

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 397

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde is eind 2016 een meervoudig onderhandse procedure gestart voor een overheidsopdracht voor de bekendmaking en verspreiding van het gemeentenieuws, thema- en campagnespecials via een papieren huis-aan-huisblad.
- 1.2. In de 'Openbare besluitenlijst van de vergadering van burgemeester en wethouders van [Beklaagde]' van 29 november 2016 is onder meer het volgende besluit opgenomen:

'I.B.4 Contract gemeentepagina.

Het college besluit de gemeentepagina aan te besteden.'

- 1.3. In het Aanbestedingsdocument 'Gemeentenieuws en specials, [Beklaagde]' van 23 december 2016 is, onder meer, bepaald:

'1 Inleiding

1.1 Algemeen

(...)

[Beklaagde] heeft ervoor gekozen om een onderhandse aanbesteding te doorlopen om op deze wijze te komen tot een overeenkomst voor de uitvoering van het Gemeentenieuws, thema- en campagnespecials.

1.2 Aard, omvang en duur van de overeenkomst

De opdracht is verdeeld in twee percelen. Perceel 1 bestaat uit het Gemeentenieuws, perceel 2 uit de thema- en campagnespecials.

Iedere week levert de gemeente voor het nieuws de te publiceren tekst, foto's en illustraties aan. De opdrachtnemer maakt de pagina('s) op, publiceert na goedkeuring door de gemeente en draagt zorg voor de verspreiding.

Ongeveer 8 maal per jaar is er ook sprake van informatie die verspreid wordt door de uitgifte van thema- en campagnespecials, waarvan enkele door een extern bureau wordt opgemaakt en één op één overgenomen moeten worden in een huis-aan-huisblad. Van de overige wordt van de opdrachtnemer verwacht de opmaak en vormgeving te verzorgen.

De overeenkomst wordt aangegaan voor een periode van 2 jaar, zijnde van 1 maart 2017 tot en met 28 februari 2019. De overeenkomst kan eenmaal eenzijdig door de opdrachtgever met één jaar worden verlengd (contractduur: 2+1).

1.3 Doel van de aanbesteding

Het doel van de gemeente is informatie publiceren met een medium dat een breed publiek bereikt, dit tegen lage integrale kosten. Het medium dat hiervoor gekozen wordt is een plaatselijke krant. (...).

(...)

2 Omschrijving opdracht en uitvoeringsvoorwaarden

2.1 Uitgangspunten plaatsen Gemeentenieuws

De gemeentelijke publicaties bestaan uit:

- officiële bekendmakingen;

- artikelen over uiteenlopende gemeentelijke zaken en diensten;
- informatie van de gemeenteraad.

(...)'

1.4. Klager heeft bij brief van 16 december 2016 het volgende aan beklagde bericht:

'Middels deze brief maak ik bezwaar tegen het collegebesluit van 29 november 2016 met kenmerk I.B.4. Het besluit heeft betrekking op de aanbesteding van de gemeentepagina, waarvoor alleen weekblad [X] en [Y] uitgenodigd worden.

Mijn bezwaar baseer ik op de volgende gronden:

- online media worden niet meegenomen in de aanbesteding;
- in de openbare besluitenlijst niet gespecificeerd wordt welke (vormen van) media uitgenodigd worden in de aanbesteding;
- er voldoende gronden zijn waarop online media ook deel moet kunnen nemen aan de aanbesteding;
- er geen onderscheid is tussen online- en drukmedia in Artikel 139 van de gemeentewet;
- de beslissing staat haaks op de ambities op het gebied van duurzaamheid zoals beschreven in het coalitieakkoord;
- het bereik van online media is veel groter met veel lagere kosten, wat een doelstelling is binnen de aanbestedingsafspraken;
- in kader van 'gelijke kansen' alle relevante media uitgenodigd dienen te worden voor aanbesteding.

Ik ben van mening dat het besluit nimmer genomen had mogen worden en zie graag een uitnodiging tegemoet om te worden gehoord. Graag zou ik het bezwaar middels een gesprek toe willen lichten. (...)'

1.5. In reactie op voorgaande brief heeft beklagde op 20 december 2016 het volgende aan klager geantwoord:

'Op 16 december 2016 ontving ik uw brief. U wilt bezwaar maken tegen de aanbesteding van de gemeentepagina.

