

Nota van B&W

Portefeuille: C. van Velzen
Auteurs: mw. J.E. van Kamp + hr. P. Wals
Telefoon: resp. 5114892 en 5113138
E-mail: skamp@haarlem.nl en pwals@haarlem.nl
SB/MC Reg.nr. SB/MEC/2007/123335
Te kopiëren: A
B & W-vergadering van 7 augustus 2007

Onderwerp: Status aparte opdrachtverlening Paswerk

Bestuurlijke context

Met b&w nota FD/MC 2005/365 hebben wij op 10-01-'06 besloten om Paswerk een status aparte te verlenen waar het gaat om de mogelijkheid om als eerste offerte uit te brengen voor bepaalde werken. Op 16-01-'07 besloten wij met b&w nota FD/MC 2006/613 vervolgens om Paswerk ook als eerste offerte uit te laten brengen voor de uitvoering van de reïntegratie van bijstandsgerechtigden en niet-uitkeringsgerechtigden in het arbeidsproces door tewerkstelling bij gemeentelijke werken (de zgn. 5% regeling). Paswerk is ook ingeschakeld voor eenzelfde begeleidingstraject bij het onderhoud openbare ruimte door de gemeente (Work first).

Nader onderzoek wijst inmiddels uit dat de omvang van het zgn. Work first project (begeleiding reïntegratie) bij zowel groenonderhoud als de 5% regeling een omvang kent van ver boven de Europese drempel. Verder hebben sinds bovengenoemde besluitvorming nieuwe ontwikkelingen op juridisch gebied plaatsgevonden. Er worden nu strengere eisen gesteld aan aanbestedingsprocedures.

Een ander aspect is ons besluit d.d. 17-10-'06 ten aanzien van PD/SZW 2006/425 "Inkoopnota reïntegratie en sociale activering". Wij besloten toen om "voor de inkoop van trajecten sociale activering en trajecten arbeidsactivering uitsluitend Haarlemse organisaties uit te nodigen." Nader onderzoek wijst uit dat dit besluit herziening behoeft wegens strijd met het huidige Europese recht.

Een heroverweging van deze punten is mede van belang met het oog op het lopende verzelfstandigingstraject Service Bedrijf Haarlem (SBH), waarbij o.a. gekeken wordt naar een samenwerkingsverband met Spaarnelanden NV en Paswerk, voorlopig S(BH)PS genoemd. Wij willen duidelijkheid over de voorwaarden die worden gesteld aan de structuur van Paswerk om onze doelstellingen op langere termijn langs legale weg te kunnen realiseren.

Commissieparagraaf: de nota is kaderstellend en tevens wordt in de nota een deel van ons besluit PD/SZW 2006/425 d.d. 17-10-'06 inzake "Inkoopnota reïntegratie en sociale activering" herzien.

B&W-besluit:

1. Het college besluit het begeleidingstraject voor de reïntegratie van bijstandsgerechtigden en Niet-Uitkeringsgerechtigden – bij het onderhoud van de openbare ruimte en de uitvoering van civiele projecten (de zgn. 5% regeling) – aan Paswerk op te dragen op grond van het alleenrecht zoals genoemd in het aanbestedingsrecht.
2. Het college besluit de "status aparte" van Paswerk om tevens in aanmerking te komen voor de uitvoering van opdrachten die niet onder het alleenrecht vallen, nader uit te werken in het kader van het verzelfstandigingstraject S(BH)PS.
3. Het college besluit op grond van recente juridische ontwikkelingen om haar besluit d.d. 17 oktober 2006 om uitsluitend Haarlemse organisaties uit te nodigen voor de inkoop van trajecten sociale activering en trajecten arbeidsactivering, in te trekken en te wijzigen zoals verwoord in het volgende beslispunt 4.
4. Het college besluit dat bij de aanbesteding van werken, leveringen en diensten de plaats van vestiging op zich geen preferentie kan zijn om in aanmerking voor een uitnodiging te komen; wel zullen sociale werkgelegenheidsaspecten zoveel mogelijk als gunningscriteria in bestekken worden opgenomen, zonder dat marktpartijen een beroep kunnen doen op het non-discriminatiebeginsel.
5. Het besluit heeft geen financiële consequenties.
6. Betrokkenen ontvangen daags na onze besluitvorming informatie over dit besluit.
7. De commissies Samenleving en Bestuur ontvangen deze nota en ons besluit ter kennisneming.

