

NOTITIE

VERTROUWELIJK

Aan Gemeente Zevenaar, de heer H. Marinus
Van Gijs Verberne / Marnix de Meij
Datum 16 december 2021

Geachte heer Marinus,

Op uw verzoek treft u hieronder aan een afschrift van de inhoud van mijn e-mail van 7 december 2021.

+++++

Inleiding

Eerder dit jaar, in juni 2021, hebben wij de Modulaire gemeenschappelijke regeling Sociaal Domein Centraal Gelderland (hierna: **MGR**) geadviseerd over de aanbestedingsrechtelijke aspecten van de constructie waarbij in MGR deelnemende gemeenten de besloten vennootschap Scalabor B.V. (hierna: **Scalabor**) (op grond van artikel 2, lid 2, van de Wsw) hebben aangewezen als uitvoerder van de Wet sociale werkvoorziening (hierna: de **Wsw**). Scalabor is volledig in handen van de gemeente Arnhem (hierna: **Arnhem**), één van de in MGR deelnemende gemeenten.

Aanleiding voor het gevraagde advies is de wens van de in MGR deelnemende gemeenten het aanwijzingsbesluit is aangewezen als uitvoerder Wsw in stand laten c.q. te verlengen, terwijl de onderliggende regelingen op onderdelen worden aangepast, onder meer waar het detacheringsvergoedingen betreft.

Arnhem heeft een memorandum opgesteld over dit onderwerp (gedateerd 4 november 2021) en deze onder de leden van MGR verspreid. Wij merken op dat het memo van Arnhem (hierna: het **Memo**) een iets andere invalshoek heeft dan ons advies uit juni 2021; het Memo gaat vooral in op de vraag of het aanwijzingsbesluit zelf niet als aanbestedingsplichtige opdracht moet worden aangemerkt, en zo ja, of deze opdracht dan onderhands (één-op-één) aan Scalabor gegund mag worden. Je hebt ons gevraagd op het Memo te reageren.

Reactie op Memo Arnhem

In een notitie van 23 juni 2021 hebben wij een schets gegeven van het toepasselijke aanbestedingsrechtelijke kader. Daarin hebben wij onder meer aangegeven dat een aanbestedende dienst, zoals een gemeente, in beginsel gehouden is overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde (Europees) aan te besteden. Deze drempel is (thans nog) EUR 214.000 (ex. BTW), per 1 januari 2022 215.000 ex. BTW.

Aanwijzingsbesluit niet aanbestedingsplichtig

Een overheidsopdracht (voor diensten) is volgens de definitie van artikel 1, lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: **Aw**) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van diensten (artikel 1.1, Aw).

De enkele aanwijzing van Scalabor door een gemeente kan naar ons oordeel niet aangemerkt worden als het gunnen van een overheidsopdracht. Er is eerder sprake van een eenzijdige rechtshandeling, waarbij ook een bezwarende titel ontbreekt.

Ook in het Memo wordt overigens de stelling betrokken dat het aanwijzen van Scalabor niet aanbestedingsplichtig is. Het daarbij door Arnhem opgevoerde argument dat "*bijzondere wetgeving boven algemene wetgeving gaat waardoor niet aan het aanbestedingsrecht wordt toegekomen*", snijdt ons inziens geen hout. Een gemeente is op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning – bijvoorbeeld – gehouden hulpmiddelen voor haar inwoners aan te schaffen; deze hulpmiddelen moeten 'gewoon' worden aanbesteed.

Gunnen van opdrachten aan Scalabor

Naast het besluit waarmee Scalabor aangewezen wordt als uitvoerder van de Wsw, zijn er door gemeenten ook één of meerdere dienstverleningsovereenkomsten gesloten met Scalabor. Deze overeenkomsten zijn, afhankelijk van aard en omvang, waarschijnlijk wel (aangebestedingsplichtige) overheidsopdrachten.

