Gemeente Amsterdam
Ontwikkelingsbedrijf

Portefeuille Programma en Regie
Bureau Erfpacht

Memo

Aan	Bureau Erfpacht
Van	Juridische Zaken, 5.1.2e 5.1.2e 5.1.2e
Kopie aan	
Datum	7 mei 2013
Kenmerk	2013-4708
Onderwerp	Aanbesteding opdrachten aan deskundigen (taxateurs) door OGA
Bijlage	

I. Uitgangspunten

Op basis van de aangeleverde informatie zijn de volgende punten als uitgangspunt genomen:

1. Naar aanleiding van de jurisprudentie met betrekking tot het deskundigenrapport in het kader van een canonherziening bij het einde van het tijdvak, kijkt de gemeente niet alleen kritisch naar de deskundigenrapporten, maar ook naar de door de gemeente aan te wijzen deskundigen.

2. Op dit moment bestaat er een vaste groep van deskundigen die regelmatig door de gemeente worden aangewezen voor de waardering van een erfpachtrecht in het kader van een canonherziening bij het einde van het tijdvak. Over de totstandkoming van deze groep bestaat weinig duidelijkheid. Alle deskundigen zijn werkzaam op makelaars- en taxateurskantoren. Slechts enkele van de deskundigen hebben ervaring met het waarderen van bedrijfsonroerend goed. Officiële afspraken over de door deskundigen in rekening te brengen kosten zijn niet gemaakt of in ieder geval niet terug te vinden. In de praktijk wordt ook niet per geval voorafgaand aan de opdrachtverlening de in rekening te brengen kosten overeengekomen.

3. Inmiddels wordt gekeken naar de mogelijkheden om deskundigen aan te wijzen van grote, gerenommeerde kantoren die gespecialiseerd zijn in het waarderen van commercieel en/of particulier onroerend goed. Een aantal kantoren zijn benaderd voor het voeren van een oriënterend gesprek.

4. De taxatiekosten in 2011 bedroegen € 283.000 en in 2012 € 270.000. Voor de begroting voor 2013 is € 266.000 opgenomen en dat wordt waarschijnlijk ook het begrote bedrag voor 2014.

Vragen

5. Naar aanleiding van het voorgaande zijn de volgende vragen voorgelegd, die beantwoord zullen worden in deze memo:

   A. Welke regels moeten in casu in acht moeten worden genomen (inclusief Europese aanbestedingsregels)?

   B. Is het mogelijk om de opdracht aan meerdere partijen te gunnen, zodat het mogelijk blijft om bij het aanwijzen van een deskundige een keuze te kunnen maken uit verschillende deskundigen.

   C. Indien dit mogelijk is, welke selectiecriteria kunnen in dat geval gehanteerd worden?

6. In deze memo zal per vraag antwoord worden gegeven, waarbij aan iedere vraag een korte paragraaf geweid zal worden en afgesloten wordt met een korte conclusie en advies.

II. A. Welke regels moeten in casu in acht moeten worden genomen (inclusief Europese aanbestedingsregels)?

Europese aanbestedingsregels

7. Bij het beoordelen of het Europese aanbestedingsrecht in casu toepassing vindt, is Richtlijn nr. 2004/18 relevant. Deze Richtlijn was tot 1 april 2013 in Nederland geïmplementeerd door het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Per 1 april 2013 is voor deze regelingen de nieuwe Aanbestedingswet (officiële naam: Aanbestedingswet 2012, hierna Aanbestedingswet) voor in de plaats gekomen, waarbij tevens voor implementatie van Richtlijn nr. 2004/17 is zorg gedragen en meer duidelijkheid wordt gegeven over de regels die van toepassing zijn op niet Europese aanbestedingen die niet vallen onder de besproken richtlijnen.

8. In beginsel is een opdrachtgever gehouden de regels van het Europese aanbestedingsrecht in acht te nemen als het gaat om:
   1. een aanbestedingsplichtige opdrachtgever/aanbestedende dienst en;
   2. een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, een raamovereenkomst of een concessie en;
   3. een opdracht met een waarde hoger dan de gestelde drempel.