Onderwerp: B&W nota “Status aparte opdrachtverlening Paswerk”

1. Bestuurlijke context en doel van deze nota.

Het Werkvoorzieningschap Zuid Kennemerland, kortweg Paswerk, is een publiekrechtelijk orgaan conform de Wet Gemeenschappelijke Regeling. De deelnemende overheden zijn de gemeenten Bennebroek, Bloemendaal, Heemstede, Haarlem, Haarlemmerliede & Spaarnwoude en Zandvoort.

Met b&w nota FD/MC 2005/365 hebben wij op 10-01-'06 besloten om Paswerk een “status aparte” te verlenen waar het gaat om de mogelijkheid om als eerste offerte uit te brengen voor bepaalde werken zoals in de nota genoemd (o.a. groenonderhoud). Op 16-01-'07 besloten wij met b&w nota FD/MC 2006/613 vervolgens om Paswerk ook als eerste offerte uit te laten brengen voor de vervulling van de rol van uitvoerend orgaan bij de reïntegratie van bijstandsgerechtigden en niet-uitkeringsgerechtigden in het arbeidsproces door tewerkstelling bij gemeentelijke projecten (de zgn. 5% regeling). Daarnaast is Paswerk ingeschakeld voor eenzelfde begeleidingstraject bij het onderhoud van de openbare ruimte door de gemeente (Work first).

Nader onderzoek wijst inmiddels uit dat de omvang van het zgn. Work first project (begeleiding reïntegratie) bij zowel groenonderhoud als de 5% regeling een omvang kent van orde-grootte twee miljoen euro. Dat is voor diensten ver boven de Europese drempel en moest daarom opnieuw tegen het licht worden gehouden.

Verder zijn er nieuwe ontwikkelingen op juridisch gebied, met name de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van augustus 2006 en de conclusie van de advocaat-generaal aan het Hof van Justitie EG van september 2006. Deze komen hierop neer dat onder de EG-drempel strengere eisen worden gesteld aan aanbestedingsprocedures, welke er in de kern op neerkomen dat ook onder de EG-drempel vrije concurrentie mogelijk moet zijn.

Een ander aspect dat wij nader hebben beschouwd is ons besluit d.d. 17-10-'06 ten aanzien van PD/SZW 2006/425 “Inkoopnota reïntegratie en sociale activering”. Wij besloten toen om “voor de inkoop van trajecten sociale activering en trajecten arbeidsactivering uitsluitend Haarlemse organisaties uit te nodigen.” Nader onderzoek wijst uit dat dit besluit herziening behoeft omdat het niet in overeenstemming is met het Europese recht.

Een heroverweging van deze punten is mede van belang met het oog op het lopende verzelfstandigingstraject SBH, waarbij o.a. gekeken wordt naar een samenwerkingsverband met Spaarnelanden NV en Paswerk, voorlopig S(BH)PS, korthedshalve SPS genoemd. Wij willen duidelijkheid over de voorwaarden die worden gesteld aan de structuur van Paswerk c.q. de eisen die aan de Gemeenschappelijke Regeling moeten worden gesteld om onze doelstellingen op langere termijn langs legale weg te kunnen realiseren.

2. Juridische context en positie regionale marktpartijen.

A. Aanbestedingsrecht.

Het aanbestedingsrecht is aan grote veranderingen onderhevig. Op dit moment is de heersende mening dat de huidige regels vrij streng zijn over onderhandse aanbesteding aan één partij¹. De gedachtegang is dat met een voorkeurspositie voor één partij het fundament van het Europees Recht aangetast wordt doordat de vrije concurrentie uitgeschakeld wordt. Hierop zijn twee uitzonderingen mogelijk:

1. (Quasi-)inbesteding.

Er is sprake van quasi-inbesteding als de aanbestedende dienst op een andere entiteit toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en de entiteit tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende dienst. (Quasi-)inbesteding heeft als voordeel

¹ Zie bijlage A1.

dat het de mogelijkheid biedt om gunningen uit de hand te verstrekken en wel aan die partij die zodanig nauw verweven is met de gemeente dat die als onderdeel van de gemeentelijke organisatie beschouwd mag worden. Dit stelt overigens wel nadrukkelijke eisen aan Gemeenschappelijke Regeling. De bestaande Regeling met Paswerk is hierop getoetst en zou wat dit betreft op een aantal punten moeten worden aangepast. Dit zal worden meegenomen in het lopende verzelfstandigings-traject.