Het is niet mogelijk om bij de gemeente formeel bezwaar te maken tegen de aanbesteding. Als u wilt ageren tegen de aanbesteding, kunt u hiertegen een kort geding starten bij de rechtbank Oost-Brabant. De rechtbank kan u informeren over de juiste procedure.

Ik hoop dat ik u voldoende informatie heb gegeven. Als u nog vragen of opmerkingen heeft over deze brief kunt u mij bereiken op [telefoonnummer van A of per email op [e-mailadres A].

Hoogachtend,
burgemeester van [Beklaagde],
namens dezen

dhr. [A]
Juridisch beleidsmedewerker Staf'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Beklaagde heeft klager ten onrechte niet uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure voor de overheidsopdracht voor de uitvoering van het gemeentnieuws, thema- en campagnespecials. Daarmee handelt beklagde in strijd met artikel 1.4, lid 1, sub b, Aw 2012 en het beginsel van gelijke behandeling van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Beklaagde heeft in strijd met artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de meervoudig onderhandse procedure niet gemotiveerd.

2.3. Klachtonderdeel 3

Beklaagde draagt bij het aangaan van de onderhavige overeenkomst in strijd met artikel 1.4, lid 2, Aw 2012 niet zorg voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdelen 1 en 2

3.1.1. Twee van de concurrenten van klager (huis-aan-huisbladen) zijn uitgenodigd voor de meervoudig onderhandse procedure voor de uitvoering van het gemeentnieuws. Klager (een online medium) wordt uitgesloten van de aanbesteding, waardoor er geen eerlijke concurrentie kan plaatsvinden. Klager wil dat alle media gelijk worden behandeld.

3.1.2. Eind april 2015 is klager begonnen met online publicatie van gemeentnieuws van beklagde. Het heeft ruim een jaar geduurd voordat klager werd uitgenodigd voor persgesprekken. Dit terwijl concurrent Y in september [*klager bedoelt waarschijnlijk 2015?, Commissie*] begon en volgens klager direct aan mocht sluiten. Klager mocht pas aanschuiven nadat zij daarom had verzocht.

3.1.3. Op 13 juli 2016 is door het College van Burgemeesters en Wethouders van beklagde besloten om een themapagina in te kopen bij de media. Klager is niet benaderd voor het plaatsen van de themapagina. Om bereidheid te tonen heeft klager de themapagina zonder kosten geplaatst, terwijl de concurrentie hier netjes een vergoeding voor (zou moeten) krijgen. Na plaatsing heeft klager op 16 juli 2016 aan beklagde aangegeven dat zij dichter tot elkaar zou willen komen.

3.1.4. In september 2016 heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen de afdeling communicatie en klager. Hierin heeft klager aangegeven dat zij graag gelijk wil worden behandeld, alsmede wil kunnen meedingen in de aanbestedingsprocedure van het gemeentnieuws. Het gesprek was positief, maar de afdeling communicatie is niet de afdeling die gaat over de aanbesteding en kon dus ook niet meer doen dan de boodschap overbrengen. Klager vraagt zich af of dat daadwerkelijk is gebeurd en concludeert dat het verzoek min of meer aan dovemansoren was gericht.

3.1.5. Klager heeft meermaals aangegeven mee te willen dingen naar de opdracht. Nadat klager op haar verzoek het antwoord kreeg dat zij inderdaad zou worden uit-

gesloten, heeft klager bezwaar ingediend. Volgens beklagde was het niet mogelijk om bezwaar te maken tegen een collegebesluit. Klager heeft daarop aangegeven het niet eens te zijn met de beslissing en graag in gesprek te willen gaan. De heer A, juridisch medewerker van beklagde, zou de aanbestedende collega's aanspreken over het feit dat klager in gesprek wilde gaan over de aanbesteding. Hier heeft klager echter nooit antwoord op gehad. Klager is zelf na twee weken radiostilte naar het gemeentehuis gegaan waarna zij pas door de heer A te woord is gestaan. Communicatie over deze kwestie heeft altijd een extra verzoek tot reactie van klagers kant nodig gehad.

