

Raadsstuk 61/2008
B&W datum 25 maart 2008
Sector/Afd MS/jz
Reg.nr(s) 08/44857

Onderwerp **Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht**

Aan de Raad der gemeente Haarlem

Dit voorstel van het college aan de raad behelst de vaststelling van een verordening, welke de basis vormt voor de bevoegdheid van het college om bij wijze van uitzondering op de wettelijk voorgeschreven aanbestedingsplicht gemeentelijke opdrachten tot levering van goederen, werken en diensten niet in de markt te zetten maar exclusief te gunnen aan met name genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen.

Met betrekking tot de gunning van opdrachten voor de levering van werken, diensten en goederen bieden artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG en artikel 17 van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten onder strikte voorwaarden de mogelijkheid van vrijstelling van de aanbestedingsplicht middels het verlenen van een **exclusief recht** aan een rechtspersoon. Dat is mogelijk wanneer:

- a. de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke rechtspersoon is met aanbestedingsplicht;
- b. de opdrachtgever de opdracht verstrekt aan een met name genoemde opdrachtnemer op basis van exclusiviteit;
- c. Dit exclusieve recht (ook wel : alleenrecht of uitsluitend recht genoemd) een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag heeft (op gemeentelijk niveau in de vorm van een verordening);
- d. De verlening van het uitsluitend recht verenigbaar is met het EG recht;
- e. Het uitsluitend recht op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze is verleend.

Het college wil meer gebruik gaan maken van deze vrijstelling, met name in situaties waarin andere belangen zwaarder wegen dan de gebruikelijke belangen bij aanbesteding zoals een lage prijs of de economisch meest gunstige aanbidding. Een voorbeeld daarvan is de gunning van bepaalde werkzaamheden aan het "eigen" SW-bedrijf (in casu Paswerk): de verantwoordelijkheid van de gemeente voor de uitvoering van de Wet Sociale Werkvoorziening kan op zeker moment zwaarder wegen dan het betalen van de laagste prijs op de markt.

Zoals hierboven aangegeven is een van de voorwaarden om van de vrijstelling gebruik te kunnen maken dat het exclusieve recht is gebaseerd op een verordening. Wanneer de raad daarvoor telkenmale een aparte verordening moet vaststellen, waarbij de aangewezen opdrachtnemer met name wordt genoemd, stelt de raad impliciet niet alleen een verordening vast, maar tevens een beschikking waartegen belanghebbenden in bezwaar en beroep kunnen gaan.

Om deze ongewenste samenloop te vermijden legt het college thans aan de raad ter vaststelling voor een verordening waarin de raad in algemene bewoordingen de mogelijkheid openstelt om exclusieve rechten te verlenen, waarbij tegelijkertijd aan het college de bevoegdheid wordt gedelegeerd om op basis van deze verordening exclusieve rechten te verlenen aan met name genoemde opdrachtnemers. Tegen het besluit van het college kunnen belanghebbenden in bezwaar en beroep gaan. Het is aan de raad om achteraf het college te toetsen op de wijze waarop zij gebruik heeft gemaakt van de gedelegeerde bevoegdheid.

Voor een nadere onderbouwing van dit voorstel wordt als bijlage B aan dit raadsstuk toegevoegd een advies van Prof. mr. G.W.A. van de Meent van 28 februari 2007 getiteld: "Toepassing aanbestedingsvrijstellingen tussen gemeenten en Wsw-uitvoeringsorganisaties". Dit advies is indertijd opgesteld t.b.v. enkele gemeentes in Limburg, maar is gezien de algemene vraagstelling bruikbaar voor elke gemeente. Geattendeerd wordt met name op blz. 10 (onderaan) tot en met 19 van het advies.

Financiële paragraaf

Aan dit voorstel zijn geen financiële consequenties verbonden.

Participatie / communicatie

Binnen het aanbestedingsrecht weegt transparantie erg zwaar. Dientengevolge moet ook over het gebruikmaken van vrijstellingen op de wettelijke aanbestedingsplicht ruimschoots worden gepubliceerd. De gebruikelijke publicatieprocedures bij verordeningen (publicatie in Stadskrant, inzage-mogelijkheid in de Publiekshal en plaatsing op de website van de gemeente Haarlem onder BIS) zijn voldoende. Publicatie in de Stadskrant vindt plaats bij eerstvolgende gelegenheid na vaststelling door de raad.