2. *Alleenrecht.*

Naast (quasi-)inbesteding bestaat de beperkte mogelijkheid van alleenrecht. Met alleenrecht wordt bedoeld op een recht op grond waarvan de opdrachtnemer de enige is die een bepaalde dienst binnen een bepaald gebied mag uitvoeren. Dit recht moet een bestuurlijke grondslag hebben. Voorwaarde is dat het moet gaan om behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard. Het moet gaan om behoeften waarin de overheid om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien of beslissende invloed te behouden. Het begeleidingstraject om bijstandsgerechtigden weer aan werk te helpen valt hieronder; de aanleg van groenvoorzieningen daarentegen niet.

In het verleden is er een rechterlijke uitspraak geweest over de vraag of er een extra uitzondering bestaat voor onderhandse opdrachtverlening aan een gemeentelijk WSW-bedrijf. Dit is niet het geval. Hiermee zijn opdrachten waarbij Paswerk een voorkeursbehandeling krijgt, niet meer toegestaan, tenzij deze opdrachten onder één van de hierboven genoemde twee uitzonderingsgronden vallen.

B. **Positie regionale marktpartijen.**

De vernieuwde Europese regelgeving houdt tot op zekere hoogte rekening met sociale werkgelegenheids- en milieuaspecten. De bedoeling van de wetgever is, dat waar sociale werkgelegenheidsaspecten aan de orde zijn, deze in kwalitatieve zin als gunningscriteria mogen worden opgenomen, zonder dat marktpartijen een beroep kunnen doen op het non-discriminatiebeginsel zoals dat in de EG-Richtlijnen is verwoord. Discriminerende eisen zijn in strijd met de beginselen van vrije concurrentie en objectiviteit. In het verlengde hiervan is in het aanbestedingsbeleid werken (b&w nota SB/MEC/2004/58; b&w besluit d.d. 21-12-'04) vastgelegd dat de plaats van vestiging als zodanig geen preferentie is om in aanmerking voor een uitnodiging te komen. Dit geldt niet alleen voor werken maar ook voor leveringen en diensten. Regionale marktpartijen kunnen dus nimmer een voorkeursbehandeling krijgen; wel mogen eisen worden gesteld om de sociale werkgelegenheid zo veel mogelijk tegemoet te komen. Het eerste is namelijk strijdig met het non-discriminatiebeginsel, het laatste niet.

3. **Risico's bij afwijking van de aanbestedingsregelgeving.**

Aanbesteden volgens de (Europese) regels is lastig en veelvuldig aan veranderingen onderhevig. Veel veranderingen liggen vast in jurisprudentie die zorgvuldig geraadpleegd moet worden. Niet alleen Haarlem loopt dagelijks risico's; alle gemeenten lopen risico's. Haarlem verkreeg over 2006 van de accountant een goedkeurende verklaring. Die goedkeuring betreft mede de uitvoering van het aanbestedingsbeleid. Meer dan de helft van alle gemeenten in Nederland verkreeg die goedkeuring niet en dat geeft o.a. aan hoe lastig inkopen en aanbesteden is. Wij hebben een inventarisatie gemaakt van de risico's die worden gelopen als de regels worden overtreden. In het kort komend deze hierop neer.

1. De rechter kan in een rechtzaak besluiten de aanbesteding opnieuw te doen, ook als de opdracht al verstrekt is. In dat geval kan de gemeente haar contract niet nakomen, hetgeen als wanprestatie wordt aangemerkt met mogelijke schadeclaims als gevolg.
2. Partijen die zich benadeeld voelen doordat zij niet mee hebben kunnen doen, kunnen schadeclaims indienen.
3. De Europese Commissie kan besluiten een boete op te leggen. De kans dat dit risico zich verwezenlijkt, is weliswaar klein, doch niet ondenkbaar.

4. De accountant kan besluiten geen goedkeuring te verlenen aan de jaarrekening omdat de uitvoering van het aanbestedingsbeleid de rechtmatigheidstoets niet heeft doorstaan.

