

Verordening gunning opdrachten door toekenning van een uitsluitend recht

Nr.RB2014122

de Raad van de gemeente Heerhugowaard;

gelezen het voorstel van burgemeester en wethouders d.d. 7 oktober 2014
gelet op:

- 147 en 149 van de Gemeentewet,
- artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG en
- artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012

b e s l u i t

vast te stellen de:

Verordening gunning opdrachten door toekenning van een uitsluitend recht

Artikel 1

- 1.1 Het college van burgemeester en wethouders kan een of meer uitsluitende rechten toekennen (ook wel genoemd: alleenrecht of exclusief recht) als bedoeld in artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.24 sub a juncto artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, aan een met naam genoemde publiekrechtelijke instelling of samenwerkingsverband van overheden of publiekrechtelijke instellingen, bedoeld in artikel 1.1, van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 1, lid 9 Richtlijn 2004/18/EG, voor werkzaamheden behorend tot de huishouding van de gemeente.
- 1.2 Het voornemen en het besluit van het college van burgemeester en wethouders om op basis van deze verordening een uitsluitend recht toe te kennen, worden beide vooraf bekend gemaakt (gepubliceerd) in een medium dat past bij de omvang van de opdracht waarvoor het recht wordt verleend (bijv. het Stadsnieuws, op de gemeentelijke website of Publicatieblad van de Europese Unie).

Artikel 2

- 2.1 Deze verordening treedt in werking op de achtste dag na bekendmaking.
- 2.2 Deze verordening wordt aangehaald als "Verordening gunning opdrachten door toekenning van een uitsluitend recht".

Heerhugowaard, 25 november 2014

De Raad voornoemd,

de griffier, de voorzitter,

TOELICHTING OP VERORDENING GUNNING OPDRACHTEN DOOR TOEKENNING VAN EEN UITSLUITEND RECHT

ALGEMENE TOELICHTING

Een gemeente is een aanbestedende dienst en moet zich daarom aan de regels en beginselen van het (Europees) aanbestedingsrecht houden.

Om de vrijstelling genoemd in artikel 18 van de Richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012 te kunnen toepassen moet aan de volgende (cumulatieve) voorwaarden zijn voldaan:

1. de opdrachtnemer moet zelf een aanbestedende dienst zijn, of een samenwerkingsverband van overheden of aanbestedende diensten;

2. de opdrachtgever moet de opdracht verstrekken aan een met naam genoemde opdrachtnemer op basis van een uitsluitend recht;
3. het uitsluitend recht moet een wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag hebben (op gemeentelijk niveau in de vorm van een verordening);
4. de toekenning van het uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-verdrag).
5. het uitsluitend recht moet op uitdrukkelijke en doorzichtige wijze zijn verleend;

Ad 1: Het vereiste dat de opdrachtnemer een aanbestedende dienst moet zijn (of een samenwerkingsverband van overheden of aanbestedende diensten), betekent volgens de geldende jurisprudentie dat de opdrachtnemer zelf een publiekrechtelijke instelling is als omschreven in art. 1.1, Aanbestedingswet 2012 en art. 1, lid 9 Richtlijn 2004/18/EG.

Om een publiekrechtelijke instelling te zijn moet de entiteit van de opdrachtnemer voldoen aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden:

- a. opdrachtnemer is opgericht met het specifieke doel te voorzien in *behoeften van algemeen belang* die niet zijn van industriële of commerciële aard; en
- b. rechtspersoonlijkheid hebben; en
- c. waarvan de activiteiten in hoofdzaak *gefinancierd* worden door aanbestedende diensten, of het beheer onderworpen is aan *toezicht* door aanbestedende diensten, of de leden van de raad van bestuur / de directie / de raad van toezicht voor meer dan de helft door aanbestedende diensten worden benoemd.

ad a. van een *behoefte van algemeen belang* is sprake wanneer:

- de overheid om redenen van algemeen belang beslissende invloed wil houden in het (doen) voorzien in de betreffende behoefte;
- het primaire doel van de activiteiten niet plaatsvindt in een markt waar sterke concurrentie heerst;
- er bij de activiteiten geen of slechts een beperkt economisch risico wordt gelopen.

ad c.

- de *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 of gefinancierd wordt door de gemeente (of een andere publiekrechtelijke instelling) zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat;
- het *toezicht*: het toezicht op het beheer moet zodanig zijn dat controle vooraf op het plaatsen van overheidsopdrachten mogelijk is.

Aan de hand van alle feiten en omstandigheden dient onderzocht te worden of voldaan is aan het vereiste dat de opdrachtnemer een aanbestedende dienst is.

Ad 2.: Het noemen in de verordening van een opdrachtnemer aan wie een uitsluitend recht wordt gegund (de aanwijzing), levert jegens de opdrachtnemer en andere belanghebbenden een besluit op (in de zin van de Algemene wet bestuursrecht) opgenomen in een regeling die zelf het karakter heeft van een algemeen verbindend voorschrift. Om deze bestuursrechtelijke onregelmatigheid te voorkomen, is de bevoegdheid tot daadwerkelijke toekenning van een uitsluitend recht aan een met name genoemde opdrachtnemer, gegeven aan burgemeester en wethouders. Dit komt ook tegemoet aan het transparantiebeginsel. Vandaar ook de publicatie van het voornemen en van het besluit waarin een uitsluitend recht wordt toegekend. Tegen het (gunnings)besluit van burgemeester en wethouders (zijnde een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht) staat rechtsbescherming open.

Ad 3.: Met de vaststelling van deze verordening is voldaan aan het vereiste in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, dat het uitsluitende recht een wettelijke dan wel bestuursrechtelijke grondslag moet hebben.

Ad 4. De (on)verenigbaarheid met het EG-verdrag betreft met name van overheidswege gecreëerde dienstverleningsmonopolie's die het gehele land of een wezenlijk deel daarvan bestrijken. Onder omstandigheden kunnen dergelijke monopolie's 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 (1) door de verlening van het uitsluitend recht een machtspositie ontstaat, waar (2) misbruik van wordt gemaakt en welke (3) de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Aan al deze drie voorwaarden moet zijn voldaan wil de verlening van een uitsluitend recht strijd opleveren met het EG-verdrag.

Ad 5. Zie toelichting bij artikel 1.

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel 1

Van de mogelijkheid een uitsluitend recht toe te kennen, kan alleen gebruik worden gemaakt indien aan de hieraan gestelde - in de jurisprudentie strikt uitgelegde - voorwaarden wordt voldaan.

1.1

In dit artikel delegeert de raad de bevoegdheid om aan een met name genoemde opdrachtnemer een opdracht te gunnen door middel van de toekenning van een uitsluitend recht aan burgemeester en wethouders. De bevoegdheid is beperkt tot de levering van werken, producten en/of diensten betreffende de huishouding van de gemeente. Het begrip huishouding is hetzelfde als genoemd in artikel 108 Gemeentewet. De term "huishouding" betekent een begrenzing tot het gemeentelijk belang. Hierbij geldt als bovengrens: geen strijd met de Grondwet, wetten in formele zin, algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en provinciale verordeningen, alsmede EG-recht. Als benedengrens geldt dat er sprake moet zijn van openbaar belang en dat er niet wordt getreden in de bijzondere belangen van de ingezetenen (het privé-belang).

1.2

Deze bepaling heeft te maken met de voorwaarde dat een uitsluitend 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 voornemen over te gaan tot daadwerkelijke opdrachtverlening en vervolgens de publicatie van het besluit.