Planning

Na vaststelling door de raad zal deze verordening in werking treden met ingang van de eerste dag na de dag van publicatie in de Stadskrant.

Wij stellen de raad voor:

De Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht, zoals vermeld op bijlage A. vast te stellen.

Het college van burgemeester en wethouders,

de secretaris,
drs. W.J. Sleddering

de burgemeester,
mr. B.B. Schneiders

61/2008

De Raad der gemeente Haarlem,

Gelezen het voorstel van het college van burgemeester en wethouders;

Besluit:

de verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht inclusief toelichting, als vermeld op bijlage A, vast te stellen.

Gedaan in de vergadering van

De griffier

De voorzitter,

61/2008

61-4

BIJLAGE A

Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht

Artikel 1

De gemeente wil gebruik maken van de in artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 17 van het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) geboden mogelijkheid van vrijstelling van de aanbestedingsplicht middels toekenning van een exclusief recht¹.

Artikel 2

- 2.1 Aan het college wordt op grond van deze verordening de bevoegdheid gegeven bij nader besluit per werksoort, periode en (indien van toepassing) territoir, afzonderlijke exclusieve rechten te verlenen aan met name genoemde publiekrechtelijke instellingen in de zin van art. 1 sub q Bao en art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, nader omschreven in de toelichting bij deze verordening, voor werkzaamheden behorend tot de huishouding van de gemeente, een en ander voorzover het college dit wenselijk acht en voorzover aan alle voorwaarden om een exclusief recht toe te kennen is voldaan.
- 2.2 Het voornemen van het college om op basis van deze verordening een exclusief recht toe te kennen wordt vooraf bekend gemaakt in de Stadskrant en op de gemeentelijke website.

Artikel 3

- 3.1 Deze verordening treedt in werking met ingang van de eerste dag na de dag waarop de verordening is gepubliceerd in de Stadskrant.
- 3.2 Deze verordening kan worden aangehaald als: “Verordening gunning opdrachten door toekenning van een exclusief recht”.

Toelichting

Algemeen

Om de vrijstelling genoemd in 18 Richtlijn en artikel 17 van het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) te kunnen toepassen moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

1. de opdrachtnemer moet zelf een aanbestedende dienst zijn;
2. de opdrachtnemer moet de opdracht verstrekken d.m.v. een exclusief recht
3. het exclusieve recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben
4. de verlening van het exclusieve recht moet verenigbaar zijn met het EG-verdrag.
5. het exclusieve recht moet op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze zijn verleend;

¹ Ook wel: alleenrecht of uitsluitend recht genoemd

- Ad 1.: Het vereiste dat de opdrachtnemer een aanbestedende dienst moet zijn betekent volgens de geldende jurisprudentie:
dat de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke instelling is als omschreven in art. 1 sub q Bao en art. 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, hetgeen het geval is:
- wanneer opdrachtnemer is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard;
Van een behoefte van algemeen belang is sprake wanneer:
 - *de overheid om redenen van algemeen belang beslissende invloed wil houden in de voorziening in de betreffende behoefte;*
 - *het primaire doel van de activiteiten niet plaats vindt op een markt met sterke concurrentie;*
 - *er bij de activiteiten geen of slechts een beperkt economisch risico wordt gelopen*
 - dat de opdrachtnemer rechtspersoonlijkheid heeft en
 - dat de opdrachtnemer onder invloed staat van een of meerdere aanbestedende diensten op het terrein van hetzij de financiering, hetzij het toezicht op het beheer, hetzij deelname in bestuurs- of toezichthoudende organen.
Ad financiering: het criterium is hier dat een opdrachtnemer in hoofdzaak(= voor meer dan 50 %) openbaar wordt gefinancierd; onder openbare financiering wordt verstaan dat men financieel ondersteund wordt of gefinancierd wordt door de gemeente (of een andere publiekrechtelijke instelling) zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat;
Ad toezicht: Het toezicht op het beheer moet zodanig zijn dat controle vooraf op het plaatsen van overheidsopdrachten mogelijk is.
- Ad 2.: Het noemen in de verordening zelf van een opdrachtnemer aan wie een exclusief recht wordt gegund levert jegens de opdrachtnemer en andere belanghebbenden een besluit op (in de zin van de Awb) in een regeling die zelf het karakter heeft van een algemeen verbindend voorschrift. Om deze bestuursrechtelijke anomalie te voorkomen is er voor gekozen om de verordening zelf algemeen te houden en de daadwerkelijke toekenning aan een met name genoemde opdrachtnemer van een exclusief recht over te dragen aan het college. Dit komt ook tegemoet aan het transparantiebeginsel: toekenning van een exclusief recht in de vorm van een verordening is niet zo doorzichtig: publicatie van een besluit waarin een exclusief recht wordt toegekend is daarentegen specifieker en valt meer op. Tegen het collegebesluit (zijnde een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb) staat rechtsbescherming open.
- Ad 3.: Middels de vaststelling van deze verordening is voldaan aan het vereiste dat het exclusieve recht een wettelijke dan wel bestuursrechtelijke grondslag moet hebben.
- Ad 4. De verenigbaarheid met het EG-verdrag betreft met name van overheidswege gecreëerde dienstverleningsmonopolies die het gehele land of een wezenlijk

