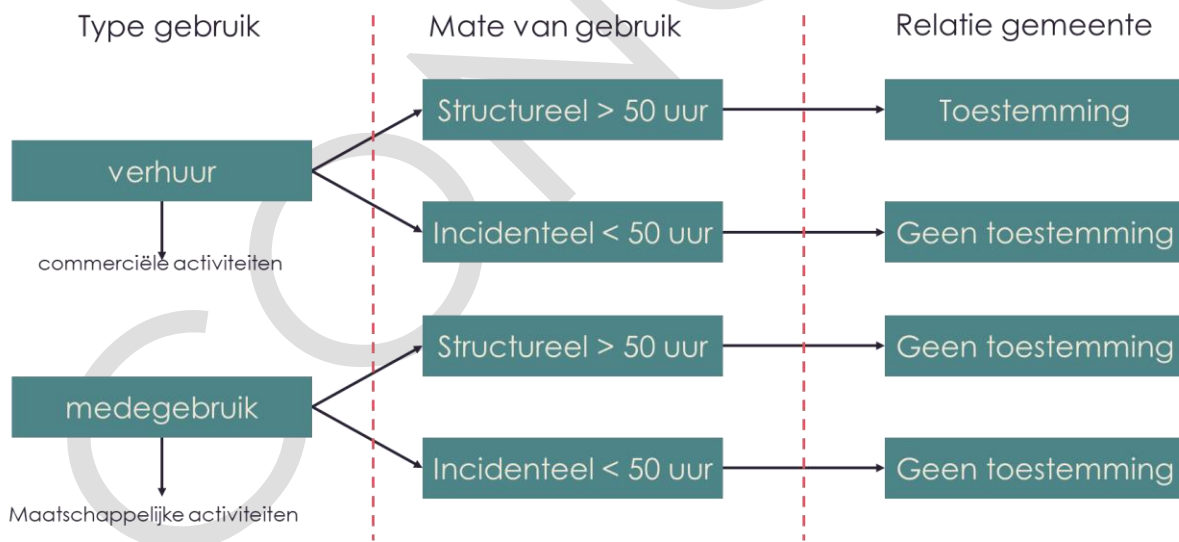
- Onderscheid tussen medegebruik en verhuur
- Onderscheid in wie de investering pleegt
- Onderscheid in bestaande bouw of nieuwbouw
- Type ruimtegebruik: enkel of dubbel gebruik

2.1 Medegebruik en verhuur

Het verschil tussen verhuur en medegebruik is wettelijk bepaald en vraagt om verschillende procedures. Verhuur is aan de orde als er geen sprake is van ruimtegebruik door een organisatie met een maatschappelijk, cultureel of sociaal doel. In ieder geval geldt voor organisaties met een commerciële doelstelling dat deze vallen onder het begrip verhuur. Van verhuur is dus sprake bij ruimtegebruik door o.a. buitenschoolse opvang, kinderopvang, peuteropvang, et cetera. Verder is voor het verhuren van ruimte door het bevoegd gezag aan derden toestemming nodig van de gemeente.

Medegebruik is aan de orde bij ruimtegebruik door een organisatie met een maatschappelijk, cultureel of sociaal doel. Van medegebruik is dus sprake bij ruimtegebruik door organisaties als Oranjevereniging, zangvereniging, andere basisscholen, et cetera. Verder is voor het in medegebruik geven van ruimten geen toestemming nodig van de gemeente.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen structureel en incidenteel gebruik. Indien een ruimte meer dan 50 uur (per jaar) gebruikt wordt, is er sprake van structurele verhuur/gebruik. Alleen in de gevallen van structurele verhuur is toestemming nodig van de gemeente. In onderstaand schema is dit weergegeven.



Bij structureel gebruik wordt gewerkt met een huurovereenkomst en bij incidenteel gebruik wordt gewerkt met een gebruikersovereenkomst. Als een schoolbestuur leegstand verhuurt is toestemming van de gemeente noodzakelijk. Bij de aanvraag wordt de huurovereenkomst bijgevoegd opdat de gemeente deze kan bekijken. De gemeente ontvangt een kopie van de uiteindelijke ondertekende huurovereenkomst.