1. een aanbestedingsplichtige opdrachtgever/aanbestedende dienst

9. De gemeente is vanzelfsprekend een aanbestedende dienst (in de zin van artikel 1, lid 1 van de Aanbestedingswet).

2. een aanbestedingsplichtige overheidsopdracht, een raamovereenkomst of een concessie

10. Onderscheid wordt gemaakt tussen overheidsopdracht, een raamovereenkomst en een concessie. Van een concessie is geen sprake nu de aanbestedende dienst rechtstreeks gaat betalen voor de geleverde inspanningen. Indien partijen niet zeker zijn van uiteindelijke opdrachtverstrekking zal onder omstandigheden sprake zijn van een raamovereenkomst.

11. Gezien de wens om het mogelijk te houden om bij het aanwijzen van een deskundige een keuze te kunnen maken uit verschillende deskundigen zijn partijen niet zeker van uiteindelijke opdrachtverstrekking. Onder omstandigheden is hierbij sprake van een raamovereenkomst. In het geval alle voorwaarden vooraf worden vastgelegd op basis waarvan de deskundige wordt ingehuurd zal echter alsnog sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht i.p.v. een raamovereenkomst. Kortom van een raamovereenkomst is slechts sprake: indien er geen enkele afnameverplichting is en als besloten wordt om af te nemen de voorwaarden daarvoor nog niet bepaald zijn. Het hangt derhalve af van de verdere invulling van de contractering en aanbesteding van de deskundigen of sprake zal zijn van een raamovereenkomst. Dit onderscheid is feitelijk alleen van belang i.v.m. de looptijd van de overeenkomst. Voor raamovereenkomsten geldt namelijk dat de maximale looptijd 48 maanden bedraagt.

12. In de Aanbestedingwet worden werken, diensten en leveringen onderscheiden. In casu is sprake van een dienst.

13. Artikel 1 lid 1 van de Aanbestedingswet definieert een overheidsopdracht voor diensten als volgt: *een schriftelijke overeenkomst* **(1)** *onder bezwarende titel* **(2)** *die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die*
a. uitsluitend betrekking heeft op het verrichten van in bijlage II van richtlijn nr. 2004/18/EG aangewezen diensten,
b. betrekking heeft op het leveren van producten en het verrichten van diensten als bedoeld in onderdeel a, indien de waarde van die diensten hoger is dan de waarde van de te leveren producten, of
c. betrekking heeft op het verrichten van in bijlage II van richtlijn nr. 2004/18/EG aangewezen diensten en die slechts zijdelings betrekking heeft op werkzaamheden die in het kader van bijlage I van richtlijn nr. 2004/18/EG zijn aangewezen;

schriftelijke overeenkomst **(1)** onder bezwarende titel **(2)**

14. Aan overeenkomst (1) en bezwarende titel (2) wordt voldaan nu de te maken afspraken ergens zullen worden vastgelegd en voor de diensten van de deskundigen betaald wordt.

A of B dienst

15. Op A- diensten is het volle regime van de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing. Voor B- diensten geldt een sterk verlicht aanbestedingsregime.

16. Om na te gaan of iets een A- of een B- dienst is moet worden gekeken in Bijlage II A (voor A- diensten) en Bijlage II B (voor B- diensten) van Richtlijn 2004/18. In deze bijlagen zijn categorieën opgenomen waaraan codes zijn gekoppeld die verbonden zijn aan een definitie van bepaalde soorten opdrachten. Dit worden CPV codes genoemd. Bijlage II van deze Richtlijn is vervangen en nader uitgewerkt in

verordening (EG) Nr. 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007 (artikel 3 lid 2 en 3 en bijlage VII en VIII bij deze verordening).

17. Bij diensten van deskundigen gaat het om een geschil dat ter beslissing wordt voorgelegd aan de deskundigen. (In de AB 2000 is dit bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 34 lid 2 *"(...) een geschil ter beoordeling voor te leggen (...)"* en lid 4 *"De deskundigen beslissen (...)"*). Derhalve kan geconcludeerd worden dat het gaat om een *Arbitrage en Bemiddelingsdienst* zoals opgenomen onder CPV code 79422000-8. Deze code sluit dan ook het beste aan op de diensten van de deskundigen.

18. In de in bijlage VII opgenomen A- diensten (waar het volledige aanbestedingsregime voor geldt) is bij Categorie 11 *Advies inzake bedrijfsvoering en beheer en aanverwante diensten* expliciet opgenomen dat *Arbitrage en Bemiddelingsdiensten* hier niet onder vallen. Bij de specifieke CPV code voor deze diensten (79422000-8) is opgenomen dat deze van Richtlijn 2004/18 (en 2004/17) is uitgezonderd. Dit is door de Nederlandse wetgever juist geïmplementeerd door in artikel 2.24 lid 4 van de nieuwe Aanbestedingwet op te nemen dat deel 2 van de wet (welk deel specifiek ziet op Europees aanbesteden) niet van toepassing is op *Arbitrage en bemiddeling*.

19. Indien geconcludeerd zou worden dat het niet gaat om Arbitrage en bemiddeling dan is het reëel om te veronderstellen dat het gaat om *overige diensten* zoals opgenomen onder Categorie 27 van bijlage VII. In dat geval gaat het om een B-dienst en is het verlichte regime van toepassing. Hetgeen betekent dat volstaan, kan worden met het achteraf melden (d.m.v.) publicatie van de gunning van een opdracht. Overigens vallen *Makelaarsdiensten* (CPV code 70000000-1) en *Makelaarsdiensten voor onroerend goed in eigen beheer (*CPV code 70100000-2) hier ook onder.

<u>3. een opdracht met een waarde hoger dan de gestelde drempel.</u>

20. De waarde van een opdracht moet bepaald worden op basis van artikel 2.21 van de Aanbestedingwet.

21. De drempel van € 200.000.- voor diensten wordt overschreden, maar gelet op het feit dat het gaat om *Arbitrage en bemiddeling*, zoals hierboven toegelicht, is de waarde van de opdracht voor de vraag of Europees moet worden aanbesteed echter in casu niet relevant.

22. De waarde van de opdracht kan in dit geval overigens wel relevant zijn voor de afweging of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang (dit wordt verderop in deze memo behandeld).

Welke regels gelden er naast de (Europese) aanbestedingsregels?

23. Ook indien er geen Europese aanbesteding hoeft te worden gehouden, is het mogelijk dat niet zonder meer tot gunning over kan worden gegaan aan een willekeurige partij, hiervoor kunnen vier redenen zijn:
    a. het aanbestedingsbeleid van de gemeente Amsterdam;
    b. duidelijk grensoverschrijdend belang;
    c. de pré- contractuele redelijkheid en billijkheid;
    d. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

a. het aanbestedingsbeleid van de gemeente Amsterdam;

24. De gemeente Amsterdam heeft er voor gekozen om in beleid geen drempels op te nemen die gelden onder de drempels van het Europese aanbestedingsrecht (zoals besproken). In de *"Aanbestedingsinstructies – Voor intern gebruik binnen de gemeentelijke organisaties"* (dit wordt door de gemeente Amsterdam niet gezien als beleid) zijn wel drempels opgenomen. Naast onder meer een drempel voor opdrachten > € 50.000.- zijn ook de drempels voor Europees aanbesteden vermeld. Of hiermee bedoeld is om hiermee alsnog *Arbitrage en bemiddeling* een aanbestedingsplicht mee te geven is niet duidelijk, maar ligt niet voor de hand.

b. duidelijk grensoverschrijdend belang;

25. Hoewel de waarde aanzienlijk is kan gelet op de aard van de opdracht, waarbij het van belang is goed ingevoerd te zijn in de Amsterdamse vastgoedmarkt en het erfpachtsysteem, is het niet reëel dat er interesse vanuit het buitenland is en als die er al zou zijn is het niet reëel om deze toe te laten. Ook kan de Europese wetgever het niet hebben bedoeld dat zo alsnog Arbitrage en bemiddelingsdiensten alsnog verplicht moeten worden aanbesteed.

c. de pré- contractuele redelijkheid en billijkheid en d. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

26. De pré- contractuele redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen met zich mee dat de aanbestedingsbeginselen in ruime zin wel degelijk in acht moeten worden genomen, indien vrijwillig de concurrentie wordt gezocht, zoals bijvoorbeeld bij een meervoudig onderhandse procedure. In beginsel kunnen bij het verlenen van de opdrachten aan de deskundigen de aanbestedingsbeginselen een rol spelen in het geval vrijwillig de concurrentie wordt gezocht. Met name vanwege de kenbaarheid is dit ook opgenomen in deel 1 van de Aanbestedingswet. Ook is in de gids proportionaliteit het een en ander nader ingevuld.

27. De huidige praktijk is dat er bij opdrachtverlening aan deskundigen over het algemeen geen afspraken worden gemaakt over de in rekening te brengen kosten. Er lijkt hiermee geen sprake te zijn van een gezonde situatie waarbij voldoende concurrentie is gewaarborgd.

28. Het feit dat de helft van de door de deskundigen in rekening te brengen kosten door de erfpachter moeten worden betaald brengt bovendien met zich mee dat individuele erfpachter hierdoor mogelijk geconfronteerd worden met kosten die moeilijk zijn in te schatten en mogelijk niet marktconform zijn. Hiermee wordt niet in overeenstemming met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehandeld.

29. Ook is er een risico op Staatssteun. (art. 107 Werkingsverdrag). Bij het maken van financiële afspraken dient de gemeente marktconform te handelen.

III. B. Is het mogelijk om de opdracht aan meerdere partijen te gunnen, zodat het mogelijk blijft om bij het aanwijzen van een deskundige een keuze te kunnen maken uit verschillende deskundigen.

30. Het is zeker mogelijk om de opdracht aan meerdere partijen te gunnen waarbij het mogelijk blijft om bij het aanwijzen van een deskundige een keuze te maken. Het ligt zelfs voor de hand om dit uit praktische overwegingen op deze wijze te organiseren.

31. Het ligt voor de hand om hiervoor een soort raamovereenkomst (niet zijnde een raamovereenkomst waar het Europese aanbestedingsrecht op van toepassing is) op te stellen en deze aan te gaan met meerdere partijen.

32. Belangrijk is om hierbij te beseffen dat de aanbestedingsbeginselen in ruime zin hierop wel degelijk van toepassing zijn.

33. Een ander belangrijk aandachtspunt hierbij is, hoe partijen nadat ze zich gekwalificeerd hebben, ook recht krijgen op een opdracht. Hoewel het in de praktijk veel voorkomt is het namelijk niet in overeenstemming met de aanbestedingsbeginselen om als aanbestedende dienst na het sluiten van een raamovereenkomst vervolgens zonder meer aan één van de gecontracteerde partijen te gunnen. Hieraan moet een motivering aan ten grondslag ligt die aansluit op de aanbestedingsbeginselen (o.a. transparantie en gelijke behandeling).

IV. C. Indien dit mogelijk is, welke selectiecriteria kunnen in dat geval gehanteerd worden?

34. Zoals hierboven opgenomen is dit mogelijk. Ten aanzien van de vraag welke selectiecriteria gehanteerd kunnen worden is moet allereerst het onderscheid gemaakt worden tussen selectie- en gunningscriteria. Selectiecriteria zijn criteria aan de hand waarvan de kwaliteit en betrouwbaarheid van de dienstverlener wordt beoordeeld. Gunningscriteria zijn criteria waarop het product of dienst, zoals beschreven in de offerte, wordt beoordeeld. Kortom: selectiecriteria houden verband met de kwaliteit van de aanbieder en gunningscriteria met de kwaliteit van de aanbieding.

35. Nu gekozen kan worden voor een meervoudig onderhandse procedure zijn Selectiecriteria in beginsel niet nodig. Wel kan is het verstandig om na te denken welke dienstverlener wordt uitgenodigd en waar deze aan moet voldoen.

36. Een mogelijke insteek zou kunnen zijn om 10 partijen uit te nodigen om een inschrijving te doen voor de raamovereenkomst en hiervan vervolgens de beste 5 te selecteren. Welke gunningscriteria hierbij een rol kunnen spelen is afhankelijk van de wensen van de mensen die hier dagelijks mee te maken hebben. Deze wensen kunnen zien op zowel prijs als kwaliteit.

37. Geadviseerd wordt om hier een kleine projectgroep voor in het leven te roepen, waarbij gestart moet worden met het inventariseren de verschillende objecten, de wensen en de partijen die mogelijk kunnen worden uitgenodigd

V. Conclusie en advies

38. De diensten van de deskundigen zijn diensten die vallen in de categorie *Arbitrage en bemiddeling* en zijn daarom niet Europees aanbestedingsplichtig.

39. De huidige handelswijze waarbij afspraken niet goed van tevoren vastliggen en de concurrentie niet is gewaarborgd is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mogelijk met het Staatssteunrecht.

40. Geadviseerd wordt om er zorg voor te dragen dat afspraken vooraf goed vastliggen en hiervoor een meervoudig onderhandse procedure te organiseren waarbij de aanbestedingsbeginselen in acht worden genomen.

BIJLAGE(N):
- N.v.t.