



JZ advies gift aan gemeentelijk

Aan 5.1, 2, e 5.1, 2, e en 5.1, 2, e^{5.1,2,e} gemeentelijk vastgoed
Van 5.1, 2, e 5.1, 2, e, DJZ en 5.1, 2, e^{5.1,2,e}, Juridisch Bureau
Kopie aan 5.1, 2, e, DJZ

Datum donderdag 7 december 2023

Beste 5.1, 2, e en 5.1, 2, e^{5.1,2,e},

Ter voorbereiding van het bestuurlijk overleg en bestuurlijke besluitvorming treffen jullie onderstaand het juridisch advies betreffende een voorgenomen gift van ING en Kroonenberg groep (hierna te noemen 'Donateurs') aan gemeentelijk vastgoed. De donatie betreft een gift voor de plaatsing van zonnestroominstallaties (zonnepanelen) op panden van Gemeentelijk Vastgoed ten behoeve van maatschappelijke huurders.

De doelstelling van de gift van Donateurs is om enerzijds de energiebesparing vanwege de plaatsing van de zonnestroominstallaties ten goede te laten komen aan de minderbedeelde bewoners van Amsterdam en anderzijds bij te dragen aan de verduurzaming van de stad en daarmee het bereiken van de klimaatdoelen in 2030.

Kernpunten:

Gemeentelijk Vastgoed heeft inmiddels veel gesprekken gevoerd met de Donateurs over de gift. Donateurs zijn niet bereid bevonden om op basis van het gemeentelijk bestuurlijk vastgesteld model schenkingsovereenkomst en overeenkomstig de reguliere werkwijze van gemeentelijk vastgoed een schenking te doen aan de gemeente. Donateurs stellen een veelheid aan aanvullende voorwaarden met als kern:

- De maatschappelijke huurders dienen zich te binden aan een Bestedingsverklaring en Evaluatieformulier die zowel door de maatschappelijke huurders als door de Donateurs worden ondertekend;
- In deze documenten staan verplichtingen voor de maatschappelijke huurders: zij dienen aan te geven hoe de vooraf te begroten energiebesparingen terecht komen bij de minder bedeelde Amsterdammer. In het Evaluatieformulier is opgenomen dat de Donateurs bij de maatschappelijke huurders op te vragen waaraan de donatie ten goede is gekomen;
- De Donateurs hebben mede in verband met bovenstaande voorwaarden significante wijzigingen aangebracht in de model schenkingsovereenkomst van de gemeente;

- De Donateurs wensen een adviesrecht te krijgen bij de aanbesteding van de zonnestroominstallaties;

De voornaamste juridische bezwaren tegen deze voorwaarden zijn:

1) dat deze gift niet langer kwalificeert als een schenking, maar als een opdracht.

Voor een gemeente is het zeer ongebruikelijk en onwenselijk om in opdracht van anderen, dan het gemeentelijk democratisch bestuurlijke stelsel te handelen. De gemeente dient het algemeen belang voorop te stellen boven belangen van de Donateurs. 5.2, 1

, ondanks de door gemeente gegeven onderbouwing waaruit kan worden opgemaakt dat de reguliere werkwijze van gemeentelijk vastgoed voor zowel de uitvoering van de zonprojecten als de relaties met haar maatschappelijk huurders degelijk is ingericht, conform op de gemeente en maatschappelijke huurders van toepassing zijnde wet en regelgeving en geen verdere aanpassingen behoeft.

2) dat het gelijkheidsbeginsel voor maatschappelijke huurders van het gemeentelijk vastgoed onder druk komt te staan.

De gift van Donateurs is bedoeld voor verduurzaming van een deel van het gemeentelijke vastgoed. De overige panden van Gemeentelijk Vastgoed zullen allemaal op termijn verduurzaamd worden. Bij deze verduurzaming maakt de gemeente geen onderscheid tussen de maatschappelijk huurders van deze panden. Voor de Donateurs geldt dit niet, zij stellen uitdrukkelijk voorwaarden aan de door hen geselecteerde huurders van de panden om te kunnen bepalen en te controleren of de voorziene energiebesparingen die deze huurders zullen genieten terecht komt bij minderbedeelde Amsterdammers. Indien de gemeente hiermee instemt ontstaat hierdoor er een verschil in behandeling van maatschappelijke huurders van gemeentelijk vastgoed bij de verduurzaming van de gemeentelijke panden.

3) mogelijke inbreuk op gemeentelijke werkwijze ten aanzien van aanbestedingen en reeds bestaande juridische relaties tussen gemeente en maatschappelijk huurders.

Het adviesrecht bij de aanbesteding van de zonnepanelen brengt het risico met zich mee dat dit het aanbestedingsrecht wordt doorkruist en er mogelijk geen rechtmatige gunningsbeslissing kan worden genomen.