2.2 Type investeerder

Voor het investeren in kinderopvang zijn verschillende type investeerders mogelijk:

1. Kinderopvangorganisatie investeert zelf;
2. Een private derde partij investeert;
3. De gemeente investeert;
4. Het schoolbestuur investeert.

Ad 1.

Het is aan de kinderopvangorganisatie zelf om te bepalen of dit tot de mogelijkheden behoort. In dit geval is geen sprake van verrekening van de initiële investering maar enkel sprake van een afspraak over de exploitatielasten. Deze variant vraagt een financieel krachtige kinderopvangorganisatie. Het risico bestaat dat niet alle opvangorganisaties dit kunnen en de financiële samenwerking gaat prevaleren boven een inhoudelijke samenwerking.

Complexiteit is dat de opvangorganisatie een vorm van onderpand nodig heeft. Dit vraagt ook om juridische afspraken over de verdeling van het gebouw in bijvoorbeeld appartementsrechten.

Ad 2.

Dit is ook een mogelijkheid. Deze valt buiten de scope van dit afsprakenkader. In deze situatie gelden de regels van de private investeerder.

Ook in dit geval kan dit aanleiding zijn voor het maken van aanvullende juridische afspraken als meerdere gebruikers in 1 gebouw zitten, bijvoorbeeld weer splitsing in appartementsrechten.

Ad 3.

In deze situatie investeert de gemeente. Dit is de meest voorkomende situatie in Nederland. De gemeente krijgt de investering terug via een (marktconforme (lees: kostprijsdekkende)) huurvergoeding.

Bij een gebouw met meerdere gebruikers kan de gemeente economisch eigenaar zijn van het gebouw en is geen complexe juridische vormgeving noodzakelijk. NB: op dit moment is het zo dat Binnen MFA's de gemeente economisch en juridisch eigenaar van de ruimten is met uitzondering van het schoolgedeelte. Daar is het schoolbestuur juridisch eigenaar.

Ad 4.

In deze situatie investeert het schoolbestuur. Dit mag alleen vanuit middelen die niet bedoeld zijn voor het onderwijs in verband met het geldende investeringsverbod. Daarnaast heeft het schoolbestuur hiervoor een lening nodig waarbij een garantstelling noodzakelijk is. Een optie is deze lening te verkrijgen via deels de gemeente en deels het Waarborgfonds Kinderopvang. Het Waarborgfonds Kinderopvang is heel terughoudend in deze optie omdat deze nog niet getoetst is bij de Onderwijsinspectie. Daarnaast wordt dan vaak gewerkt met een vooruitbetaalde huur vanuit de opvangorganisaties. Niet alle opvangorganisaties zijn daartoe in staat en dat kan dan leiden tot een financiële selectie in plaats van een inhoudelijke selectie.

Argumenten om deze variant niet als uitgangspunt te nemen:

- Om te kunnen investeren in de huisvesting is het voor een schoolbestuur noodzakelijk om het eigendom te verkrijgen als onderpand voor een geldlening. Dit vraagt om een ingewikkelde juridische constructie met bijvoorbeeld een Vereniging van Eigenaren (VvE).
- Het schoolbestuur mag geen onderwijsmiddelen aanwenden ten behoeve van investeringen in huisvesting (geldend investeringsverbod) en daarnaast mag zij ook geen onderwijsmiddelen inzetten ten behoeve van opvang. Vanuit de accountant zal hier heel strikt naar gekeken worden. Dat vraagt dus om een eigenstandige financiering die extern aangetrokken moet worden waarbij het eerder genoemde onderpand een rol speelt.

- Bij een investering door een schoolbestuur wordt vaak gewerkt met een constructie van vooruitbetaalde huur door de opvangorganisatie. Niet elke opvangorganisatie is daar financieel voor geëquipeerd. Daarmee kan een financiële selectie ontstaan terwijl de inhoudelijke selectie (door het schoolbestuur) moet prevaleren.

Keuze (advies):

Vanuit het Waarborgfonds Kinderopvang en ICSadviseurs is het advies uit te gaan van variant 3 waarbij de gemeente optreedt als enige investeerder. Het gehele gebouw is dan in 1 hand. Dit is ook juridisch de meest eenvoudige insteek.

Daarnaast past deze handelwijze ook binnen de mijlpalen van Meierijstad waarin kindcentra een prominente plek hebben en de gemeente een faciliterende rol heeft.