- 3.1.6. Vanaf week 2 in 2016 heeft klager iedere week vrijwillig en zonder vergoeding het gemeentenieuws geplaatst, daar waar de partij die op dat moment de opdracht had, betaald kreeg voor haar werk. De pagina is iedere week doorgestuurd, geplaatst en daar waar nodig op verzoek van beklagde aangepast. Hierbij is nooit aangegeven dat het plaatsen van de gemeentepagina expliciet voor huis-aan-huisbladen was. Nu er moet worden aanbesteed, is klager echter 'niet goed genoeg' om mee te kunnen dingen naar de aanbesteding, zonder feitelijke onderbouwing.
- 3.1.7. In een reactie op de klachten van klager heeft de heer A, juridisch medewerker van beklagde, het volgende laten weten. Er is dit jaar wel gesproken over de mogelijkheid van digitale publicatie, voordat de aanbesteding is uitgezet. Het college heeft hierop geen expliciet besluit genomen. Klager concludeert dat er geen besluit is om digitale publicatie uit te sluiten, maar dat dit wel wordt gedaan en dat het niet wordt onderbouwd.
- 3.1.8. Tevens heeft de heer A aangegeven dat de gemeenteraad het afgelopen jaar heeft aangegeven dat het publiceren van de raadsagenda's niet alleen digitaal moet, maar ook nog steeds op de gemeentepagina in huis-aan-huis-blad X. Hieruit is opgemaakt dat de raad nog hecht aan 'papieren' publicatie van het gemeentenieuws. Volgens klager is dit incorrect. In een commissievergadering van beklagde op 24 februari 2016 is gesproken over het publiceren van de onderwerpen van de raads- en commissieagenda's in de gemeenteberichten met een verwijzing naar het internet. Kern van het ingekomen stuk betrof dat de onderwerpen niet in de gemeenteberichten stonden en niet direct leesbaar waren. Hierbij is niet gesproken over de voorkeur voor het online publiceren van de gemeenteberichten of in huis-aan-huisbladen. En inderdaad, het betreft hier geen officieel besluit dus of de raad voorkeur geeft aan online publicatie van de gemeenteberichten of in fysieke vorm is niet besloten. Daarnaast geeft raadslid B aan dat niet iedereen toegang tot internet heeft, terwijl volgens de meest recente cijfers van het CBS 98% van de inwoners van Nederland in 2013 toegang had tot internet en volgens de meest recente cijfers van Milieu Centraal 24% van de Nederlanders een Nee-Nee of Nee-Ja sticker heeft.
- 3.1.9. De heer A heeft aangegeven dat de aanbesteding voor op papier is. Een digitaal medium valt dus per definitie buiten deze aanbesteding. Klager merkt op dat dit niet is onderbouwd en dat hier ook geen wettelijke regeling voor is.
- 3.1.10. Tevens heeft de heer A aangevoerd dat beklagde haar gemeentenieuws zelf publiceert in haar digitale gemeenteblad. Als digitale publicatie de officiële vorm zou worden, neemt hij aan dat daarvoor geen aanbesteding gedaan zou worden. Naar de mening van klager is het heel goed mogelijk om een aanbesteding te doen voor integrale digitale publicatie van het gemeentenieuws. Dat dit niet de voorkeur heeft, vindt klager begrijpelijk, maar zij vindt ook dat de gemeente geen oneerlijke concurrentie in de hand mag werken.

- 3.1.11. Verder heeft de heer A laten weten dat er een expliciet besluit moet worden genomen om af te stappen van fysieke publicatie en het voortaan digitaal te doen. Hiervan is (nog) geen sprake. Klager brengt daar tegenin dat er niet is bewezen dat er überhaupt een expliciet besluit ligt om enkel huis-aan-huisbladen uit te nodigen. Dit staat wel in de aanbestedingsdocumenten van voorgaande jaren, maar niet is onderbouwd dat dit een collegebesluit is.
- 3.1.12. Klager heeft meermaals aangegeven mee te willen dingen en in gesprek te willen gaan. Dit is altijd afgedaan zonder onderbouwing. De aanbesteding werkt in haar ogen oneerlijke concurrentie in de hand. Het contract is duizenden euro's waard, duizenden euro's waarvoor klager op oneerlijke wijze wordt gepasseerd. De manier waarop een medium haar nieuws verspreidt dient naar de mening van klager in de gunning van de aanbesteding te worden meegenomen en niet op voorhand zonder dat het digitale medium de kans krijgt zich te verdedigen.
- 3.1.13. De aanbesteding van het gemeentenuws wordt via huis-aan-huisbladen gedaan omdat er een zo groot mogelijk bereik is tegen lage kosten. Er is echter geen groter bereik dan het internet, met ruim 3,5 miljard gebruikers. Het gemeentenuws van klager is in 2016 op ruim 60.000 unieke apparaten opgeroepen, dit terwijl de gemeente slechts 16.600 inwoners heeft. Het bereik is daarom ook veel groter dan enkel de brievenbussen van de gemeente. Daarnaast heeft klager veel lagere kosten, waardoor zij een gunstiger tarief kan aanbieden.
- 3.1.14. Naast dit alles heeft het college aangegeven dat één van zijn speerpunten duurzaamheid is: papier is zeer recyclebaar, maar niet duurzaam door het hoge energiegebruik van drukkers en de gebruikte inkt. Doordat klager op voorhand wordt gepasseerd, krijgt klager niet de kans de gunningscriteria bereik, kosten en duurzaamheid voor de afdeling inkoop of het college te onderbouwen.