4. Aandachtspunten ter continuering van de samenwerking met Paswerk.

De “status aparte” zoals met ons besluit d.d. 10-01-'06 toegekend aan Paswerk met nota FD/MC 2005/365 betreft:

- Grafisch (drukwerk, afwerking, verzending enz)
- Groenonderhoud
- Onkruidbestrijding
- Zwerfvuil
- Graffiti
- Reïntegratietrajecten (rekening houdend met bestaande overeenkomsten en veelal als onderdeel van grotere opdrachten, zoals ook bij de WVG-aanbesteding het geval is)
- Digitalisering archieven
- Detachering (i.o.m. Haarlem Mediair, catering)
- Technische dienst/klussendienst
- Schoonmaak (exclusief de gebouwen waarvoor reeds een langlopend contract bestaat)
- Fietstoezicht

Deze opsomming gaat zowel over werken, leveringen als diensten. Via de constructie van het “alleenrecht” kan slechts een klein deel hiervan uit de hand aan Paswerk worden gegund (mits voorzien van een bestuurlijke grondslag). Hieronder valt het begeleidingstraject reïntegratie (5% regeling). Groen-aanleg en zwerfvuil vallen hier niet onder.

Grofweg zijn er nu – gelet op de structuur van Paswerk – drie categorieën te onderscheiden, t.w.

- a). Diensten waarop het alleenrecht van toepassing is;
- b). Diensten die vallen onder de zgn. “2B categorie” waarop minimaal een openbare bekendmakingsplicht van toepassing is en waarbij andere gegadigden die zich melden - en aan de eisen voldoen - niet mogen worden uitgesloten;
- c). Werken, diensten of leveringen die onverkort onder het aanbestedingsrecht vallen.

Doel van ons beleid is om zoveel mogelijk werken, diensten en leveringen rechtsgeldig onder te brengen bij Paswerk. Hiertoe is een aanpassing van de structuur c.q. gemeenschappelijke regeling van Paswerk nodig, zodat (quasi-)inbesteding mogelijk wordt. Hierbij moet aan het volgende worden gedacht:

- Duidelijker het sociaal maatschappelijk doel opnemen.
- Vastleggen dat er geen private rechtspersonen kunnen toetreden.
- Opnemen dat het territoriale werkgebied beperkt wordt tot de deelnemende gemeenten..
- De mogelijkheid opnemen van een negatieve beslissingsbevoegdheid van deelnemende gemeenten. Dit betekent dat beslissingen ten aanzien van de begroting, het bedrijfsplan, belangrijke investeringen, de benoeming van bestuurders en strategische doelstellingen met unanimiteit genomen moeten worden.
- Een strikte scheiding tussen een eventuele commerciële tak en de rest van Paswerk.

Deze aandachtspunten gelden naar de huidige stand van zaken v.w.b. de regelgeving en zullen worden meegenomen in het lopende verzelfstandigingstraject S(BH)PS. Besluitvorming hierover is nu nog niet aan de orde.

5. Conclusies.

Reeds in gang gezette trajecten zijn – ook bij nadere bestudering - goed verlopen. Slechts op één punt dient ons beleid te worden herzien. End at betreft beslispoint 2 van ons besluit d.d. 17-10-'06 t.a.v.

b&w nota PD/SZW 2006/425 “Inkoopnota reïntegratie en sociale activering” Wij besloten toen om “voor de inkoop van trajecten sociale activering en trajecten arbeidsactivering uitsluitend Haarlemse organisaties uit te nodigen.” Nader onderzoek wijst uit dat dit besluit herziening behoeft omdat het niet in overeenstemming is met het Europese recht. Lokale marktpartijen kunnen geen voorkeursbehandeling krijgen. Wel mogen kwalitatieve eisen in de vorm van gunningscriteria worden gesteld om de sociale werkgelegenheid zo veel mogelijk tegemoet te komen.

Wij hebben nader onderzoek gedaan naar de voorwaarden waaronder wij opdrachten voor werken, diensten of leveringen, waarvoor aan Paswerk een “status aparte” is verleend, ook in de toekomst rechtsgeldig onder kunnen brengen bij Paswerk. Hiertoe is op onderdelen een aanpassing van de gemeenschappelijke regeling van Paswerk nodig, zodat (quasi-)inbesteding mogelijk wordt. Dit vereist nadere afstemming op bestuurlijk niveau.

Aanpassing van de gemeenschappelijke regeling van Paswerk kan enkel met medewerking van alle deelnemende gemeenten. Het voordeel voor de andere gemeenten is dat ook zij dan van de wijzigingen kunnen profiteren en via de structuur van (quasi-)inbesteding rechtsgeldig opdrachten uit de hand aan Paswerk kunnen gunnen. Deze aandachtspunten zullen worden meegenomen in het lopende verzelfstandigingstraject S(BH)PS. Besluitvorming hierover is nu nog niet aan de orde.

6. Financiën.

Deze nota heeft op zich geen financiële consequenties, anders dan in eerdere nota's al is aangegeven en besloten. In de kern gaat het om de realisering van financiële taakstellingen zoals aangegeven in Kadernota 2007, met name de taakstelling “Reïntegratie en uitstroom bijstand” (3 miljoen structureel over de periode 2008-2010).

7. Besluit burgemeester en wethouders.

1. Het college besluit het begeleidingstraject voor de reïntegratie van bijstandsgerechtigden en Niet-Uitkeringsgerechtigden – bij het onderhoud van de openbare ruimte en de uitvoering van civiele projecten (de zgn. 5% regeling) – aan Paswerk op te dragen op grond van het alleenrecht zoals genoemd in het aanbestedingsrecht.
2. Het college besluit de “status aparte” van Paswerk om tevens in aanmerking te komen voor de uitvoering van opdrachten die niet onder het alleenrecht vallen, nader uit te werken in het kader van het verzelfstandigingstraject S(BH)PS.
3. Het college besluit op grond van recente juridische ontwikkelingen om haar besluit d.d. 17 oktober 2006 om uitsluitend Haarlemse organisaties uit te nodigen voor de inkoop van trajecten sociale activering en trajecten arbeidsactivering, in te trekken en te wijzigen zoals verwoord in het volgende beslispunt 4.
4. Het college besluit dat bij de aanbesteding van werken, leveringen en diensten de plaats van vestiging op zich geen preferentie kan zijn om in aanmerking voor een uitnodiging tot inschrijving te komen; wel zullen sociale werkgelegenheidsaspecten zoveel mogelijk als gunningscriteria in bestekken worden opgenomen, zonder dat marktpartijen een beroep kunnen doen op het non-discriminatiebeginsel.
5. Het besluit heeft geen financiële consequenties.
6. Betrokkenen ontvangen daags na onze besluitvorming informatie over dit besluit.
7. De commissies Samenleving en Bestuur ontvangen deze nota en ons besluit ter kennisneming.

Bijlage A1: de heersende mening in het aanbestedingsrecht

Het aanbestedingsrecht is aan grote veranderingen onderhevig. Benadrukt dient te worden dat het aanbestedingsrecht in het algemeen en de behandelde vraagstukken specifiek niet uitgekristalliseerd zijn. Wat wel duidelijk is, is dat het een en ander veranderd is met de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie van augustus 2006² en de conclusie van de advocaat-generaal aan het Hof van Justitie EG van september 2006³.

Hierdoor lijkt het soms dat er grote verschillen in de meningen van de gespecialiseerde juristen zijn. Toch is er over veel wel consensus, zoals over de beste oplossing in de casus van deze nota. De verschillen lopen wel iets uiteen over de inschatting van te lopen risico's en over enkele aspecten van de uitwerking van de oplossingen.

Bij het opstellen van bovenstaande memo is uitvoerig jurisprudentie- en literatuur-onderzoek door een hierin gespecialiseerde gemeentelijk jurist van Stadsbeheer/juridische control gedaan. Hierbij is onder andere gebruik gemaakt van het advies van Smithuijsen Advocaten inzake de verzelfstandiging SBH en van een verhandeling van prof. mr. G.W.A. van de Meent, hoogleraar aanbestedingsrecht en tevens partner en advocaat bij advocatenkantoor Loyens en Loeff, over "Toepassing aanbestedingsvrijstellingen tussen gemeenten en Wsw-uitvoeringsorganisaties". Met iets andere accenten komt deze nota met beide genoemde stukken overeen.

In de zomer van 2006 heeft mr. G. Verberne, advocaat bij Van Doorne advocaten, een presentatie bij Paswerk gehouden. Hij verkondigde toen dat onderhandse aanbesteding aan Paswerk onverkort mogelijk was. Begin 2007 heeft hij echter aangegeven dat hij nu, achterhaald door de juridische ontwikkelingen, een geheel andere presentatie zou geven dan in de zomer van 2006. Ook hij schaaft zich inmiddels onder bovenvermelde consensus.

² Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over "de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen" (augustus 2006)

³ Conclusie van advocaat-generaal C. Stix-Hackl aan het Hof van Justitie EG inzake de "An Post"-zaak C-507/03 (september 2006)