deel daarvan bestrijken. Onder omstandigheden kunnen dergelijke monopolies op gespannen voet staan met de Verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en inzake de mededinging. Een gemeente zou in strijd handelen met artikel 86 lid 1 EG-verdrag indien door de verlening van het alleenrecht: (I) een machtspositie ontstaat waar (II) misbruik van wordt gemaakt en welke (III) de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Aan al deze drie voorwaarden moet zijn voldaan wil de verlening van een exclusief recht strijd opleveren met het EG-verdrag.

Ad 5.: Zie toelichting bij artikel 2.

Opm. Alhoewel de verordening zodanig ruim is geformuleerd dat het college exclusieve rechten kan verlenen aan elke opdrachtnemer die voldoet aan de geldende voorwaarden en restricties, blijkt in de praktijk deze vrijstelling in het aanbestedingsrecht met name een oplossing te bieden in de sfeer van de Wet sociale werkvoorziening. Gemeenten zijn verantwoordelijk voor de uitvoering van de Wsw in hun territorium en moeten voldoende kansen creëren voor de burgers met een Wsw-indicatie om ondanks hun handicap toch zo normaal mogelijk te kunnen functioneren in de maatschappij. Eventuele verliezen in de exploitatie van het "eigen" SW-bedrijf (voor Haarlem is dat op dit moment Paswerk) moeten zij zelf aanvullen uit de eigen middelen. Gemeenten hebben er dus om meerdere redenen belang bij dat het eigen SW-bedrijf goed draait: voldoende werk heeft, ook (t.b.v. de werknemers) meerdere soorten van werk kan aanbieden, en aan het eind van het boekjaar geen nadelig saldo declareert.

Artikelsgewijs

Artikel 1

Onder een exclusief recht moet worden verstaan: een overheidsopdracht welke in afwijking van de reguliere aanbestedingswetgeving één op één is gegeven aan een opdrachtnemer. Van een dergelijke afwijkingsmogelijkheid (ook wel genoemd aanbestedingsvrijstelling) kan alleen gebruik worden gemaakt wanneer aan een aantal in de jurisprudentie strikt uitgelegde voorwaarden wordt voldaan.

Artikel 2

- 2.1 In dit artikel delegeert de raad de bevoegdheid om aan een met name genoemde opdrachtnemer te gunnen middels toekenning van een exclusief recht, aan het college. De bevoegdheid is beperkt tot de levering van werken, producten en/of diensten betreffende de huishouding van de gemeente. Het begrip huishouding is dezelfde als genoemd in artikel 108 Gemeentewet.
- 2.2 Deze bepaling heeft te maken met de voorwaarde dat een exclusief recht op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze moet zijn verleend. Een belanghebbende moet voldoende gelegenheid hebben om bezwaar te kunnen maken tegen het besluit. Binnen het EG-recht is transparantie een zwaarwegend voorschrift, dat

ook opgaat wanneer gebruik wordt gemaakt van een vrijstelling in het aanbestedingsrecht.

In verband daarmee dient het college pas na bekendmaking van het besluit over te gaan tot daadwerkelijke opdrachtverlening.