Voor de gemeente moeten heldere afspraken in de systematiek gemaakt worden waardoor het financiële risico verminderd wordt (zie paragraaf 2.3).

2.3 Afdekken risico gemeente

Het advies is een model te hanteren waarin de gemeente de investering voorfinanciert en de investering terugkrijgt als compensatie voor de gemaakte kosten. Dit geldt voor situaties van nieuwbouw of renovatie.

Het risico voor de gemeente kan worden voorkomen door in de kostprijsdekkende huur een leegstandsrisico op te nemen waardoor een soort reserve opgebouwd wordt. Daarnaast kan het Waarborgfonds Kinderopvang ondersteuning bieden om het risico verder te beperken, te weten:

- Risicotoetsing investering in kinderopvang voorafgaand aan besluit tot bouw kindcentra;
- Risicomonitoring investering in kinderopvang gedurende de looptijd van het project;
- Een leegstandsgarantie gekoppeld aan de huurovereenkomst voor een maximale looptijd van 25 jaar.

Bij een leegstandsgarantie worden ook de eerste punten meegenomen. Als het Waarborgfonds een leegstandsgarantie afgeeft wordt vooraf en gedurende de looptijd van het project haar risico beoordeeld en gemonitord. Daar waar nodig geacht gaat het Waarborgfonds ook met partijen (gemeente, schoolbestuur en kinderopvang) in gesprek over de voortgang.

Voor het leegstandsgarantie geldt verder:

- Maximale hoogte is de som van de huur gedurende de looptijd van de huurovereenkomst;
- Inperking per maand op basis van de huurbetaling;
- Maximale looptijd bedraagt 25 jaar;
- Het betreft alleen de extra ruimten voor kinderopvang. Ruimten in medegebruik vallen hier niet onder.
- Voor verstrekking vindt een beoordeling van het project en huursom plaats;
- Voor verstrekking vindt een beoordeling van de financiële positie van de huurder plaats;
- Er vindt jaarlijks een beoordeling van de financiële ontwikkeling van de huurder plaats;
- Er is sprake van een afsluitprovisie en risicoprovisie die per project verdisconteerd wordt in de huurprijs.

NB: de vraag staat uit of het Waarborgfonds ook een beoordeling kan verrichten als geen aanspraak wordt gemaakt op een leegstandsgarantie.

2.4 Nieuwbouw of bestaande bouw

Het maakt verschil of de situatie waarover afspraken gemaakt moeten worden nieuwbouw of bestaande bouw betreft.

Bij nieuwbouw worden de afspraken op voorhand gemaakt voordat geïnvesteerd gaat worden.

Bij bestaande bouw kan niet altijd sprake zijn van het innen van huurpenningen door de gemeente. De gemeente mag alleen huur vragen als sprake is van een aantoonbare investering in de ruimten ten behoeve van kinderopvang. Is deze aantoonbare investering aan de orde, dan kan huur gevraagd worden met vergoeding van de kapitaallasten (rente en afschrijving).

Speciale situatie (3B in het onderstaande model) betreft het wanneer sprake is van een bestaande situatie waarin leegstand is binnen een gebouw en de kinderopvang deze leegstand gebruikt. Stel dat dit een situatie van een school betreft met in oude termen 10 groepen waarvan 2 leegstand en in gebruik door de opvang. De school gaat groeien met 2 groepen. Normaliter zou dan het gebruik van de leegstand door de kinderopvang beëindigd worden waardoor de school weer passend gehuisvest is. Echter, deze handelwijze doet geen recht aan gepleegde investeringen in ruimten die opvang gebruikt. Daarnaast is in het IHP vastgelegd dat opvang en onderwijs gelijkwaardig zijn en opvang bij groei niet wijkt voor onderwijs. Om de gestelde situatie op te lossen blijft opvang zitten en worden 2 groepsruimten voor onderwijs bijgebouwd (uitbreiding). In dat geval wordt de uitbreiding aangemerkt als beredeneerde aantoonbare investering ten behoeve van opvang en kan de gemeente via een (kostprijsdekkende) huurvergoeding gecompenseerd worden voor de kapitaallasten. Een eventueel bestaande overeenkomst wordt dan ook aangepast.