3.2. Klachtonderdeel 3

Beklaagde wil het grootst mogelijke bereik tegen de laagste kosten, maar heeft geen onderzoek gedaan naar het medium. Door bij de aanbesteding van het gemeentenuws slechts aanbieders van huis-aan-huisbladen uit te nodigen, is klager niet in de gelegenheid gesteld te motiveren dat haar bereik groter en haar kosten lager zijn.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Klager klaagt over het feit dat online media niet zijn uitgenodigd voor de aanbesteding van de overheidsopdracht voor de publicatie van de gemeentepagina. Beklaagde voert in reactie op de klacht het volgende aan.
- 4.2. Op grond van artikel 3:42, lid 2, Algemene wet bestuursrecht (Awb) zijn bestuursorganen verplicht om besluiten te publiceren in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op andere geschikte wijze. Op grond van datzelfde artikel vindt elektronische bekendmaking uitsluitend plaats in een van overheidswege uitgegeven blad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Elektronische bekendmaking op grond van dit artikel kan daardoor alleen op de website van beklagde of op www.overheid.nl.
- 4.3. Op grond van artikel 2:14, lid 2, Awb is het beklagde niet toegestaan berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, uitsluitend elektronisch te verzenden. Dit tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Beklaagde heeft een dergelijk wettelijk voorschrift (verordening) niet vastgesteld.

- 4.4. De keuze om besluiten al dan niet elektronisch bekend te maken is dus aan het bestuursorgaan. Beklaagde heeft niet gekozen voor elektronische bekendmaking van besluiten waarvoor dat nog niet verplicht is. Het maken van deze keuze valt overigens buiten deze aanbesteding.
- 4.5. De nu ter discussie staande aanbesteding gaat over 4.2 hiervoor; het publiceren van besluiten in een huis-aan-huisblad. Klager biedt geen dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad aan, maar een online nieuwspagina. Zij valt dus per definitie buiten de reikwijdte van de aanbesteding en is om die reden niet uitgenodigd.
- 4.6. Als beklagde wel zou kiezen voor elektronische bekendmaking, was klager niet in aanmerking gekomen voor een opdracht, omdat publicatie dan op de eigen website van beklagde of op www.overheid.nl zou moeten gebeuren.
- 4.7. In haar klacht stelt klager dat beklagde het gesprek niet met haar is aangegaan. Dit is volgens beklagde niet juist. Toen klager heeft gevraagd waarom zij niet is uitgenodigd, is haar uitgelegd waarom dit niet is gebeurd. Na indiening van haar bezwaarschrift is aan klager gemeld dat het maken van bezwaar in deze procedure niet mogelijk is. Op de mededeling van klager dat zij in gesprek wilde, is nogmaals met haar gesproken en is haar nogmaals gemeld wat ook in de onderhavige reactie staat. Beklaagde is van mening dat zij klager op een juiste wijze heeft behandeld.
- 4.8. Concluderend stelt beklagde dat de klacht ongegrond is, omdat klager niet voldoet aan het onderwerp van de aanbesteding en beklagde, als zij elektronisch zou publiceren, dit in een van overheidswege uitgegeven blad moet doen.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagde eind 2016 een meervoudig onderhandse procedure is gestart voor een overheidsopdracht voor de bekendmaking en verspreiding van het gemeentenuws, thema- en campagnespecials via een papieren huis-aan-huisblad. Op deze procedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdelingen 1.2.1 en 1.2.4 van de ten tijde van de start van de procedure geldende Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. Alvorens tot beoordeling van het eerste klachtonderdeel over te gaan, geeft de Commissie eerst een overzicht van het bestuursrechtelijke kader dat een gemeente in acht moet nemen wanneer zij gemeentelijke publicaties wil (laten) publiceren.
 - 5.2.1. In artikel 2:14, lid 2, Awb is het volgende bepaald:

‘Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, geschiedt de verzending van berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, niet uitsluitend elektronisch.’
 - 5.2.2. In Tekst & Commentaar Awb schrijft R. Jacobs over artikel 2:14, lid 2, Awb (aant. 3):

‘3. Algemene bekendmakingen of mededelingen (lid 2)

Berichten die niet bestemd zijn voor een of meer geadresseerden maar voor een meer onbepaalde groep, mogen behoudens de mogelijkheid van een andersluitende bepaling in een bijzondere wet (kan ook een lagere regeling dan de wet in formele zin zijn) niet uitsluitend langs elektronische weg verzonden worden. Wel

is aanvullend op de niet elektronische bekendmaking of mededeling verzending langs elektronische weg toegestaan. (...)’

- 5.2.3. In Afdeling 3.4 (“Uniforme openbare voorbereidingsprocedure”) is in artikel 3:12, lid 1, Awb bepaald:

‘Voorafgaand aan de terinzagelegging geeft het bestuursorgaan in een of meer dag-, nieuws-, of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze kennis van het ontwerp. Volstaan kan worden met het vermelden van de zakelijke inhoud.’

- 5.2.4. In artikel 3:42 , lid 2, Awb is bepaald:

‘De bekendmaking van besluiten van een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op een andere geschikte wijze. Elektronische bekendmaking vindt uitsluitend plaats in een van overheidswege uitgegeven blad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.’

- 5.2.5. De wetgever heeft artikel 3:42, lid 2 Awb als volgt in de Memorie van Toelichting toegelicht (MvT bij de Wet elektronische bekendmaking, Kamerstukken II 2006/07, 31084, 3, p. 27):

‘Besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en die afkomstig zijn van andere bestuursorganen dan die behorend tot de centrale overheid, kunnen volgens het voorgestelde tweede lid van artikel 3:42 worden bekendgemaakt in een overheidsblad, zoals het provincieblad of het gemeentebblad, maar ook in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.

Zolang het overheidsblad nog niet elektronisch wordt uitgegeven, zal de bekendmaking langs die weg geschieden op papier. Indien gekozen wordt voor bekendmaking in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan geschiedt de bekendmaking op papier. Overeenkomstig het huidige eerste lid van artikel 3:42 kan bekendmaking ook op een andere geschikte wijze plaatsvinden. Elektronische bekendmaking kan echter alleen plaatsvinden via een elektronisch uitgegeven overheidsblad, tenzij elektronische bekendmaking via een ander medium bij wettelijk voorschrift mogelijk is gemaakt.’

- 5.2.6. In Tekst & Commentaar Awb schrijft J. Verbeek over artikel 3:42 Awb (aant. 3):

‘3. Bekendmaking besluiten van andere bestuursorganen (lid 2)

Besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en die afkomstig zijn van andere bestuursorganen dan die behorend tot de centrale overheid, kunnen volgens het voorgestelde lid 2 van het artikel worden bekendgemaakt in een overheidsblad, zoals het provincieblad of het gemeentebblad, maar ook in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad. Zolang het overheidsblad nog niet elektronisch wordt uitgegeven, zal de bekendmaking langs die weg geschieden op papier. Indien gekozen wordt voor bekendmaking in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan geschiedt de bekendmaking op papier. De bekendmaking kan ook op een andere geschikte wijze plaatsvinden. Elektronische bekendmaking kan echter alleen plaatsvinden via een elektronisch uitgegeven overheidsblad, tenzij elektronische bekendmaking via een ander medium bij wettelijk voorschrift mogelijk is gemaakt (MvT, Kamerstukken II 2006/07, 31084, 3, p. 27). Melding maken van een besluit op de gemeentelijke website is niet gelijk te stellen met bekendmaking in een van overheidswege uitgegeven blad, zoals de elektronische

uitgave van 'Gemeentebled' op de website www.overheid.nl (ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:646). In de Waterschapswet zijn specifieke voorschriften opgenomen voor de bekendmaking van een besluit van het college van gedeputeerde staten inzake goedkeuring. De bekendmakingsvoorschriften in art 3:41 en 3:42 zijn niet van toepassing. Dit betekent dat de termijn voor het indienen van beroep tegen een goedkeuringsbesluit eerst gaat lopen na de in de Waterschapswet voorgeschreven bekendmaking (ABRvS 19 mei 2010, 200908653/1/H2, AB 2010/212).'