Op grond van artikel 2.24, aanhef en onder a., Aw, bestaat geen aanbestedingsplicht voor overheidsopdrachten voor diensten:

"die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een uitsluitend recht dat aan die andere aanbestedende dienst of het desbetreffende samenwerkingsverband is verleend, mits dit uitsluitend recht verenigbaar is met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;"

Om van deze uitzondering gebruik te kunnen maken, moet worden voldaan aan drie voorwaarden:

- (i) Scalabor moet kwalificeren als aanbestedende dienst;
- (ii) aan Scalabor moet een uitsluitend recht (ook wel: alleenrecht) zijn verleend;
- (iii) dat uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het **Verdrag**).

Ad (i) Scalabor is een aanbestedende dienst

Zoals in ons eerdere advies van juni 2021 is toegelicht, is Scalabor een publiekrechtelijke instelling, dat wil zeggen een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen;

Als publiekrechtelijke instelling is Scalabor op grond van artikel 1, lid 1, Aw, een aanbestedende dienst.

Arnhem stelt in haar Memo dat aan Scalabor geen uitsluitend recht verleend kan worden omdat Scalabor geen aanbestedende dienst zou zijn, "*omdat zij niet ten minste 80% van haar werkzaamheden ten behoeve*

van haar eigenaar toezichthouder verricht". Dit standpunt van Arnhem berust op een misvatting; genoemd 80%-criterium speelt namelijk geen enkele rol bij de beoordeling of Scalabor een aanbestedende dienst is.

Ad (ii) Verlening uitsluitend recht aan Scalabor

Elk van de gemeenten heeft – door middel van een aanwijzingsbesluit – Scalabor aangewezen als uitvoerder van de Wsw als bedoeld in artikel 2, lid 2, Wsw.

In de (concept) tekst van het aanwijzingsbesluit, waarvan wij een afschrift hebben ontvangen, is bepaald dat via de 'Regeling uitvoering Wsw door Scalabor B.V.' behorend bij het aanwijzingsbesluit nadere afspraken worden vastgelegd omtrent de uitvoering van de Wsw door Scalabor. Tevens is in het aanwijzingsbesluit aangegeven dat genoemde regeling als herhaald en ingelast in het besluit beschouwd moeten worden.

Hoewel het aanwijzingsbesluit geen uitdrukkelijke verwijzing kent naar artikel 2.24 a, Aw, achten wij het verdedigbaar dat de aanwijzingsbesluiten gezien kunnen worden als een uitsluitend recht als bedoeld in artikel 2.24, sub a, Aw. Het verdient overigens aanbeveling bij deze aanwijzing uitdrukkelijk te verwijzen naar de betreffende bepaling uit de Aanbestedingswet.

Ad (iii) Verenigbaar met het Verdrag

Een aan Scalabor te verlenen uitsluitend recht moet verenigbaar zijn met het Verdrag.

Anders dan Arnhem in haar Memo betoogt, lijkt het verlenen van een uitsluitend recht aan Scalabor ons niet op voorhand onverenigbaar met het Verdrag. Wij merken daarbij op dat de Nederlandse wetgever juist uitdrukkelijk voorziet in het aanwijzen van een uitvoerder van de Wsw (in artikel 2 van die wet).

Wanneer Scalabor een uitsluitend recht heeft verkregen als bedoeld in artikel 2.24 van de Aanbestedingswet, kan een gemeente die Scalabor dat recht heeft verleend, op basis van het verleende recht in beginsel overheidsopdrachten zonder aanbesteding (één-op-één) aan Scalabor gunnen.

Ten slotte merken wij nog op dat de hierboven geschetste opzet zeker niet ongebruikelijk is; een korte zoektocht op het internet leert dat verschillende gemeenten een opzet als hierboven beschreven hanteren; onder andere Tytsjerksteradiel; Smallingerland; Tubbergen; Reusel-De Mierden; Oldenzaal en Oldambt.

Tot het geven van een toelichting gaarne bereid.

Met vriendelijke groet,



Gijs Verberne