4) mogelijke inbreuk op bestaande juridische relaties tussen gemeente en maatschappelijke huurders.

Daarnaast zijn bijvoorbeeld de consequenties niet duidelijk ingeval een maatschappelijk huurder de energiebesparingen anders besteedt dan aanvankelijk gecommuniceerd. Nu de Bestedingsverklaring zowel door de maatschappelijke huurders als door de Donateurs wordt ondertekend bestaat het risico dat deze als overeenkomst wordt gekwalificeerd en voor de maatschappelijke huurders afdwingbare verplichtingen ontstaan tegenover de Donateurs. Dit kan de bestaande juridische relaties (huur/subsidie en/of inkoop/opdrachten) tussen maatschappelijk huurders en gemeente negatief beïnvloeden of ten nadele van de gemeente (nog) complexer maken.

Advies:

Op ambtelijke niveau tot overeenstemming komen lijkt moeilijk realiseerbaar gezien terugkerende wensen van Donateurs tot het stellen van aanvullende voorwaarden

Het advies is om het college een richtinggevend besluit te laten nemen onder welke voorwaarden de gemeente de beoogde schenking kan ontvangen.

In het richtinggevend collegebesluit adviseren wij in ieder geval op te nemen dat de gemeente alleen een schenking kan ontvangen conform de kernbepalingen van de concept gemeentelijke schenkingsovereenkomst, zoals: geen weder prestatie en geen recht op terugbetaling en aansluitend op de algemeen belang doelstelling van de gemeente een gift die met name hieraan bijdraagt en niet gericht in de plaats van belangen van de Donateurs .

Onderbouwing per document:

Schenkingsovereenkomst:

Kern van de schenking: specifieke bedoeling om enerzijds deze ten goede te laten komen aan de minder bedeelde bewoners van Amsterdam en anderzijds bij te dragen aan de verduurzaming van de stad en daarmee het bereiken van de klimaatdoelen in 2030, hierna te noemen: de Donatie.

Een aantal door Donateurs gewijzigde bepalingen uit de Schenkingsovereenkomst, is nog geen duidelijke overeenstemming over, zoals 1.4 - recht van Donateurs om zonder tussenkomst gemeente rechtstreeks aan maatschappelijke huurders te schenken, of 1.11 opschortende voorwaarden van een 'projectovereenkomst', 4.1 'daaruit voortvloeiende verbintenissen', 1.9 sub g 'de borging van het juiste gebruik van geldmiddelen overeenkomstig 1.4 onder c, d en e'. Dit brengt een aanzienlijk financieel risico met zich mee dat ingeval aanbesteding is gestart, uitkomst/ gunning of realisatie onder druk komt te staan.

Tegengesteld van kernbepalingen zijn: 1.16 - restitutie aan Donateurs ingeval project niet in uitvoering wordt genomen (zie 2.8) en 2.2 geen weder prestatie.

De vraag is of door Donateurs aangegeven voorwaarden nog onder gewenste 'verantwoording' kunnen worden geschaard, of dat de voorwaarden te ver gaan en in te veel detail, waardoor de vraag ontstaat of dit nog wel een schenking is, of eerder een opdracht.

Risico: de vele door Donateurs gewijzigde voorwaarden creëert een risico dat niet langer sprake is van schenking, maar van opdracht. Gemeente dient in opdracht van college en raad te handelen binnen de daarvoor geldende gemeentelijke kaders ten aanzien van de schenkingen en in het algemeen belang, niet in opdracht van een derde ten behoeve van de belangen van deze derde. Dit doorkruist het democratische bestaan van de gemeente, daarnaast spelen bij opdrachten vele financiële en fiscale risico's, die anders zijn dan bij schenkingen. Schenkingen zijn fiscaal aftrekbaar vanwege ABNI-status gemeente, verlenen van diensten/ uitvoering van opdracht vereist fiscale btw-toetsing.

Bestedingsverklaring:

Het is juridisch onwenselijk om gemeentelijke huurders een overeenkomst te laten sluiten met de donateurs waarvan de consequenties onvoldoende duidelijk zijn, zoals nu voorgesteld door Donateurs:

- Het risico ontstaat dat de door Donateurs voorgelegde verklaring - mede vanwege de ondertekening door de maatschappelijke huurders én de donateurs - kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst die voor de maatschappelijke huurders jegens de donateurs verplichtingen in het leven roept. Dit creëert een ongewenste en onacceptabele ongelijke situatie met de huurders die huren in panden waarop de gemeente zonder bijdrage van Donateurs zonnepanelen plaatsen die deze verklaring (of overeenkomst) niet hoeven te tekenen.
- Indien de besparingen zoals begroot - en zoals in de verklaring opgenomen - niet (geheel) wordt gerealiseerd door de maatschappelijke huurders, ontstaat het risico dat er een terugbetalingsverplichting ontstaat voor de maatschappelijke huurder(s) en/of voor de gemeente. Dit is niet acceptabel en dit past niet binnen het karakter van een schenkingsovereenkomst die als uitgangspunt heeft dat de schenking niet wordt terugbetaald.
- Daarnaast is de vraag of de hoogte van de besparing altijd juist kan worden vastgesteld. Er kan discussie ontstaan indien de hoogte van de uiteindelijke besparingen wordt betwist, bijvoorbeeld vanwege wijziging in het energiegebruik door maatschappelijke huurders.
- Maatschappelijke huurders zijn niet betrokken bij voorstel van bestedingsverklaring (in de vorm van overeenkomst), vraag is of zij deze overeenkomst willen aangaan aangezien andere huurders van gemeentelijk vastgoed dit niet hoeven te doen en gezien de aard en omvang van hun activiteiten, waardoor het risico bestaat dat 'het cadeau' niet door kan gaan.
- Bij de panden waar Gemeentelijk Vastgoed de energiekosten via de servicekosten in rekening brengt (in welk geval de gemeente het energiecontract sluit), zorgt de verantwoording van de besparingen voor

- extra administratieve lasten bij Gemeentelijk Vastgoed indien een onderbouwing van de besparingen wordt verlangd door de Donateurs.
- Naast regulier beheer door gemeente van huurovereenkomsten dient ook beheer van bestedingsverklaringen inclusief de inschatting van energiebesparingen etc. plaats te vinden. Ook dit legt extra beslag op de ambtelijke capaciteit bij gemeentelijk vastgoed.

De gemeente kan wel medewerking verlenen bij het opvragen van informatie bij maatschappelijke huurders in de vorm van een (eenzijdige) bestedingsverklaring, zodat voor Donateurs inzichtelijk wordt gemaakt welke panden het beste passen bij de doelstelling van de schenking. Als een pand is geselecteerd, dan willen de Donateurs enige informatie kunnen krijgen hoe de besparingen zijn besteed door de huurders. Hier kan gemeente akkoord mee gaan, mits de gemeente (en niet de Donateurs) de informatie op verzoek van Donateurs opvraagt bij haar huurders en er geen sancties verbonden zijn aan het niet juist of niet volledig besteden van de besparingen. En de verklaring dient zoals juridisch gebruikelijk als eenzijdig document worden gebruikt, waarin één partij, de maatschappelijke huurder(s), verklaring(en) aflegt.

Advies: bestedingsverklaring conform eerder gegeven juridische input aanpassen, waarna het onderdeel kan zijn van de gezamenlijke werkwijze. Dit versterkt de informatievoorziening t.b.v. pandkeuze door Donateurs, maar bevat geen afdwingbare verplichtingen voor de huurders jegens de Donateurs (die andere huurders niet hebben) en mogelijk (indirect) jegens de gemeente.

De eerder gegeven juridische input is:

Verklaring onderdeel laten zijn van gemeentelijke communicatie. Gemeente geeft toelichting over verduurzaming van het gemeentelijk vastgoed en licht toe dat bepaalde panden mogelijk sneller verduurzaamd kunnen worden via de schenking van Donateurs. Alle informatie/ toelichting die nu is opgenomen in de door de Donateurs opgestelde verklaring zelf dient opgenomen te worden in gemeentelijke begeleidende brief.

De verklaring dient te worden beperkt tot:

- (i) opsomming beoogde doelen, projecten die de huurder wenst te realiseren met de geschatte besparingen;
- (ii) bevestiging dat besteding van de besparingen via deze doelen, projecten ten goede komt aan doelstelling van schenking van Donateurs, namelijk ten goede komen aan de minderbedeelde Amsterdammer; en
- (iii) meewerken aan het geven van inzicht in de daadwerkelijke besteding van de bespaarde middelen binnen een periode van 2 jaar indien gemeente na een verzoek daartoe van de Donateurs daartoe een informatieverzoek stuurt aan de huurders.

Als Donateurs vasthouden aan ondertekenen van de verklaring ook door de Donateurs, dan kan dit alleen voor ontvangst en onder de voorwaarde dat Donateurs geen rechten kunnen ontleen aan de verklaring, in welke vorm dan ook.

Evaluatieformulier:

Zie de hierboven genoemde risico's bij bestedingsverklaring: juridisch onwenselijk om gemeentelijke huurders een overeenkomst te laten sluiten met de Donateurs of daarin bepalingen op te nemen waaruit voor Donateurs rechten kunnen worden ontleend en/of waarin afdwingbare verplichtingen ontstaan.