Bij bestaande bouw worden alleen bestaande afspraken/situaties aangepast bij een investering voor vervangende nieuwbouw en renovatie.

2.5 Inzicht in verschillende situaties

In onderstaande tabel zijn de situaties weergegeven die zich kunnen aandienen.

Voor enkel gebruik: (KDO of andere functie)					
	eigendom	capaciteit	context	insteek verrekening kosten gemeente	schoolbestuur
nieuwbouw	1				
	1A	privaat	bestaand of nieuwbouw	private investeerder; verrekening met huurprijs	
	1B		bestaand of nieuwbouw	opvangorganisatie investeert zelf	wel verrekening exploitatiekosten
bestaand gebouw	2				
	2A	(juridisch) eigendom	onderdeel onderwijscapaciteit	geen aantoonbare investering	medegebruik (leegstand)/ huur en exploitatievergoeding
	2B	schoolbestuur		wel aantoonbare investering	verrekening o.b.v. kostprijsdekkende huur (kapitaallast: rente en afschrijving)
	2C	gemeente	geen deel onderwijscapaciteit		verrekening kosten o.b.v. kostprijsdekkende huur (kapitaallast: rente en afschrijving), daarnaast exploitatievergoeding
bestaand (renovatie)	3				
	3A	(juridisch) eigendom	renovatie	wel aantoonbare investering	via 2B
	3B	schoolbestuur	renovatie: opvang blijft zitten en uitbreiding onderwijs (genoodzaakte investering)	wel aantoonbare investering (beredeneerd)	via 2B
	3C	gemeente	renovatie	geen deel onderwijscapaciteit	via 2C
nieuwbouw	4				
		gemeente	nieuwbouw		verrekening kosten o.b.v. kostprijsdekkende huur (kapitaallast: rente en afschrijving)
Dubbel gebruik: (bijvoorbeeld BSO of andere functie)					
- Verrekening naar rato (huur en exploitatiecomponent)					
- Voorwaarde bij opvang sprake van huur					
- Lastig om te spreken over aantoonbare investering					

NB: het onderhoud (eigenaarsonderhoud, buitenonderhoud en klein/dagelijks onderhoud) wordt in 1 hand gelegd of volgt bij MFA's het eigendom.

2.6 Berekening huurprijs

Voor de huur (structureel) wordt uitgegaan van een kostprijsdekkende huur plus een vergoeding van de exploitatielasten. Hiervoor is het volgende leidend:

- Investeringsbedrag (stichtingskosten)
- Omvang van het project
- Actuele rekenrente van de gemeente
- Leegstandsrisico (percentage nog nader te bepalen)
- Afschrijvingstermijnen volgens voorschriften gemeente
- Indexering (percentage nog nader te bepalen; voor de indexering is het gebruikelijk aan te sluiten bij CPI).

Per project wordt een bedrag bepaald.

Voor de exploitatielasten is de MI-vergoeding vanuit het onderwijs leidend, eventueel aangevuld met verhogingen als gevolg van specifieke eisen die de kinderopvang stelt (bijvoorbeeld frequentie schoonmaak of langere openingstijden per jaar).

2.7 Tariefstelling verhuur en medegebruik

In geval van nieuwbouw bij structurele verhuur wordt de kostprijsdekkende huur plus de exploitatievergoeding in rekening gebracht (eventueel aangevuld met de kosten van het leegstandsgarantie als daar sprake van is). De hoogte van de huur wordt volgens de rekensystematiek bepaald.

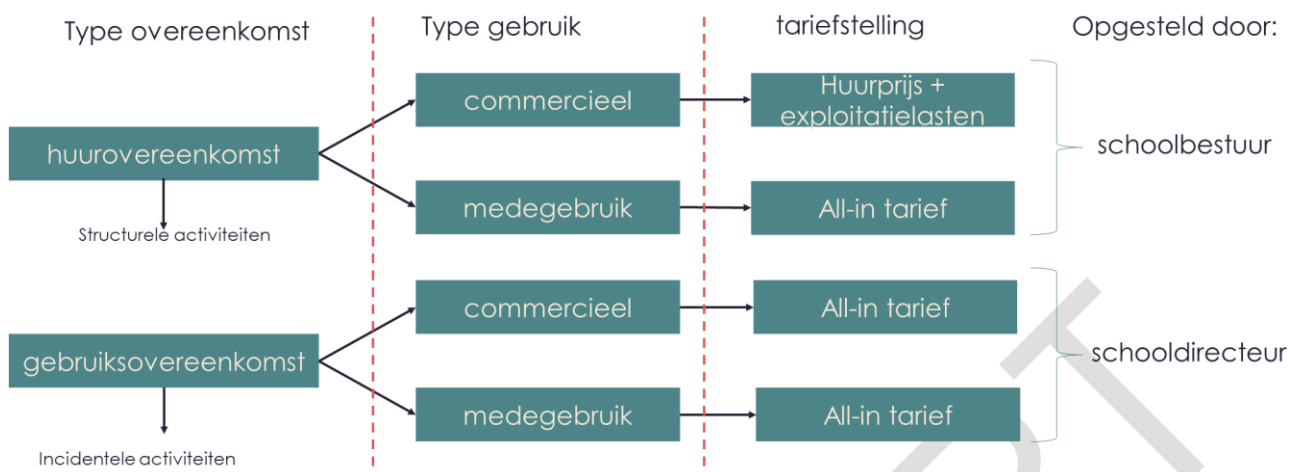
Voor medegebruik wordt door het schoolbestuur een vergoeding voor exploitatielasten in rekening gebracht.

NB: in geval van een situatie met een opvang in een kleine kern met beperkte bezetting kan de gemeente een onderzoek initiëren naar marktfalen. Uit dit onderzoek kan mogelijk een grondslag voortkomen een uitzondering te maken voor aanvullende financiering van een kleine opvangvoorziening.

Voor incidentele activiteiten bepaalt het schoolbestuur een all-in tarief voor het gebruik.

2.8 Type overeenkomsten

Voor verschillende type gebruik (verhuur of medegebruik) worden verschillende overeenkomsten opgesteld. In het geval van structureel gebruik dient er een huurovereenkomst te worden opgesteld. Voor het incidenteel ruimtegebruik dient een gebruikersovereenkomst te worden opgesteld. In het onderstaande overzicht staan schematisch de type overeenkomsten weergegeven in relatie tot het type gebruik, de tariefstelling en verantwoordelijkheid voor het opstellen van de overeenkomst (uiteraard zijn wel standaardovereenkomsten beschikbaar).



2.9 Samenvatting model

Samengevat komt het model voor nieuwbouw bij structureel gebruik met verhuur op het volgende neer:

1. Schoolbestuur en opvangorganisatie gaan inhoudelijke samenwerking aan. Zij bepalen gezamenlijk de ambitie en het aantal kindplaatsen.
2. De omvang wordt onderbouwd voorgelegd aan de gemeente ter accordering.
3. De gemeente pleegt de investering in de vierkante meters kinderopvang.
4. Tijdens het proces over het investeringsbesluit wordt het risico voor de gemeente beperkt door: (1) garantie vanuit Waarborgfonds (mits project voldoet en door toetsing Waarborgfonds komt) en (2) door opname leegstandsrisico en kortere afschrijvingstermijn in huurprijsberekening.
5. De gemeente berekent een kostprijsdekkende huur inclusief leegstandsrisico en kosten voor garantie vanuit Waarborgfonds (indien toegepast).
6. De gemeente verhuurt de vierkante meters opvang aan het schoolbestuur. Schoolbestuur vraagt huur aan opvangorganisatie.
7. Via het schoolbestuur wordt de gemeente maandelijks vergoed voor de gepleegde investering door het ontvangen van huurpenningen.

De volgende overeenkomsten worden opgesteld:

- Financieringsovereenkomst gemeente – schoolbestuur
- Huurovereenkomst schoolbestuur – opvang

Beide overeenkomsten worden aan elkaar verbonden waardoor een tripartiete overeenkomst ontstaat. Onderdeel van de overeenkomsten is dat bij leegstand of faillissement de betaalverplichting van de huur door het schoolbestuur tijdelijk wordt opgeschort. De gemeente kan hiervoor de opgebouwde 'reserve' gebruiken om dit leegstandsrisico te overbruggen. Beide partijen (schoolbestuur en gemeente) hebben de gezamenlijke verplichting op de kortst mogelijke termijn een nieuwe huurder te vinden.

NB: Vanuit het Waarborgfonds worden aparte overeenkomsten gesloten rondom de garantiestelling.

2.10 Inperken leegstandsrisico

Voor de gemeente zijn de volgende instrumenten beschikbaar om het leegstandsrisico te beperken:

- Bij de planvorming leveren schoolbestuur en opvangorganisatie een onderbouwde analyse aan van het aantal kindplaatsen dat gerealiseerd gaat worden. Onderdeel van deze analyse is een omgevingsanalyse van andere opvangvoorzieningen als onderdeel van een risicotaxatie leegstand. De gemeente beoordeelt deze analyse als onderdeel van haar afweging of ze gaat investeren in de huisvesting van kinderopvang.
- In de huurprijsberekening kan gewerkt worden met een opslagpercentage voor leegstand. Hiermee verkrijgt de gemeente maandelijks inkomsten die in geval van leegstand aangewend kunnen worden om een periode te overbruggen.
- In de huurprijsberekening kan gewerkt worden met een kortere afschrijvingstermijn waardoor de gemeente iets meer huur ontvangt en zo een 'reserve' opbouwt om leegstandsrisico te beperken.
- De gemeente kan aanspraak maken op een leegstandsgarantie door het Waarborgfonds Kinderopvang waardoor haar risico beperkt wordt. De kosten die aan deze garantie verbonden zijn worden 1-op-1 verdisconteerd in de huursom.
- De gemeente kan bij elke potentiële investering een toets van de opvangorganisatie door het Waarborgfond Kinderopvang laten uitvoeren opdat op voorhand een goed beeld van de opvangorganisatie ontstaat.

Per situatie zal de gemeente een aantal van de bovenstaande waarborgen kunnen inbouwen. Het hanteren van alle waarborgen leidt tot een hogere huur die potentieel niet op te brengen is door een opvangorganisatie.

3. Aanbesteding kinderopvang

De keuze voor inhoudelijke samenwerking is iets tussen schoolbestuur en opvangorganisatie. De gemeente heeft hierin geen rol.

De gemeente faciliteert de ruimten door te investeren en via huur de investering terug te krijgen.

Aanbestedingsplichtig

In het voorgestelde model gaat het om verhuur van ruimten door de gemeente aan het schoolbestuur. Op grond van artikel 2.24 van de Aanbestedingswet 2012 is deze wet niet van toepassing op de verhuur van onroerend goed en/of gebouwen.

De gemeente dient echter, wanneer zij als verhuurder of als financier optreedt, in enkele gevallen extra aspecten, zoals hierna besproken, in het oog te houden.

Als de gemeente verhuurt aan een schoolbestuur en dat schoolbestuur verhuurt dan onder aan een kinderopvangorganisatie is geen doorlegverplichting van de aanbesteding aan de orde.

Staatssteun

Op grond van artikel 107 EU-Verdrag 2016 is staatssteun verboden. In de jurisprudentie en in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat wanneer een overheid marktconform handelt, dat niet geldt als staatssteun. De overheid stelt dan dezelfde voorwaarden als een bedrijf.

Daarnaast hanteren partijen een marktconforme (kostprijsdekkende) prijs voor de verhuur van de ruimten. Deze prijs dient tot stand te komen op basis van controleerbare parameters. Zolang dit advies opgevolgd wordt, is er geen sprake van staatssteun.

Schaarse rechten

Indien bij de verhuur door de gemeente van een deel van een gebouw schaarse rechten zouden worden toebedeeld aan een specifieke, door de school voorgedragen kinderopvangorganisatie, moet door de gemeente op grond van het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel aan mogelijke andere gegadigden op een reële wijze mededingingsruimte worden geboden en mag de gemeente niet zonder het doorlopen van een transparante verdelingsprocedure besluiten om de kinderopvang te verhuren. Tevens mag er in dat geval geen huurovereenkomst voor onbepaalde tijd worden gesloten.

De vraag rijst wanneer sprake is van een schaars recht, en of in de gemeente Meierijstad sprake is van een zodanig schaars recht op het gebied van kinderopvang.

Als een bestuursorgaan een maximum stelt aan het aantal vergunningen, ontheffingen of concessies dat verleend kan worden of het beschikbare subsidiebedrag beperkt, is sprake van een schaars besluit. Door een dergelijk plafond kan de situatie ontstaan dat er meer aanvragers zijn dan beschikbare besluiten.

In de meeste gevallen ontstaat schaarste door (beleids-)regels van de overheid waardoor het aantal uit te geven rechten beperkt is. Volgens advocatenkantoor Stibbe is sprake van een schaars recht indien er potentieel meer vraag dan aanbod is. Dit is het geval bij ofwel een natuurlijke schaarste ofwel bij een beleidsmatige schaarste. In dit laatste geval creëert de overheid schaarste door een 'plafond' vast te stellen. Het is ICS niet bekend of in de gemeente Meierijstad een beleidsmatige schaarste is gecreëerd door het aantal kinderopvangorganisaties te beperken. Bijvoorbeeld door het opstellen van een verordening.

Redenatie:

"Wil er sprake zijn van een schaars recht, dan is in de eerste plaats van belang of de toelaatbaarheid van meerdere IKC's binnen de gemeente Meierijstad aan beperkingen is gebonden. Is daarvan nu en in de

voorzien toekomst geen sprake en staat het van gemeentewege eenieder vrij om op een andere locatie eveneens een IKC te starten, dan is er geen sprake van de verdeling van een zogenaamd schaars recht.¹"

De noot bij bovenstaande redenering betreft een uitspraak over het verlenen van schaarse vergunningen. Uit de formulering is het volgende stappenplan te destilleren om vast te stellen of bij de verhuur van een ruimte aan een kinderopvangorganisatie sprake is van een schaars recht, namelijk:

Is de toelaatbaarheid van meerdere IKC's binnen de gemeente Meierijstad aan beperkingen gebonden?

a. Zo ja, dan is er sprake van een schaars recht.

b. Zo nee, staat het eenieder vrij om op een andere locatie eveneens een IKC te starten?

1. Zo ja, dan is er geen sprake van een schaars recht.

2. Zo nee, dan is er sprake van een schaars recht.

Zoals hiervoor aangegeven, is het ICSadviseurs niet bekend of de gemeente Meierijstad op enige wijze regels heeft opgesteld om de vestiging van kinderopvangorganisaties te beperken. Het is echter aannemelijk dat de gemeente Meierijstad geen beperkingen heeft gesteld ten aanzien van de vestiging van kinderopvangorganisaties, zodat gesteld kan worden dat geen sprake is van een schaars recht, waardoor voor de gemeente op dit punt geen belemmering is een huurovereenkomst af te sluiten met een kinderopvangorganisatie naar keuze. In Meierijstad wordt echter gekozen om het verhuren door het schoolbestuur te laten uitvoeren richting de kinderopvangorganisatie. De gemeente sluit daarnaast een overeenkomst met het schoolbestuur.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zou tenslotte kunnen worden betoogd dat een transparante verdeelprocedure moet worden doorlopen, wanneer de gemeente ruimten aan een kinderopvangorganisatie zou willen verhuren. Zo'n transparante verdeelprocedure kan bijvoorbeeld/wellicht? ook bestaan uit een beleidsstuk zijn waarin gemeente heeft opgenomen dat het een schoolbestuur vrije keus heeft in de keuze van de kinderopvangorganisatie waarmee het wil samenwerken, zoals het IHP.

Het gelijkheidsbeginsel

Dit beginsel verplicht de overheid om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Uiteraard kunnen er redenen zijn om af te wijken van de eerdere aanpak in een vergelijkbare situatie, zoals voortschrijdend inzicht of beleidswijzigingen. De overheid dient dan echter wel steeds goed te motiveren waarom in een bepaald geval anders wordt gehandeld dan in een eerder geval en waarom dus van het gelijkheidsbeginsel wordt afgeweken. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt in de praktijk niet vaak. De reden daarvoor is dat in de regel niet snel sprake is van exact gelijke gevallen en omstandigheden. Bovendien dient degene die zich op het gelijkheidsbeginsel beroept – en die dus vindt dat hij ongelijk behandeld wordt – zelf de vergelijkbare gevallen aan te dragen en aan het bestuursorgaan of de bestuursrechter voor te leggen. Daarin slaagt men niet vaak. Indien men er echter in slaagt om vergelijkbare gevallen aan te dragen is het aan het bestuursorgaan om te motiveren waarom er geen sprake is van vergelijkbare gevallen óf het gelijkheidsbeginsel terzijde kan worden gesteld.

Het zorgvuldigheidsbeginsel

Overheidshandelen kan voor de burger ingrijpend zijn. Van de overheid wordt dan ook zorgvuldigheid vereist bij de voorbereiding van besluiten. De overheid dient op grond van artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. De schending van het zorgvuldigheidsbeginsel komt veel voor, de rechter kan het bestuursorgaan opdragen alsnog de relevante feiten te onderzoeken en vervolgens een nieuw besluit te nemen.

Het vertrouwensbeginsel

De overheid dient het door haar gewekte vertrouwen te honoreren, maar voor een succesvol beroep op dit beginsel gelden wel strenge vereisten. Vertrouwen kan op meerdere manieren worden gewekt. Doorgaans gebeurt dit door toezeggingen of concrete handelingen van ambtenaren. Lang niet iedere toezegging kan

¹ Zie ook ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

de overheid echter binden. Veelal worden toezeggingen onbevoegd gedaan, bijvoorbeeld door een enkele ambtenaar of wethouder. Wil de overheid aan een toezegging gebonden zijn, dan dient sprake te zijn van een concrete ondubbelzinnige toezegging door een daartoe bevoegd persoon, die aan het bestuursorgaan toegerekend kan worden. Omdat toezeggingen doorgaans niet afkomstig zijn van het college of de gemeenteraad, wordt in de praktijk niet vaak aangenomen dat sprake is van te honoreren vertrouwen.

Wet markt en overheid

Deze wet belemmert i.c. niet de financiering van de kinderopvanglocatie. Aan de 4 voorwaarden wordt namelijk geen enkele keer voldaan.

De Wet Markt en Overheid (waarmee de mededingingswet is gewijzigd) bevat 4 gedragsregels. Deze regels gelden voor de hele overheid (zie <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging/markt-en-overheid>).

Doorberekening kosten

Overheden moeten alle kosten die zij maken voor een dienst doorberekenen in de prijs. Onderhoudt een gemeentelijke plantsoenendienst ook particuliere tuinen? Dan moeten de overheden de kosten van dat particuliere onderhoud volledig in rekening brengen bij de eigenaren van de particuliere tuinen.

Bevoordelingsverbod

Overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen boven concurrerende bedrijven. Bijvoorbeeld door goedkope tarieven aan te bieden.

Gegevensgebruik

Overheden mogen de gegevens waarover ze beschikken niet opnieuw gebruiken voor andere activiteiten. Dat mag alleen als andere organisaties of bedrijven ook (onder dezelfde voorwaarden) over de gegevens kunnen beschikken. Gebruikt een gemeente bijvoorbeeld de gemeentelijke basisregistratie om een commerciële mailing te versturen? Dan mag dat alleen als zij die gegevens onder dezelfde voorwaarden aan anderen beschikbaar stelt. Ondernemingen kunnen zo op gelijke voet met de overheid concurreren.

Funciescheiding

Heeft een overheid bij bepaalde diensten een bestuurlijke rol, en voert zij die diensten ook zelf uit? Dan mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij zowel het bestuur als de uitvoering. De gemeenteambtenaar die de aanvraag voor een kapvergunning behandelt, kan niet tegelijkertijd kapwerkzaamheden aanbieden aan particulieren. Als een overheid goederen of diensten op de markt aanbiedt, dan moet zij zich aan deze gedragsregels houden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gemeente haar sportzaal verhuurt.

Als een overheid goederen of diensten op de markt aanbiedt, dan moet zij zich aan deze gedragsregels houden. Dit is bijvoorbeeld het geval als de gemeente haar sportzaal verhuurt. Of als ze de groenvoorziening bij particulieren onderhoudt.



De hoogste kwaliteitseisen aan onze dienstverlening. Een goed gebouw begint met het beste idee.

Colofon

Datum: 18 maart 2021
Auteur(s): Onno Damen, Joëlle Wijntjens en Saskia Balvers

info@icsadviseurs.nl
088 - 235 04 27