5.2.7. Artikel 139, leden 1 en 2, Gemeentewet bepalen:

'1. Besluiten van het gemeentebestuur die algemeen verbindende voorschriften inhouden, verbinden niet dan wanneer zij zijn bekendgemaakt in het gemeentebled.

2. De uitgifte van het gemeentebled geschiedt elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze. Na de uitgifte blijft het gemeentebled elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze beschikbaar. Indien elektronische uitgifte geheel of gedeeltelijk onmogelijk is, voorziet het gemeentebestuur in een vervangende uitgifte. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden omtrent het bepaalde in de eerste en tweede volzin nadere regels gesteld.'

In het Besluit bekendmaking en beschikbaarstelling regelgeving decentrale overheden en de Regeling elektronische bekendmaking en beschikbaarstelling regelgeving decentrale overheden zijn voorschriften opgenomen voor de elektronische publicatie.

5.2.8. Ook in andere wetten, zoals de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Wet ruimtelijke ordening, zijn voor de gemeente publicatieverplichtingen opgenomen.

5.3. Voor de behandeling van de klacht zijn voorts de volgende bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 van belang.

5.3.1. Artikel 1.4, leden 1, 2 en 3 Aw 2012 bepaalt:

'1. Een aanbestedende dienst die (...) voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:

a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;

b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze.'

5.3.2. Ten slotte dient een aanbestedende dienst in een geval als het onderhavige de inschrijvers op grond van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 op gelijke wijze te behandelen.

5.4. Klachtonderdeel 1

5.4.1. De rechtmatigheid van de keuze van beklagde voor de meervoudig onderhandse procedure staat in deze klachtprocedure niet ter discussie. Klager meent dat be-

klaagde in strijd met artikel 1.4, lid 1, sub b, Aw 2012 en het beginsel van gelijke behandeling van artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 handelt door klager niet uit te nodigen voor de meervoudig onderhandse procedure.

- 5.4.2. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst in beginsel vrij is te bepalen wat hij wil inkopen. In de onderhavige situatie is beklagde bovendien gebonden aan bestuursrechtelijke wet- en regelgeving die betrekking heeft op de wijze van bekendmaking van overheidsinformatie (zie 5.2 hiervoor).
- 5.4.3. Zo lang beklagde niet bij wettelijk voorschrift is afgeweken van artikel 2:14, lid 2, Awb dat verzending van berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht niet uitsluitend elektronisch geschiedt, zal beklagde voor bekendmaking van deze overheidsinformatie op papier moeten zorgdragen. Bovendien mag beklagde de besluiten bedoeld in artikel 3:42, lid 2, Awb, zonder afwijkend wettelijk voorschrift slechts elektronisch bekendmaken in een van overheidswege uitgegeven blad en de elektronische bekendmaking niet aan derden uitbesteden.
- 5.4.4. Beklagde is niet bij wettelijk voorschrift afgeweken van artikel 2:14, lid 2, Awb (zie 4.3 hiervoor). Verder stelt beklagde niet te hebben gekozen voor elektronische bekendmaking van besluiten waarvoor dat nog niet verplicht is (zie 4.4 hiervoor). De Commissie leidt hieruit af dat beklagde ook niet bij wettelijk voorschrift is afgeweken van artikel 3:42, lid 2, Awb, zoals bedoeld in 5.4.3 hiervoor.
- 5.4.5. Uit het voorgaande volgt dat beklagde voor de in artikel 2:14, lid 2, Awb bedoelde overheidsinformatie moet kiezen voor bekendmaking op papier en dat beklagde de elektronische bekendmaking van de in artikel 3:42, lid 2, Awb bedoelde overheidsinformatie niet aan derden mag uitbesteden.
- 5.4.6. De bekendmaking van overheidsinformatie is een overheidstaak. Gezien het belang van toegankelijke en betrouwbare overheidsinformatie, dient de keuze voor (slechts) elektronische bekendmaking bij wettelijk voorschrift en dus weloverwogen te worden gemaakt. Niet voor niets heeft de wetgever aan de elektronische bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften van gemeenten de nodige randvoorwaarden verbonden (zie 5.2.7 hiervoor).
- 5.4.7. Naar het oordeel van de Commissie verplicht het aanbestedingsrecht beklagde niet om bij wettelijk voorschrift af te wijken van de artikelen 2:14, lid 2, en 3:42, lid 2, Awb.
- 5.4.8. Nu beklagde niet bij wettelijk voorschrift is afgeweken van de artikelen 2:14, lid 2, en 3:42, lid 2, Awb en het aanbestedingsrecht beklagde daartoe niet verplicht, mocht beklagde kiezen voor een overheidsopdracht voor de bekendmaking en verspreiding van haar gemeentenuws via een papieren huis-aan-huisblad.
- 5.4.9. Nu beklagde heeft gekozen voor verspreiding van haar gemeentenuws op papier en daarvoor ook mocht kiezen, had beklagde een objectieve grond om klager niet voor de meervoudig onderhandse procedure uit te nodigen. Klager biedt immers geen dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad aan, maar een online nieuwspagina. Van strijd met artikel 1.4, lid 1, sub b Aw 2012 of artikel 1.15, lid 1, Aw 2012 is naar het oordeel van de Commissie dan ook geen sprake.
- 5.4.10. Daarmee is het eerste klachtonderdeel ongegrond.