Acceptabele werkwijze: (steekproefsgewijs) maatschappelijk huurders vragen aan te tonen aan welke doelen, projecten zij door de bespaarde middelen hebben kunnen inzetten.

Niet acceptabel: door Donateurs gewenste controle moment in te bouwen. Het risico bestaat dat indien de besteding niet wordt geaccepteerd door de Donateurs tijdens controle, de donateurs terugbetaling verlangen van dat deel van de schenking waarvan de besteding niet wordt geaccepteerd. Dit is voor de gemeente niet acceptabel. Het uitgangspunt van de schenkingsovereenkomst is immers dat schenking niet wordt terugbetaald.

Advies: evaluatie vervangen door 'bestedingsbeschrijving'/ of reactie n.a.v. informatieverzoek besteding bespaarde middelen?

Een term als evaluatie duidt op een samenwerking tussen maatschappelijk huurders en Donateurs en neigt naar dreiging noodzaak tot aanpassing, verbetering, of consequenties. Meewerken aan inzage geven in de besteding van de bespaarde middelen conform afspraken daarover in een bestedingsverklaring sluit beter aan.

Adviesrecht bij aanbesteding:

Er is geen bindend adviesrecht bij aanbesteding mogelijk omdat dit het aanbestedingsrecht doorkruist waardoor er geen rechtmatige gunningsbeslissing kan worden genomen. Bovendien is uitdrukkelijk in de schenkingsovereenkomst opgenomen dat de schenking geen direct of indirect commercieel of ander belang mag dienen. Een niet bindend advies kan alleen bijvoorbeeld ten aanzien van kwalitatieve eisen aan de leverancier binnen gemeentelijke kaders en moeten dus voorafgaand aan aanbesteding meegegeven worden door donateurs aan gemeente. Vraag is wel wat voor advies donateurs voor ogen hebben? Of gemeentelijke aanbestedingsprocedure hierin niet al voorziet (denk aan integriteit, social return, duurzaamheid)? Ingeval het niet-bindende advies niet past binnen aanbestedingswet of gemeentelijke kaders zal het advies niet worden meegenomen in aanbestedingsprocedure.

Het verdient de voorkeur de aanbesteding, en de technische en functionele eisen die de gemeente stelt in het kader van de aanbesteding, vooraf met de Donateurs te bespreken zodat een adviesrecht niet noodzakelijk is.

Onderbouwing degelijke inrichting reguliere (gemeentelijke) juridische kaders van toepassing op de relatie tussen gemeente en de maatschappelijke huurders:

- 1) De huurovereenkomst tussen gemeente en maatschappelijke huurders is gebaseerd op het ROZ-model, met daarin standaardvoorwaarden. Onderdeel van deze overeenkomst, opgenomen in de bijzondere bepalingen van de huurovereenkomst, betreft ook de integriteitsclausule, zie bijgaand, op basis van de gemeentelijke Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten (BIO). De BIO biedt de gemeente de mogelijkheid om - bij twijfel aan de integriteit van een betrokken partij - nieuwe overeenkomsten niet aan te gaan en om bestaande overeenkomsten te beëindigen.
- 2) In de algemene bepalingen is het recht van de verhuurder (de gemeente) opgenomen te beschikken over de daken om installaties (zoals zonnepanelen) te plaatsen, nadat de huurders hierover zijn geïnformeerd. Daarvoor is derhalve geen separate overeenkomst met de huurders nodig. In de huurovereenkomst is voorts de - maatschappelijke - bestemming opgenomen waaraan de huurder dient te voldoen, bij gebreke waarvan de huurovereenkomst kan worden ontbonden.
- 3) Algemene verplichtingen van goed bestuur die gelden voor rechtspersonen op basis van boek 2 burgerlijk wetboek, waaronder het dienen van het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming en een administratieverplichting. De maatschappelijk huurders hebben rechtspersoonlijkheid, veelal zijn deze organisaties opgericht als stichtingen of verenigingen.
- 4) Voor gemeentelijke subsidieverstrekking is de Algemene Subsidieverordening Amsterdam van toepassing (<https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR699839/1>) waarin duidelijke algemene verplichtingen en weigeringsgronden staan, zoals op basis van de Wet Bibob, niet voldoen aan de in de branche van de aanvrager gebruikelijke governance code of er gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat de gevraagde subsidie niet doelmatig zal worden besteed in verband met een bezoldiging die de aanvrager is overeengekomen die hoger is dan de maximale vergoeding bedoeld in artikel 2.3 van de wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi publieke sector.

Met vriendelijke groet,

Directie Juridische Zaken en Juridisch Bureau