5.5. Klachtonderdeel 2

- 5.5.1. In haar reactie op de onderhavige klacht bij de Commissie heeft beklaagde de keuze voor uitnodiging van ondernemingen die dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen aanbieden, in de zin van artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 voldoende gemotiveerd (zie 4.1-4.8 hiervoor). Bovendien heeft beklaagde in haar reactie op de klacht gesteld deze motivering al eerder mondeling aan klager te hebben gegeven.
- 5.5.2. Daarmee is ook het tweede klachtonderdeel ongegrond.

5.6. Klachtonderdeel 3

- 5.6.1. Bij de behandeling van het eerste klachtonderdeel is reeds geoordeeld dat het aanbestedingsrecht beklaagde niet verplicht om bij wettelijk voorschrift af te wijken van de artikelen 2:14, lid 2, en 3:42, lid 2, Awb (zie 5.4.7 hiervoor).
- 5.6.2. Nog daargelaten de vraag of klager dit klachtonderdeel voldoende heeft onderbouwd, kan beklaagde in dat kader niet worden verweten dat zij niet zorgdraagt voor zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen door online aanbieders niet tot de meervoudig onderhandse procedure toe te laten, omdat beklaagde bij het ontbreken van afwijkende wettelijke voorschriften op de regelingen van artikel 2:14, lid 2, en artikel 3:42, lid 2, Awb de in die artikelen bedoelde besluiten niet (slechts) op elektronische wijze aan derden mag uitbesteden. De Commissie kan zich ook overigens goed voorstellen dat wanneer een gemeente voor de bekendmaking van een deel van haar publicaties reeds een eigen website beheert, zij in aanvulling daarop kiest voor bekendmaking van publicaties in een papieren-huis-aan-huisblad en niet via een (ander) elektronisch medium. In de eerste plaats, omdat een gemeente – wanneer zij niet bij wettelijk voorschrift is afgeweken van de artikelen 2:14, lid 2, en 3:42, lid 2, Awb – bepaalde publicaties niet op haar eigen website of anderszins elektronisch mag bekendmaken. In de tweede plaats, omdat – voorzover het een gemeente wel is toegestaan publicaties op haar eigen website bekend te maken – het de vraag is of het voor haar voldoende meerwaarde zal hebben die publicaties ook nog eens tegen betaling via een door een derde geëxploiteerde website te laten bekendmaken. In de derde plaats, omdat een gemeente er van mag uitgaan dat – voor zover haar inwoners niet uit eigen beweging regelmatig de gemeentelijke website bezoeken – die inwoners via de aanvullende bekendmaking van gemeentelijke publicaties in een papieren huis-aan-huisblad nog eens extra op die publicaties worden geattendeerd.
- 5.6.3. Daarmee is ook het derde klachtonderdeel ongegrond.

6. **Advies**

De Commissie acht alle onderdelen van de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mevr. mr. J. Verbeek die ten behoeve van de behandeling van de onderhavige klacht als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 30 januari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid