

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 400

1. Feiten

- 1.1. Beklaagden, X en Y, hebben op 20 september 2012 een Europese openbare procedure aangekondigd voor de uitgifte van een concessie voor diensten met betrekking tot het beheer en de exploitatie van het nieuwe intergemeentelijke zwembad.
- 1.2. In de Aanbestedingsleidraad van 20 september 2012 is onder meer het volgende bepaald:

1. INLEIDING

1.1 Doel aanbestedingsleidraad

(...)

Meer in het bijzonder betreft deze aanbesteding het recht het te ontwikkelen intergemeentelijk zwembad te beheren en te exploiteren voor een periode van 10 jaar met de mogelijkheid op verlenging met periodes van 5 jaar. De eerste contractperiode vangt aan op het moment dat het intergemeentelijk zwembad in gebruik wordt genomen.

(...)

3. EISEN, UITGANGSPUNTEN EN RANDVOORWAARDEN

(...)

3.2. Uitgangspunten en randvoorwaarden

(...)

Exploitatiebijdrage

De hoogte van de door de [Beklaagden] te verstrekken exploitatiebijdrage wordt bepaald door de gemiddelde vereiste gemeentelijke bijdrage over de contractperiode van 10 jaar op basis van de door de inschrijvers in te dienen exploitatiebegroting. De exploitatiebijdrage bedraagt maximaal € 105.000,- in jaar 1 (prijsniveau 2014). Deze bijdrage wordt jaarlijks aangepast op basis van de Consumenten Prijs Index, reeks alle huishoudens, categorie 09416 (huur sportaccommodaties) als gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek. Indien deze index mocht komen te vervallen wordt aansluiting gezocht bij de vervangende of meest vergelijkbare index.

(...)

Tarieven

De exploitant is vrij om de tarieven van het intergemeentelijk zwembad naar eigen inzicht op een marktconform niveau vast te stellen. Daarbij gelden de volgende uitzonderingen:

- bij de ingebruikname van het intergemeentelijk zwembad gelden, respectievelijk voor het overdekte wedstrijdbassin en het onoverdekte wedstrijdbassin, de dan in [de zwembaden A en B] gehanteerde tarieven voor verenigingen. De tarieven voor verenigingen kunnen jaarlijks maximaal worden aangepast conform het consumentenprijs-indexcijfer, reeks alle huishoudens, categorie 09416 (huur sportaccommodaties) als gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek. Indien deze indexering mocht komen te vervallen wordt aansluiting gezocht bij de vervangende of de meest vergelijkbare index;
- voor klanten van particuliere zweminstructie die overgaan van [A] en [B] naar het intergemeentelijk zwembad geldt dat ze tot het eerstvolgende diploma de lessen kunnen volgen tegen de tarieven, die op het moment van overgang gelden in [A] en [B].

Alle (huur-)opbrengsten en gebruiksvergoedingen die verband houden met de exploitatie van het intergemeentelijk zwembad komen ten gunste van de exploitant.

4. GUNNINGSPROCEDURE

(...)

4.5. Beoordeling en gunning

(...)

Gunningcriteria algemeen

De opdracht wordt gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving. Voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving dient enerzijds de benodigde financiële bijdrage van de gemeente en anderzijds een kwalitatieve onderbouwing op basis van een bedrijfsplan.

De economisch meest voordelige inschrijving is de inschrijving, die na optelling van de scores op de gunningscriteria prijs en kwaliteit de hoogste totaalscore heeft behaald. De scores op de gunningscriteria prijs en kwaliteit worden als volgt gewogen:

Criterium	Weging
Prijs	55%
Kwaliteit	45%
Totaal	100%

In geval van gelijke scores, geldt de financieel aantrekkelijkste aanbieding. In het vervolg van deze paragraaf wordt uiteengezet op welke wijze de score op de criteria prijs en kwaliteit wordt bepaald.

Gunningcriterium prijs

De prijs voor het intergemeentelijk zwembad wordt bepaald door het gemiddelde van de door de inschrijver geraamde exploitatiebijdrage voor de jaren 1 tot en met 10 inclusief de eventuele eenmalige opstartkosten, die door de inschrijver worden ingebracht. Het prijspeil van de aanbieding is 2014.

Deze prijs vormt de beoordelingsbasis. Zoals eerder aangegeven zal deze prijs (lees: de bijdrage) de exploitatiejaren volgend op 2014 jaarlijks met de CPI prijs-index alle huishoudens worden verhoogd. Kosten van de inschrijver, die niet in de geraamde exploitatiebijdrage zijn verwerkt, worden niet geaccepteerd en leidt tot het terzijde leggen van de inschrijving.

De score voor een inschrijving met een prijs van € 105.000,- (= de maximale exploitatiebijdrage) bedraagt 0 punten. Aan inschrijvingen met een lagere prijs worden meerpunten toegekend op basis van hun absolute afwijking ten opzichte van de maximale exploitatiebijdrage. De meerpunten worden bepaald op basis van een lineaire berekeningssystematiek waarbij een absolute afwijking van € 10.000,- gelijk staat aan 1 punt.

In de volgende tabel wordt een rekenvoorbeeld weergegeven van de beoordeling van het gunningscriterium prijs:

Partij	Exploitatiebijdrage jaar 1 (prijspeil 2014)	Score op prijs
A.	€ 45.000,-	$(€ 105.000 - € 45.000)/€ 10.000 = 6,0$
B.	€ 53.000,-	$(€ 105.000 - € 53.000)/€ 10.000 = 5,2$
C.	€ 80.000,-	$(€ 105.000 - € 80.000)/€ 10.000 = 2,5$
D.	€ 105.000,-	0

(...)

BIJLAGE 2: Achtergrondinformatie [A] en [B]

Bezoekersaantallen

[Tabel met bezoekersaantallen 2007-2011 van [A]]

[Tabel met bezoekersaantallen 2007-2011 van [B]]

(...)

BIJLAGE 11: Overzicht over te nemen medewerkers

De volgende medewerkers dienen van [C] en [D] te worden overgenomen. Deze medewerkers vallen momenteel allen onder de CAO Recreatie. De overname dient plaats te vinden overeenkomstig de bepalingen terzake in het Burgerlijk Wetboek artikel 7:662, rechten van werknemers bij overgang van onderneming.

[Tabel]'

- 1.3. In de concept-exploitatieovereenkomst van 4 september 2012 is onder meer het volgende bepaald:

'(...)

Artikel 1

De exploitatie

(...)

- 1.2 De Exploitant exploiteert het zwembad en bijbehorende inventaris geheel voor eigen rekening en risico met inachtneming van de daarvoor geldende wet- en regelgeving en het gestelde in voorliggende exploitatieovereenkomst.

(...)

Artikel 2

Duur, opzegging en verlenging

- 2.1 De exploitatieovereenkomst wordt aangegaan voor de duur van 10 (tien) jaren, en verlenging ingaande op @@@@ of zoveel eerder als de accommodatie bedrijfs gereed wordt opgeleverd. Indien de ingangsdatum van de deze overeenkomst wijzigt zal ook de ingangsdatum van de daarmee corresponderende huurovereenkomst wijzigen, zodat de ingangsdata en daaraan verbonden looptijden en einddata van beide overeenkomsten met elkaar overeenstemmen.
- 2.2 Na het verstrijken van de exploitatieperiode, als bedoeld in lid 1, wordt deze overeenkomst verlengd voor een periode van 5 (vijf) jaren, tenzij deze overeenkomst door één der partijen met inachtneming van een termijn van ten minste 1 (één) jaar voor dit verstrijken is opgezegd. Deze overeenkomst wordt vervolgens voortgezet voor aansluitende exploitatieperiodes van telkens 5 (vijf) jaren, tenzij deze overeenkomst door één der partijen met inachtneming van een termijn van ten minste 1 (één) jaar voor het verstrijken van een exploitatieperiode is opgezegd.
- (...)
- 2.5 Tussentijdse beëindiging door ontbinding van deze overeenkomst is alleen mogelijk in een omstandigheid als genoemd in artikel 3.

Artikel 3

Beëindiging/ontbinding

- 3.1 Onverminderd alle rechten van partijen zijn [Beklaagden] gerechtigd de overeenkomst te ontbinden:
- door middel van een deurwaardersexploit en na gerechtelijke tussenkomst overeenkomstig artikel 7:231 BW, indien de Exploitant ondanks schriftelijke aanmaning tekortschiet in de nakoming van een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst.
 - met onmiddellijke ingang door middel van een schriftelijke bij aangetekend schrijven gedane verklaring zonder rechterlijke tussenkomst indien de organisatie van de Exploitant wordt ontbonden, de Exploitant in staat van faillissement wordt verklaard of aan de Exploitant, al dan niet voorlopig, surseance van betaling is verleend.
- 3.2 In geval van ontbinding van de overeenkomst, zoals hiervoor bedoeld, zijn de Gemeenten niet gehouden tot welke vorm van schadevergoeding dan ook.
- 3.3 In geval de Exploitant de exploitatie van het zwembad en daarmee verbonden accommodatie binnen de overeengekomen exploitatieperiode vanwege redenen zoals genoemd onder 3.1b dient te staken, behouden [Beklaagden] zich alle rechten voor om het moederconcern van de Exploitant aansprakelijk te houden voor kosten die door [Beklaagden] gemaakt dienen te worden om de continuïteit van het zwembad en daarbij behorende accommodatie te waarborgen gedurende een periode van acht 8 (acht) kalendermaanden.

Artikel 4

Exploitatiebijdrage

- 4.1 De Exploitant is alleen gehouden de exploitatie van het zwembad te verzorgen, indien en voor zover [Beklaagden] garanderen dat zij gedurende de duur van de exploitatieovereenkomst een vaste jaarlijkse bijdrage verstrekken in de exploitatie van het zwembad, conform de voorwaarden zoals hierna in deze overeenkomst is bepaald.
- 4.2 Bij aanvang van deze overeenkomst dragen [Beklaagden] jaarlijks, gedurende een periode van 10 (tien) jaar, voor een vast bedrag van € @@@@ (exclusief BTW, prijspeil 2014) bij in de exploitatie van het zwembad. Deze exploitatiebijdrage wordt jaarlijks conform artikel 4.7 en 4.8 geïndexeerd.
- (...)
- 4.7 Jaarlijks per 1 januari wordt de exploitatiebijdrage geïndexeerd op basis van de Consumenten Prijs Index, reeks alle huishoudens, categorie 09416 (huur sportaccommodatie) als gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek. De exploitatiebijdrage zal worden aangepast met behulp van een factor, waarbij in de teller wordt opgenomen het CBS indexcijfer van de maand juli voorafgaande aan de datum van de herziening van de exploitatiebijdrage en in de noemer het CBS indexcijfer van de maand juli van het jaar voorafgaande aan het in de teller gehanteerde jaar. Met dien verstande dat de exploitatiebijdrage nimmer zal dalen beneden het laatstelijk verschuldigde bedrag.

(...)

Artikel 7

Tarieven

- 7.1 De door de Exploitant te hanteren tarieven voor de verhuur van de bassins aan verenigingen bij de ingebruikname van het zwembad voor het overdekte wedstrijdbassin en het onoverdekte wedstrijdbassin zijn gelijk aan de laatst gehanteerde tarieven voor verenigingen in respectievelijk [A] en [B].
- 7.2 De Exploitant stelt de bestaande klanten particuliere zweminstructie in het [A] en [B] in de gelegenheid hun eerstvolgende diploma te behalen tegen de laatst gehanteerde tarieven in [A] en [B].
- 7.3 De Exploitant is vrij om de overige tarieven van het zwembad naar eigen inzicht op een marktconform niveau vast te stellen.
- 7.4 De tarieven voor verenigingen kunnen eenmaal per jaar aan het begin van het jaar door de Exploitant maximaal worden aangepast op basis van de Consumenten Prijs Index, reeks alle huishoudens, categorie 09416 (huur sportaccommodatie) als gepubliceerd door het Centraal Bureau voor de Statistiek. De tarieven zullen worden aangepast met behulp van een factor, waarbij in de teller wordt opgenomen het CBS indexcijfer van de maand juli voorafgaande aan de datum van de herziening van de tarieven en in de noemer het CBS indexcijfer van de maand juli van het jaar voorafgaande aan het in de teller gehanteerde jaar. Met dien verstande dat de tarieven nimmer zullen dalen beneden het laatstelijk gehanteerde tarief.

(...)

Artikel 8

Programmering en gebruik algemeen

- 8.1 De Exploitant is gehouden het zwembad en daarbij behorende accommodatie te exploiteren en ingericht te houden als publieke voorziening, inhoudende dat het zwembad en de daarbij behorende accommodatie 52 weken per jaar (uitgezonderd sluitingsperiodes ten behoeve van onderhoudswerkzaamheden die in overleg met [Beklaagden] zijn vastgesteld en nationale feestdagen) op een evenwichtige wijze beschikbaar en opengesteld wordt voor particulieren en verenigingen uit [het gebied van beklagden], voldoende is verwarmd en verlicht en vakbekwaam en bevoegd personeel aanwezig zal zijn.
- 8.2 Verenigingen en scholen (zie verder artikel 9) uit [het gebied van beklagden] hebben bij de ingebruikgeving van het zwembad voorrang boven andere potentiële nieuwe gebruikers.
- 8.3 Verenigingen dienen zo veel mogelijk gelegenheid te krijgen van het zwembad gebruik te maken volgens de laatst gehanteerde gebruikroosters van [A] en [B]. Het gebruikrooster ten tijde van de ingebruikname van het zwembad wordt toegevoegd als bijlage 2. Toekomstige aanpassingen van gebruikstijden geschiedt in overleg met deze gebruikersgroepen. Bij onenigheid tussen de Exploitant en verenigingen over de ingebruikgeving van het zwembad, zullen [Beklaagden] na het horen van betrokken partijen een besluit nemen over de inroostering. Het gebruik door verenigingen wordt geregeld in gebruiksovereenkomsten, die tussen de Exploitant en betreffende partijen worden gesloten.
- (...)
- 8.7 Tijdens het buitenseizoen (minimaal van 1 mei tot 1 september) dient het buitenbad gebruiksgereed te zijn. Er wordt zorggedragen voor een voor de bezoeker herkenbare openstelling. Het buitenbad dient gedurende het buitenseizoen in ieder geval op werkdagen in de ochtenden van 7.00 tot 10.00 uur open te zijn alsmede op de woensdag-, zaterdag- en zondagmiddag. 8.8 Voor het overige krijgt de Exploitant de vrijheid de openstelling en ingebruikgeving van het zwembad te bepalen.
- 8.9 De Exploitant heeft de vrijheid maximaal tien dagdelen (ochtend, middag of avond) per kalenderjaar af te wijken van het reguliere gebruikrooster, ten behoeve van het organiseren van commerciële activiteiten in het zwembad. De spreiding is zodanig dat niet meer dan driemaal per jaar dezelfde vereniging of groep hoeft te wijken voor commerciële activiteiten in het zwembad. Inbreuk op het gebruikrooster door de Exploitant vindt plaats onder de voorwaarde dat de Exploitant tijdig, dat wil zeggen in beginsel voorafgaand aan het betreffende seizoen, maar ten minste zes weken voor een activiteit, de gebruikers hierover informeert.

Artikel 9

Schoolzwemmen

- (...)
- 9.2 Indien het gebruik van het zwembad in het kader van het schoolzwemmen wordt verminderd of moet worden beëindigd doordat de gemeentelijke subsidieverlening terzake wijzigt, zullen [Beklaagden] de Exploitant voor de hieruit voortvloeiende inkomstenderving, verminderd met de aan het schoolzwemmen toe te rekenen kosten die na beëindiging of vermindering van het schoolzwemmen redelijkerwijs niet meer hoeven te worden gemaakt, compensatie bieden. Deze compensatie krijgt als volgt gestalte:

In het eerste kalenderjaar, waarin er sprake is van vermindering of afschaffing van de in dit lid genoemde activiteit, compenseren de Gemeenten de Exploitant tot maximaal 100%, in het tweede kalenderjaar tot maximaal 75% en in het derde kalenderjaar tot maximaal 50%, indien uit de jaarrekeningen van de Exploitant blijkt dat vermindering of afschaffing van het schoolzwemmen leidt tot een negatief exploitatieresultaat. Vanaf het vierde kalenderjaar na betreffende afschaffing van de in dit lid genoemde activiteit wordt er géén compensatie meer door [Beklaagden] aan de Exploitant verstrekt, er van uitgaande dat de Exploitant dan voldoende gelegenheid heeft gekregen alternatieve activiteiten te ontwikkelen en/of haar bedrijfsvoering aan de nieuwe situatie aan te passen.

(...)

Artikel 11

Exploitatie parkeerterrein

- 11.1 De Exploitant is verplicht om het tot de accommodatie behorende parkeerterrein gratis ter beschikking te stellen aan de bezoekers van het zwembad.

Artikel 12

Tussentijdse evaluatie

(...)

- 12.2 Het overleg over het afgesloten exploitatiejaar vindt plaats aan de hand van een door de registeraccountant, welke is aangesteld overeenkomstig artikel 2:392 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, beoordeelde jaarrekening en een jaarverslag met alle voor [één van Beklaagden] relevante informatie, waaronder de ontwikkeling van de bezoekersaantallen, het energieverbruik, de tarievenstructuur, de financiën, de onderhoudssituatie van het zwembad en de daarbij behorende accommodatie. In het overleg vindt ook de terugkoppeling plaats van de specifieke aanpak die de Exploitant voorstaat met betrekking tot de kwaliteitsaspecten bedrijfsvoering, marketing en promotie, inrichting en inventaris, personeelsbeleid en maatschappelijk verantwoord ondernemen.
- 12.3 Partijen kunnen gezamenlijk besluiten op grond van dit overleg tot aanpassing van deze overeenkomst over te gaan.

(...)'

- 1.4. In een brief van 9 januari 2013 heeft klager de volgende brief aan beklaagden verzonden:

'De afgelopen periode hebben wij ons met veel interesse gebogen over de aanbesteding voor de exploitatie van het intergemeentelijk zwembad in [E]. Helaas hebben wij moeten besluiten om niet in te schrijven. Dit heeft vooral te maken met het feit dat het voor ons onmogelijk bleek om een aanbieding te doen die binnen het door [Beklaagden] gestelde maximum van € 110.000,- per jaar aan exploitatiebijdrage bleef.

We hopen uiteraard voor beide [Beklaagden] dat er vanuit deze aanbestedingsprocedure een partij geselecteerd wordt die, binnen de gestelde kaders, voor de exploitatie garant gaat staan. Mocht dit evenwel niet het geval zijn en mocht de aanbestedingsprocedure niet tot gunning leiden, dan melden wij ons nu reeds aan als geïnteresseerde partij voor een eventueel vervolg. Graag bespreken wij

in dat geval of, door aanpassing van enkele van de kaders, alsnog een aantrekkelijk aanbod mogelijk is.

(...)'

1.5. Op 20 mei 2016 heeft [F] de volgende brief verzonden aan beklagden:

'Op 4 februari 2016 heeft [F] schriftelijk aangegeven dat de vennootschap voornemens is de exploitatie op 31 oktober 2016 te staken en in overleg te gaan met [Beklaagden] opdat partijen mogelijk tot een oplossing kunnen komen.

U hebt na beraad met uw achterban aan de directie van [F] telefonisch medege-deeld dat [Beklaagden] de huidige samenwerking met [F] willen voortzetten, met de intentie de afspraken binnen de huidige exploitatieovereenkomst zo aan te passen dat de exploitatie van [F] (financieel) gezond wordt.

Naar aanleiding van deze positieve telefonische berichtgeving heeft op dinsdag 29 maart 2016 een overleg plaatsgevonden tussen u en de directie van [F]. In dit overleg zijn over en weer enkele potentiële oplossingen besproken. U hebt aangegeven in elk geval afspraken te willen maken over aanvullende subsidie voor een termijn van drie jaar, waarbij u mogelijk tegemoet zal komen aan onze wens dat deze afspraken per 1 januari 2016 zullen ingaan. U heeft [F] gevraagd de bankgarantie van € 150.000 in te zetten als aanvulling op de exploitatiebijdrage, in drie termijnen van elk € 50.000. Tevens wilt u een waarborg voor ambitie in de exploitatie, waarbij er voor [F] een mogelijkheid bestaat een gedeelte van de verliezen terug te verdienen.

In de discussie over de potentiële oplossingen is de bankgarantie van € 150.000 uitgebreid ter sprake gekomen. Na overleg met onze financiële specialisten willen wij er allereerst op wijzen dat feitelijk geen sprake is van een bankgarantie. Door [F] is € 150.000 gestort op een bankrekening bij [Beklaagde X]. Over dit bedrag kan pas worden beschikt na goedkeuring van [Beklaagden].

Gezien de grote verliezen die zijn geleden, zijn wij van mening dat het bedrag van € 150.000 dient te worden vrijgegeven ter financiering van deze verliezen. Daarnaast blijkt dat het vrijgeven van de geblokkeerde financiële middelen geen positieve bijdrage levert aan de toekomstige exploitatie.

Ter verduidelijking schrijven we hieronder kort een toelichting:

- Bij aanvang van de exploitatie beschikte de vennootschap over een vermogen van € 150.000 in de vorm van aandelenkapitaal. Dit betreft de passiefzijde van de balans.
- Het vermogen is in geld op een "geblokkeerde" bankrekening bij [Beklaagde X] gestort. Dit betreft de actiefzijde van de balans.
- Sindsdien heeft de vennootschap verlies geleden. Aan de passiefzijde van de balans heeft dat geleid tot een daling van het vermogen. Inmiddels is het vermogen zelfs € 117.646 negatief.
- Verlies vertaalt zich in een cash out flow: het kost geld. Omdat het aandelenkapitaal op een geblokkeerde rekening staat, heeft de aandeelhouder (een deel van) het verlies moeten financieren. Er is een schuld ontstaan op de passiefzijde van de balans.
- Het voorstel van [Beklaagden] om de € 150.000 in te zetten leidt tot een verlies van € 50.000 per jaar en tot een vermogensachteruitgang van € 50.000 per jaar. In feite levert het voorstel alleen een oplossing voor de financiering van dit verlies, namelijk met de middelen die eerst geblokkeerd waren.

- Alleen de extra financiële bijdrage van [Beklaagden] leidt tot een verbetering van het resultaat en heeft daarmee ook invloed op het vermogen.

Naar aanleiding van het gesprek van 29 maart jl. hebben [Beklaagden] [F] gevraagd een voorstel te doen. In dit kader hebben [Beklaagden] [G] ingeschakeld om een exploitatiedoorlichting van [F] te maken, opdat enerzijds inzichtelijk wordt waar de operationele (on)mogelijkheden liggen en anderzijds duidelijk wordt wat de financiële exploitatiebijdrage moet zijn om de exploitatie gezond te maken en te houden voor de resterende exploitatiejaren.

De voorstellen vanuit [F] gelden voor een periode van drie jaar en zijn als volgt:

- Het bedrag van € 150.000 op de geblokkeerde rekening bij [Beklaagde X] wordt door [Beklaagde X] vrijgegeven, zodat deze gelden vrij beschikbaar zijn om de verliezen van de afgelopen anderhalf jaar te financieren.
- Er zal een extra exploitatiebijdrage van € 170.000 per jaar worden toegevoegd aan de huidige exploitatiebijdrage van € 10.000. (totaal € 180.000 per jaar).
- Bij een positief nettoresultaat boven de € 20.000 zal er een winstdeling zijn van 50% voor [Beklaagden] en 50% voor [F]. Het positief nettoresultaat dat gelijk of lager is dan € 20.000 komt ten gunste van [F].
- Alle andere voorwaarden zoals beschreven in de huidige exploitatie- en huur-overeenkomst tussen [Beklaagden] en [F] blijven van kracht;

[Beklaagden] zijn van mening dat het uitbreiden van de openingstijden een positieve bijdrage zal leveren aan het bezoekersaantal. Naar onze inschatting zal het bezoek dan inderdaad vermeederen.

De personeelskosten zullen naar verwachting echter hoger zijn dan de opbrengsten die de extra bezoekers met zich meebrengen. Wij verwachten dat deze maatregel derhalve geen positieve bijdrage aan het resultaat zal leveren.

Tot slot willen we aangeven dat wij zeer verheugd zijn dat [Beklaagden] hebben besloten de samenwerking met [F] voort te zetten. Wij hebben er alle vertrouwen in dat [F] met de financiële injectie een gezond bedrijf wordt en blijft.'

1.6. Op 12 oktober 2016 heeft klager de volgende brief aan beklaagden verzonden:

'Eind 2012 hebben wij deelgenomen aan de aanbesteding van de exploitatie van het nieuwe intergemeentelijke zwembad in [E]. Na een uitgebreide analyse van de markt en exploitatiemogelijkheden van dit nieuwe zwembad hebben wij destijds helaas moeten besluiten om niet in te schrijven. De reden hiervoor was dat wij op dat moment geen mogelijkheden zagen om binnen het gestelde financiële kader van € 110.000 een aanbieding te doen. Dit hebben wij u medegedeeld op 9 januari 2013 via onze brief aan uw adviseur [H].

Onze verbazing was destijds groot toen wij vernamen dat [F] u had aangeboden om de exploitatie van het zwembad risicodragend uit te voeren voor een bedrag van € 10.000 per jaar. Naar onze mening was dat een onrealistisch aanbod. Dit is inmiddels in de praktijk helaas bevestigd, zoals wij hebben kunnen lezen in de berichtgeving rondom de exploitatie van zwembad [I].

Uit de correspondentie met [F] en uw gemeenten hebben wij vervolgens vernomen dat:

- [F] heeft aangegeven de exploitatie per 31 oktober 2016 te staken en met u in overleg te gaan om mogelijk te komen tot een oplossing;

- u de samenwerking met [F] wilt voortzetten met de intentie de afspraken binnen de huidige exploitatieovereenkomst zo aan te passen dat de exploitatie van [F] (financieel) gezond wordt;
- [F] onder meer het voorstel heeft gedaan voor toevoeging van een extra exploitatiebijdragen van € 170.000 aan de huidige bijdrage van € 10.000 (totaal € 180.000).

Inmiddels hebben wij begrepen dat u de beide gemeenteraden voorstelt om in te stemmen met een verhoging van de jaarlijkse subsidie met € 100.000 en toekenning van een tijdelijke bijdrage van € 30.000 voor extra maatregelen aan [F].

Wij willen u middels deze brief erop wijzen dat dit volgens ons juridisch niet mogelijk is. U heeft immers een aanbesteding georganiseerd voor "het risicodragend beheren en exploiteren, dat wil zeggen op basis van vooraf overeengekomen financiële afspraken, van het nieuwe intergemeentelijk zwembad". U heeft daarbij het aanbod van [F] van € 10.000 per jaar geaccepteerd.

Wanneer u – 3,5 jaar na de aanbesteding – de exploitatiebijdrage aan [F] wilt verhogen met € 100.000 en daarnaast een extra bijdrage van € 30.000 wilt toekennen voor de periode van 2016 tot en met 2018, is er ons inziens sprake van een wezenlijke wijziging en dient u de opdracht opnieuw aan te besteden.

Enerzijds wordt er immers op deze wijze geen gestalte gegeven aan een risicodragende exploitatie. Anderzijds overschrijdt u de door u vooraf vastgestelde maximale bijdrage. Naast het feit dat het achteraf onderhandelen over de prijs naar onze mening niet is toegestaan, is het niet ondenkbaar dat andere partijen in deze branche, waaronder [Klager], onder deze nieuwe voorwaarden graag in aanmerking komen voor de exploitatie.

Overigens begrijpen wij uit de brief van [F] d.d. 20 mei 2016 dat uw voorstel slechts een pleister op de wonde is, aangezien zij aangeven behoefte te hebben aan een structurele exploitatiebijdrage van € 180.000. Om te voorkomen dat u binnen enkele jaren voor dezelfde situatie staat en daarnaast geconfronteerd wordt met juridische stappen van andere exploitanten, adviseren wij u dringend uw voorstel aan uw gemeenteraden in te trekken en [F] aan het huidige contract te houden. Wanneer [F] besluit de opdracht terug te geven, kunt u alsnog een nieuwe aanbesteding uitschrijven.

Wij zien uw spoedige reactie graag tegemoet en zijn uiteraard bereid om nader met u in gesprek te treden over deze situatie.'

- 1.7. Op 25 november 2016 heeft de raadsman van klager de volgende brief aan beklagden verzonden:

'Namens cliënte, [Klager], wend ik mij tot u.

Feiten

In september 2012 hebben [Beklaagden] een Europese openbare aanbesteding gehouden voor de uitgifte van een concessie voor diensten met betrekking tot het beheer en de exploitatie van het nieuwe intergemeentelijk zwembad van [Beklaagden]. Zoals reeds door cliënte opgemerkt in haar brief van 12 oktober 2016 en haar brief van 9 januari 2013, heeft zij niet ingeschreven voor deze aanbesteding door de vastgestelde exploitatiebijdrage van maximaal EUR 110.000,-. [Klager] heeft hiermee laten zien dat zij interesse had en heeft in deze opdracht, maar de financiële kaders destijds in 2012 onvoldoende vond om een gezonde onderneming te kunnen exploiteren.

[F] heeft eind 2012 als enige ingeschreven voor deze aanbesteding met een exploitatie-bijdrage van EUR 10.000,- per jaar en de concessieopdracht gegund gekregen.

Inmiddels is het eind 2016 en blijkt dat [F] – na een exploitatie van ruim twee jaar – in 2015 een verlies heeft gedraaid van ongeveer EUR 200.000,-.

[Beklaagden] lijken daarom voornemens te zijn om:

- de exploitatiebijdrage te verhogen met EUR 100.000,- per jaar tot een totaal van EUR 110.000,- per jaar voor de jaren 2016 tot en met 2018; en
- een extra bijdrage te verlenen van EUR 30.000,-; en
- de bankgarantie van EUR 150.000,- beschikbaar te stellen aan [F].

Als rechtvaardiging voor deze handelwijze staat in het Voorstel aan de Raad van [[Beklaagde X] van 19 september 2016:

“Omdat de exploitatie verder goed loopt en omdat een nieuwe aanbesteding veel tijd en energie kost en naar verwachting geen financieel voordeel oplevert, is ervoor gekozen om met [F] in onderhandeling te gaan.”

en

“[F] exploiteert nu ruim 2 jaar zwembad [I], om een realistisch beeld te krijgen van de exploitatie is volgens ons vijf jaar nodig. Wij leggen nu dan ook een voorstel neer voor een periode van 3 jaar. Na die periode zullen nieuwe afspraken met [F] gemaakt moeten worden.”

In het bijgewerkte Voorstel aan de Raad voor de vergaderingen van 29 november en 13 december aanstaande, lijkt de extra bijdrage van EUR 30.000,- te zijn vervallen en voornamelijk te zijn gericht op de verhoging van de exploitatiebijdrage. Hierover staat voorzover relevant:

“De aanbesteding van de exploitatie van zwembad [I] van 12 december 2012 voorzag in een maximumbedrag van € 110.000 waarop ingeschreven kon worden. Destijds heeft geen andere partij dan de huidige exploitant ingeschreven. De voorgestelde verhoging zou daarom niet tot toelating of keuze van een andere inschrijver hebben geleid en leidt volgens ons ook anderszins niet tot een wezenlijke wijziging.”

Rechtskader

In september 2012 gold er slechts een aanbestedingsplicht voor concessieopdrachten voor diensten, indien sprake was van grensoverschrijdend belang. Sinds de Europese Richtlijn 2014/23 en de implementatie hiervan in de gewijzigde Aanbestedingswet van 1 juli 2016, geldt er uitdrukkelijk een aanbestedingsplicht bij concessieopdrachten voor diensten als in casu.

Gelet op de artikelen 2a.53 en 2.163a t/m 2.163g Aanbestedingswet, houdt dit in dat een aanbestedende dienst een lopende overeenkomst slechts mag wijzigen in de gevallen als benoemd in de Aanbestedingswet. Indien de Aanbestedingswet geen ruimte biedt voor de gewenste wijziging, dient de opdracht opnieuw aanbesteed te worden. Dat is hier het geval.

De artikelen 2.163a t/m 2.163f van de Aanbestedingswet bieden namelijk geen grondslag aan [Beklaagden] om de gewenste wijziging door te voeren. Integendeel, uit deze artikelen volgt dat een gemeente niet bij voorbaat mag beslissen niet aan te besteden, omdat de exploitatie “verder goed verloopt” of de kosten van een aanbesteding te hoog zijn o.i.d. Bovendien volgt uit de inhoud en strek-

1. Er zal schriftelijk informatie worden verstrekt over de omzet van binnen- en buitenbad.
2. Het bedrag van € 150.000 zal worden gecheckt en worden toegelicht.
3. Uitgezocht zal worden of de gemeente onder bepaalde omstandigheden de verplichting heeft om het personeel van het zwembad over te nemen.

Reactie college

1. Het tekort in de exploitatie van [I] zit met name in recreatief bezoek (binnen en buiten) en in de horecaomzet.
2. De bankgarantie van 150.000 zal in de periode 2016-2018 aan [F] beschikbaar worden gesteld.
3. Indien de exploitatieovereenkomst tussen [Beklaagden] wordt opgezegd, zullen [Beklaagden] de nieuwe exploitant van [I] de verplichting opleggen om de in loondienst zijnde medewerkers van [F], die bij aanvang van de exploitatie door [F] zijn overgenomen, van [F] over te nemen. Als [Beklaagden] besluiten definitief te stoppen met de exploitatie van een zwemvoorziening, treden [Beklaagden] en [F] met elkaar in overleg over de gevolgen hiervan voor het personeel.

Op advies van onze juridisch adviseur is het voorstel aangepast. Wij stellen u voor de subsidie aan [F] te verhogen met € 100.000. De bijdragen van € 30.000 voor extra maatregelen is komen te vervallen.

(...)

1. Inleiding

Sinds juli 2014 verzorgt [F] de exploitatie van zwembad [I]. [F] heeft de aanbesteding van de exploitatie van zwembad [I] van 12 december 2012 gewonnen door als enige in te schrijven.

Tijdens de tussentijdse evaluatie is gebleken dat de bezoekersaantallen achterblijven waardoor de exploitant van het zwembad verlies draait. Beklaagden hebben daarom besloten een exploitatiescan uit te voeren. De exploitatiescan bevestigt dat het tegenvallende bezoekersaantal een knelpunt is bij de exploitatie van het zwembad. Naar aanleiding hiervan zijn partijen conform de exploitatieovereenkomst tot overleg overgegaan.

(...)

3. Argumenten en kanttekeningen

Door een deskundig extern adviesbureau is een analyse gemaakt van de exploitatie van [F] (zie bijlage). Op dit stuk is al geheimhouding gelegd en deze geheimhouding is door uw raad bekrachtigd in uw vergadering van 25 oktober 2016.

[F] exploiteert nu ruim 2 jaar zwembad [I], om een realistisch beeld te krijgen van de exploitatie is volgens ons vijf jaar nodig. Wij leggen nu dan ook een voorstel neer voor een periode van 3 jaar.

Uit de analyse is gebleken dat [F] in algemene zin een efficiënte exploitatie voert. Binnen de huidige exploitatie zijn daarom de mogelijkheden beperkt om de bedrijfsvoering als zodanig te optimaliseren dat een substantieel financieel effect ontstaat. Om die reden wordt voorgesteld de jaarlijkse subsidie aan [F] te verhogen van € 10.000 tot € 110.000. De aanbesteding van de exploitatie van zwembad [I] van 12 december 2012 voorzag in een maximumbedrag van € 110.000 waarop ingeschreven kon worden. Destijds heeft geen andere partij dan de huidige exploitant ingeschreven. De voorgestelde verhoging zou daarom niet tot

toelating of keuze van een andere inschrijver hebben geleid en leidt volgens ons ook anderszins niet tot een wezenlijke wijziging.

(...)

4. Financiën

De verhoging van de subsidie met € 100.000 komt voor 53% voor rekening van [Beklaagde X] en 47% voor rekening van [Beklaagde Y]. Dit betekent een jaarlijkse extra bijdrage van € 53.000. Voor 3 jaar betekent dit een extra bijdrage van € 159.000.

Het betreft een tijdelijke bijdrage, omdat na afloop van deze drie jaar de periode (vijf jaar) voorbij is die nodig is om een realistisch beeld te krijgen van de exploitatie. Daarna dient te worden of de exploitant de exploitatie voortzet of dat de exploitatie eventueel opnieuw aanbesteed zal worden.

Dit bedrag kan gedekt worden uit de risicoreserve zwembad ad € 200.000.

(...)'

- 1.9. Op 27 december 2016 heeft de advocaat van beklaagden als volgt gereageerd op de brief van de advocaat van klager van 25 november 2016:

'(...)

De gemeenteraden van [Beklaagden] hebben op 13 december respectievelijk 20 december jl. ingestemd met een tijdelijke verhoging van de gemeentelijke subsidie aan [F] Voor de jaren 2016, 2017 en 2018 ontvangt [F] een subsidiebedrag van € 110.000,-.

U stelt in uw brief dat deze wijziging op grond van het aanbestedingsrecht niet toelaatbaar is. In dat kader stelt u zich op het standpunt dat met de verhoging van het subsidiebedrag het economisch evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer zou wijzigen.

Van een wijziging van het economisch evenwicht ten gunste van [F] is geen sprake. Bij het in de markt zetten van deze concessie in 2012 was de reële verwachting dat de bezoekersaantallen in de buurt zouden komen van de bezoekersaantallen van de zwembaden [A] en [B] (de zwembaden waar zwembad [I] voor in de plaats is gekomen). [F] exploiteert het zwembad sinds juli 2014 maar de bezoekersaantallen blijven ver achter op deze prognose. Uit een exploitatie-scan door een onafhankelijk bureau is gebleken dat deze achterblijvende bezoekersaantallen het knelpunt vormen bij de exploitatie. Het economisch evenwicht van de opdracht is daardoor verstoord. Met de tijdelijke verhoging van het subsidiebedrag wordt het economisch evenwicht hersteld.

De Aanbestedingswet 2012 biedt de ruimte om een concessieovereenkomst te wijzigen indien de wijziging niet wezenlijk is. Dat de wijziging niet wezenlijk is, wordt ook bevestigd door het feit dat ten tijde van de aanbesteding met een subsidiebedrag van € 110.000,- kon worden ingeschreven, en enkel [F] toen een inschrijving heeft ingediend. Ook biedt deze wet de ruimte om een concessieovereenkomst te wijzigen in het geval van onvoorziene omstandigheden en indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, beperkt is. Naast het feit dat de tegenvallende bezoekersaantallen door [Beklaagden] niet konden worden voorzien, is ook het bedrag van de wijziging - te weten (in totaal) € 300.000,- op een langlopende concessie met een jaarlijkse omzet van circa 1 miljoen euro - zeer beperkt. In de exploitatieovereenkomst is daarnaast ook voorzien in de mogelijk-

heid tot aanpassing van de exploitatieovereenkomst naar aanleiding van een evaluatie waarbij ook de ontwikkeling van de bezoekersaantallen centraal staat.

De Aanbestedingswet 2012 en de exploitatieovereenkomst bieden derhalve de ruimte aan [Beklaagden] om de subsidiebijdrage tijdelijk te verhogen. Een nieuwe aanbestedingsprocedure is op dit moment derhalve niet aan de orde.'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft ten onrechte de exploitatiebijdrage voor het beheer en de exploitatie van het zwembad tijdelijk verhoogd, zonder de aldus gewijzigde concessieopdracht opnieuw in concurrentie aan te besteden.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Volgens klager dienen beklagden de opdracht voor de uitgifte van de concessie voor diensten met betrekking tot het beheer en de exploitatie van het zwembad opnieuw aan te besteden. Klager voert aan dat er sprake is van een wezenlijke wijziging van de opdracht door drie jaar lang een extra bijdrage van € 100.000 te verstrekken aan de huidige exploitant.
- 3.2. In 2012 hebben beklagden de aanbestedingsprocedure gestart voor het zwembad dat medio 2014 in gebruik is genomen. Klager geeft aan in 2012 de opdracht te hebben geanalyseerd. Zij heeft na haar analyse beklagden destijds bericht dat het naar haar mening niet verantwoord was binnen het financieel kader van € 110.000 per jaar in te schrijven.
- 3.3. De concessie is vervolgens gegund aan F die een bedrag van € 10.000 had aangeboden. Volgens klager was dit uiteindelijk te laag.
- 3.4. Klager stelt dat hoewel de bijdragen zijn verhoogd voor de jaren 2016 tot en met 2018, het relevant is om te weten dat:
 - F slechts 1,5 jaar conform haar inschrijving het zwembad heeft geëxploiteerd, namelijk van medio 2014 tot en met eind 2015. De extra bijdragen van beklagden zien namelijk op 2016 tot en met 2018;
 - Klager juist door haar analyse dat de bezoekersaantallen van het nieuwe zwembad flink zouden teruglopen in combinatie met de door beklagden vastgestelde maximale financiële kaders, besloot op de oorspronkelijke aanbesteding van september 2012 niet in te schrijven (zie brief klager 9 januari 2013, zie 1.4 hiervoor); en
 - De concessie medio 2014 is ingegaan voor een looptijd van 10 jaar met nadien de mogelijkheid om deze telkens met 5 jaar te verlengen (par. 1.1 Aanbestedingsleidraad en art. 2.1 concept-overeenkomst, zie 1.2 en 1.3 hiervoor). Dit betekent dat indien een dergelijke wijziging in de financiële bijdrage aan F wordt toegestaan, er geen sprake meer is van een concessie, maar van een overheidsopdracht. Deze opdracht zou dan bovendien voor onbepaalde tijd kunnen worden verlengd met al dan niet soortgelijke nadere wijzigingen.
- 3.5. Volgens klager is deze handelwijze van beklagden in strijd met de oorspronkelijke aanbesteding en de beginselen van gelijkheid en transparantie ten opzichte van in ieder geval klager.

- 3.6. Klager is van mening dat er geen sprake is van "herstel" van het economisch evenwicht. Hiertoe voert klager het volgende aan.
 - 3.6.1. Beklaagden menen dat een extra subsidiebedrag geen wijziging in het economisch evenwicht is van F, maar een "herstel" van het economisch evenwicht, omdat de verwachte bezoekersaantallen achterblijven op de prognose.
 - 3.6.2. In de Aanbestedingsleidraad van de oorspronkelijke aanbesteding werden inschrijvers geïnformeerd over de bezoekersaantallen van de voorgaande jaren van de twee zwembaden die vervangen zouden worden door het intergemeentelijk zwembad. Bij hun inschrijving dienden inschrijvers zelf een prognose te maken voor de verwachte bezoekersaantallen verdeeld over verschillende categorieën (zie par. 3.3 Aanbestedingsleidraad). Dit betekent dat de prognose van F voor haar eigen rekening en risico is. Temeer nu dit precies de reden was waarom klager geen inschrijving uitbracht: uit onze prognose bleek dat de bezoekersaantallen zouden afnemen waardoor geen financieel gezonde onderneming geëxploiteerd kon worden met de maximale financiële bijdrage die beklagden hadden vastgesteld.
 - 3.6.3. Beklaagden gaan hier volgens klager verder voorbij aan het kenmerk van een concessie, te weten het overdragen van een daadwerkelijk exploitatierisico aan een concessiehouder. Door F financieel te helpen om een faillissement af te wenden c.q. de exploitatie voort te laten zetten, is geen sprake meer van een concessie, omdat het exploitatierisico is overgegaan naar beklagden. Klager stelt dat er hierdoor geen sprake is van een concessie, maar van een overheidsopdracht voor diensten.
 - 3.6.4. Nu het volgens klager gaat om een concessie en beklagden in de oorspronkelijke aanbesteding het opstellen van de prognoses met betrekking tot bezoekersaantallen overlieten aan de inschrijvers, kan er geen sprake zijn van een herstel van het economisch evenwicht. Bovendien volgt uit de Aanbestedingswet dat een wijziging slechts is toegestaan in de in de wet benoemde gevallen en niet indien sprake is van een "herstel van het economisch evenwicht".
- 3.7. Voorts gaat klager in op de geïnteresseerde partijen bij de oorspronkelijke aanbesteding en stelt hierover het volgende.
 - 3.7.1. Beklaagden merken op dat alleen F een inschrijving heeft gedaan bij de oorspronkelijke aanbesteding. Beklaagden gaan hiermee voorbij aan het feit dat klager op 9 januari 2013 beklagden heeft bericht dat zij vanwege het financiële kader niet kon inschrijven, niet wetende dat dit gaandeweg herzien en aangepast zou worden. Over een dergelijke wijziging hebben beklagden klager ook niet bericht.
 - 3.7.2. Verder geldt dat de omstandigheden voor een businesscase medio 2012 anders is dan nu het geval is. Zo zijn partijen gegroeid waarbij klager haar businessmodel heeft geoptimaliseerd waardoor zij scherper kan inschrijven. Binnen een straal van 25 kilometer rondom E is klager inmiddels in drie andere gemeenten gestart met de exploitatie van zwembaden, waardoor meer synergievoordelen te realiseren zijn. Bovendien zijn de omstandigheden van het zwembad concreter waardoor een bijdrage van € 110.000,- voor klager nu wel aantrekkelijk kan zijn. Tot slot is inschrijven op een concessie-opdracht voor een nog te bouwen zwembad een hele andere tak van sport dan het exploiteren van een reeds bestaand zwembad waar nu sprake van is.

- 3.7.3. Volgens klager beschikken beklagden en F, ondanks het feit dat klager in de oorspronkelijke aanbesteding niet heeft ingeschreven, niet over de bevoegdheid de overeenkomst naar hun goeddunken te wijzigen.
- 3.8. Voorts is er volgens klager geen sprake van "onvoorziene" omstandigheden. Beklaagden stellen zich op het standpunt dat zij de tegenvallende bezoekersaantallen niet konden voorzien. Dit is volgens klager onjuist.
- 3.9. Klager heeft in de door haar destijds uitgevoerde onderzoeken geconcludeerd dat de afnemende bezoekersaantallen in combinatie met het financiële kader onvoldoende was en beklagden hierover geïnformeerd. Als zorgvuldige aanbestedende diensten hadden beklagden dit dan (destijds) ook kunnen voorzien.
- 3.10. Verder mag volgens klager op grond van de Aanbestedingswet de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengen en de verhoging van de prijs niet meer bedragen dan 50% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde. Klager stelt dat beklagden ook niet aan deze vereisten voldoen:
- Door de financiële bijdrage aan F te verhogen, is er geen sprake meer van een concessie, maar (zoals reeds aangegeven) van een overheidsopdracht voor diensten; en
 - F schreef in met een gewenste bijdrage van € 10.000,- per jaar van beklagden, maar ontvangt door de wijziging € 110.000,- per jaar. Dit is een verhoging van tien keer de oorspronkelijke bijdrage en dus 1.000%.
- 3.11. Daarnaast merkt klager op dat beklagden stellen dat sprake is van een beperkte wijziging van de bijdrage, maar zoals hierboven aangegeven onder 3.10 is dit niet het geval. Temeer niet nu hierdoor geen sprake meer is van een exploitatierisico van F, maar van beklagden. In feite is er dus sprake van een overheidsopdracht voor diensten. Zie hierover tevens 3.10 hiervoor.
- 3.12. Verder stelt klager dat er geen duidelijke herzieningsclausule toepasselijk is. Bij de aanbesteding van de oorspronkelijke opdracht is een conceptovereenkomst gepubliceerd met in artikel 12.3 (naar aanleiding van tussentijdse evaluaties, zie 1.3 hiervoor):
- "Partijen kunnen gezamenlijk besluiten op grond van dit overleg tot aanpassing van deze overeenkomst over te gaan."
- 3.13. Deze clausule geeft volgens klager niet aan dat naargelang de ontwikkeling van de bezoekersaantallen de exploitatiebijdrage aangepast kan worden. Gelet op de toepasselijke wetgeving, is deze clausule niet duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig. Bovendien is een wijziging van de algemene aard van de opdracht ook in dit geval niet toegestaan.
- 3.14. Klager concludeert dan ook dat beklagden onrechtmatig handelen door de exploitatiebijdragen aan F te verhogen. Beklaagden dienen de exploitatiebijdragen aan F conform de inschrijving gelijk te houden en anders de concessie opnieuw aan te besteden met inachtneming van de toepasselijke wet- en regelgeving.

4. Reactie beklagden

- 4.1. Beklaagden hebben in 2012 een Europese openbare aanbesteding gehouden voor het sluiten van een concessieovereenkomst voor het beheer en de exploitatie van het (op dat moment nog te realiseren) intergemeentelijk zwembad I. Dit zwembad is door beklagden gerealiseerd ter vervanging van twee bestaande zwembaden.
- 4.2. Voorafgaand aan en gedurende de aanbestedingsprocedure hebben beklagden zich laten bijstaan door een adviesbureau dat zich in het bijzonder toelegt op de exploitatie van zwembaden.
- 4.3. Beklaagden betalen de exploitant een jaarlijkse exploitatiebijdrage. In de aanbestedingsleidraad van 2012 is aangegeven dat de exploitatiebijdrage maximaal € 110.000,- per jaar bedraagt. De hoogte van dit bedrag is tot stand gekomen op basis van een zorgvuldige raming door de adviesgroep.
- 4.4. Het gunningcriterium was de economisch meest voordelige inschrijving. Voor de 'prijs' moesten de inschrijvers de jaarlijkse exploitatiebijdrage aangeven. Voor de 'kwaliteit' moest een bedrijfsplan worden ingediend.
- 4.5. F heeft in 2012 als enige partij een inschrijving ingediend. F heeft een exploitatiebijdrage van € 10.000,- geoffreerd. Beklaagden hebben de inschrijving zorgvuldig beoordeeld en geconcludeerd dat F een geldige inschrijving heeft ingediend. Daarop hebben beklagden de concessieovereenkomst aan F gegund. Klager heeft geen inschrijving ingediend.
- 4.6. Medio 2014 is F met de exploitatie van het zwembad gestart.
- 4.7. Eind 2015 heeft F beklagden laten weten dat zij de exploitatie niet rond krijgt en groot verlies lijdt. F heeft beklagden laten weten dat zij zich genoodzaakt ziet de exploitatie te staken.
- 4.8. Beklaagden hebben vervolgens een deskundige (G) ingeschakeld om de exploitatie van het zwembad in kaart te brengen. Conclusie van deze exploitatiescan was dat de bedrijfsvoering door F efficiënt is, maar dat de achterblijvende bezoekersaantallen het knelpunt vormen.
- 4.9. Omdat door F een efficiënte exploitatie wordt gevoerd, de afgelopen exploitatieperiode nog te kort is om definitieve conclusies te trekken, en omdat beklagden de continuïteit van de exploitatie van het zwembad willen waarborgen, zijn beklagden met F in overleg gegaan.
- 4.10. Beklaagden zijn bereid de exploitatiebijdrage die zij aan F betalen tijdelijk (voor de jaren 2016, 2017 en 2018) te verhogen tot € 110.000,- teneinde bij te dragen aan een toekomstbestendige en economisch evenwichtige exploitatie van het zwembad. Vanaf 2019 geldt deze tijdelijke maatregel niet meer.
- 4.11. Beklaagden menen dat het aanbestedingsrecht de ruimte biedt om de exploitatiebijdrage tijdelijk te verhogen. Klager is van mening dat beklagden hiermee in strijd handelen met de Aanbestedingswet 2012 en hebben de onderhavige klacht ingediend.
- 4.12. Op het moment dat beklagden de concessieovereenkomst in de markt zetten, was de Concessierichtlijn 2014/23/EU nog niet in werking getreden.

- 4.13. De Concessierichtlijn is met de herziening van de Aanbestedingswet 2012, sinds 1 juli 2016, in Nederland geïmplementeerd. Omdat beklagden na 1 juli 2016 hebben besloten over het wijzigen van de lopende concessieovereenkomst, is volgens beklagden de herziene Aanbestedingswet 2012 van toepassing op dit besluit.
- 4.14. Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 geeft volgens beklagden aan binnen welk kader wijzigingen tijdens de looptijd van een overeenkomst zijn toegestaan zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure. Op grond van artikel 2a.53 Aanbestedingswet 2012 is hoofdstuk 2.5 van overeenkomstige toepassing op concessieopdrachten, waarbij geldt dat in artikel 2.163b onderdeel a sub 2 moet worden gelezen: 10% van de waarde van de concessieopdrachten.
- 4.15. In artikel 2a.10 lid 2 Aanbestedingswet 2012 is aangegeven op welke wijze de waarde van een concessieopdracht moet worden geraamd. In dat artikel staat: "De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf baseert de berekening van de geraamde waarde van een concessieopdracht op de tijdens de looptijd van de overeenkomst te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief omzetbelasting, als tegenprestatie voor de werken of diensten die het voorwerp uitmaken van de opdracht met inbegrip van bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten worden verricht."
- 4.16. Voorts wijzen beklagden op Gerechtshof Den Haag 25 oktober 2016, LJN: GHDHA:2016:3169, r.o. 35.
- 4.17. Anders dan klager stelt, is volgens beklagden de verhoging van de exploitatiebijdrage naar € 110.000,- per jaar voor de jaren 2016, 2017 en 2018 toegestaan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure.
- 4.18. Het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, is lager dan 10% van de waarde van de concessieopdracht. De jaarlijkse omzet bedraagt meer dan 1 miljoen euro. De concessieovereenkomst heeft een initiële looptijd van 10 jaar, met de mogelijkheid tot verlenging met 5 jaar. Het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat, is € 300.000,-. Dit is aanzienlijk minder dan 10% van de waarde van de concessieopdracht en eveneens aanzienlijk lager dan het drempelbedrag van concessieopdrachten.
- 4.19. Er is volgens beklagden evenmin sprake van een wijziging van de algemene aard van de concessieopdracht. Klager stelt dat vanwege de wijziging niet langer sprake is van een concessieopdracht, maar van een overheidsopdracht voor diensten. Beklagden zijn van mening dat deze stelling van klager onjuist is.
- 4.20. Beklagden stellen dat een concessieovereenkomst zich onderscheidt van een overheidsopdracht omdat de tegenprestatie bestaat uit het recht om de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren hetzij uit dit recht en een betaling (artikel 1.1. Aanbestedingswet 2012). De concessiehouder beschikt over een bepaalde vrijheid om te bepalen hoe hij zijn recht exploiteert.
- 4.21. Voor de jaren 2016, 2017 en 2018 wordt volgens beklagden de exploitatiebijdrage verhoogd naar ongeveer 10% van de totale jaarlijkse omzet. De overige 90% van de omzet dient de exploitant zelf aan te trekken en de exploitant is derhalve sterk afhankelijk van andere inkomsten. F staat naar de mening van beklagden ook gedurende de jaren dat sprake is van een verhoogde exploitatiebijdrage bloot aan de grillen van de markt en draagt het exploitatierisico. Een potentieel verlies van F blijft zeker aanwezig.

- 4.22. Op het moment dat de concessieovereenkomst in 2012 in de markt werd gezet, werd uitgegaan van een exploitatiebijdrage van maximaal € 110.000,-. Ook toen is de overeenkomst als een concessieopdracht benoemd. In dat opzicht wijzigt niets in de overeenkomst.
- 4.23. De verhoging van de exploitatiebijdrage is daarnaast niet wezenlijk. Als F een inschrijving zou hebben ingediend met een exploitatiebijdrage van € 110.000,- voor de gehele looptijd dan zou zij nog als winnende inschrijver uit de bus zijn gekomen. Iedere geïnteresseerde partij had immers voor deze bijdrage een inschrijving kunnen indienen, maar dat is niet gebeurd.
- 4.24. Klager stelt dat een bijdrage van € 110.000,- voor haar nu wel aantrekkelijk kan zijn. Klager stelt niet dat zij bereid is het zwembad voor dit bedrag te exploiteren. Dat zou ook onterecht zijn. Klager heeft in 2012 er bewust voor gekozen om niet in te schrijven. Dat die keuze bij een tijdelijke verhoging van de exploitatiebijdrage naar € 110.000, anders zou uitvallen is niet aannemelijk. De stelling van klager dat een bijdrage van € 110.000 nu wel aantrekkelijk kan zijn, is slechts een gelegenheidsargument. Recentelijk liet klager beklagden nog weten dat zij voor een exploitatiebijdrage van € 110.000 niet zou inschrijven. Daarnaast lijkt klager volgens beklagden te miskennen dat het enkel een tijdelijke verhoging voor drie jaren betreft.
- 4.25. Van het wijzigen van het economisch evenwicht in het voordeel van F is geen sprake. Het economisch evenwicht zoals dat was voorzien op het moment dat beklagden de concessieopdracht aan F gunden, wordt met de tijdelijke extra bijdrage hersteld. Vanwege de tegenvallende bezoekersaantallen was het economisch evenwicht verstoord. Beklagden en F mochten uitgaan van bezoekersaantallen die tenminste in de buurt zouden komen van de bezoekersaantallen van zwembaden A en B. Beklagden hebben in de aanbestedingsdocumenten inzicht gegeven in de bezoekersaantallen over de jaren 2007 tot en met 2011 van de zwembaden A en B. Dat de bezoekersaantallen ver achterblijven, heeft het economisch evenwicht van de concessieopdracht verstoord. De tijdelijke maatregel is enkel bedoeld om het economisch evenwicht te herstellen, en gaat niet verder dan dat.
- 4.26. De behoefte om tijdelijk de exploitatiebijdrage te verhogen is volgens beklagden het gevolg van de tegenvallende bezoekersaantallen.
- 4.27. Beklagden hadden de lage bezoekerscijfers niet voorzien en hadden dat ook niet kunnen voorzien. Klager stelt dat zij afnemende bezoekersaantallen voorzag. Die stelling wordt door klager niet onderbouwd en beklagden betwisten dat dat het geval is.
- 4.28. De deskundigen op het gebied van zwembadexploitatie geven aan dat een nieuw zwembad de eerste periode juist een grotere aantrekkingskracht heeft waardoor bezoekersaantallen veelal hoger uitvallen. Dat in dit geval de bezoekersaantallen ver achterblijven op de verwachting, konden beklagden niet voorzien.
- 4.29. De verhoging van de prijs bedraagt volgens beklagden enkele procenten van de waarde van de opdracht (zie 4.18 hiervoor). Van een verhoging van meer dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht is dan ook geen sprake.
- 4.30. In artikel 12.3 van de exploitatieovereenkomst is opgenomen dat de exploitant en beklagden op basis van tussentijdse evaluatie kunnen besluiten om tot aanpassing van de exploitatieovereenkomst over te gaan. In artikel 12.2 van de exploitatieovereenkomst wordt daarbij expliciet verwezen naar 'de ontwikkeling van de bezoekersaantallen' (zie 1.3 hiervoor). De exploitatieovereenkomst voorziet

derhalve in de mogelijkheid om tot aanpassing van de exploitatieovereenkomst over te gaan.

- 4.31. Beklaagden stellen dat zij zorgvuldig, professioneel, efficiënt en rechtmatig handelen door de exploitatiebijdrage tijdelijk te verhogen teneinde F de gelegenheid te geven om de exploitatie van het zwembad toekomstbestendig en economisch evenwichtig te maken.
- 4.32. De Aanbestedingswet 2012 geeft volgens beklagden de kaders waarbinnen wijzigingen gedurende de looptijd van een concessieopdracht kunnen worden doorgevoerd. De tijdelijke verhoging van de exploitatiebijdrage tot € 110.000,- per jaar past volgens beklagden binnen deze kaders.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat beklagden, X en Y, op 20 september 2012 een Europese openbare procedure hebben aangekondigd voor de uitgifte van een concessie voor diensten met betrekking tot het beheer en de exploitatie van een nieuw zwembad. Vanaf 1 juli 2016 zijn op het plaatsen van concessieopdrachten onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, afdeling 1.2.2 en Deel 2a van de vanaf 1 juli 2016 geldende Aw 2012.

- 5.2. Alvorens over te gaan tot behandeling van de klacht, overweegt de Commissie het volgende over het toetsingskader.

- 5.2.1. In artikel 1.1 Aw 2012 is de volgende definitie van een concessieopdracht voor diensten opgenomen:

‘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 andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling.’

- 5.2.2. Per 1 juli 2016 is in Hoofdstuk 2.5 “Wijziging van overheidsopdrachten” Aw 2012 bepaald:

Artikel 2.163a

Een wijziging van een overheidsopdracht tijdens de looptijd ervan kan uitsluitend zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet plaatsvinden in de in dit hoofdstuk bedoelde gevallen.

Artikel 2.163b

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:
 - a. het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan:
 - 1°. het toepasselijke bedrag, bedoeld in de artikelen 2.1 tot en met 2.6a, en
 - 2°. 10% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor leveringen en diensten of 15% van de waarde van de oorspronkelijke overheidsopdracht voor werken, en
 - b. de wijziging de algemene aard van de overheidsopdracht niet wijzigt.
2. Indien een overheidsopdracht een indexeringsclausule bevat, wordt voor de berekening van het bedrag, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, het geactualiseerde bedrag als referentiewaarde gehanteerd.

3. Indien opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht worden doorgevoerd, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto cumulatieve waarde van die opeenvolgende wijzigingen.

Artikel 2.163c

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder prijsherzieningsclausules of opties.
2. Herzieningsclausules als bedoeld in het eerste lid:
 - a. omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties,
 - b. omschrijven de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt, en
 - c. voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht kunnen veranderen.

Artikel 2.163d

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:
 - a. door de oorspronkelijke opdrachtnemer te verrichten aanvullende werken, diensten of leveringen noodzakelijk zijn geworden,
(...)
2. Indien een overheidsopdracht een indexeringsclausule bevat, wordt voor de berekening van de prijs, bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gehanteerd.
3. Indien opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht worden doorgevoerd, geldt de beperking van het eerste lid, onderdeel d, voor de waarde van elke wijziging.
4. Een aanbestedende dienst voert geen opeenvolgende wijzigingen van een overheidsopdracht door met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2 van deze wet.
5. Een aanbestedende dienst maakt een wijziging van een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden, bedoeld in het eerste lid, bekend door een aankondiging hiervan op het elektronische systeem voor aanbestedingen.
6. De in het vijfde lid bedoelde bekendmaking geschiedt door middel van een op het elektronische systeem voor aanbestedingen beschikbaar gesteld formulier.

Artikel 2.163e

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien:
 - a. de behoefte aan wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien,
 - b. de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht meebrengt, en
 - c. de verhoging van de prijs niet meer bedraagt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.
2. Artikel 2.163d, tweede tot en met zesde lid, is van overeenkomstige toepassing.

Artikel 2.163f

Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien een nieuwe opdrachtnemer de opdrachtnemer aan wie de aanbestedende dienst de overheidsopdracht oorspronkelijk had gegund, vervangt ten gevolge van:

- a. een ondubbelzinnige herzieningsclausule als bedoeld in artikel 2.163c, of
(...)

Artikel 2.163g

1. Een overheidsopdracht kan zonder nieuwe aanbestedingsprocedure als bedoeld in deel 2 van deze wet worden gewijzigd indien de wijzigingen, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk zijn.
2. Een wijziging van een overheidsopdracht is wezenlijk als bedoeld in het eerste lid, indien de overheidsopdracht hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke opdracht.
3. Een wijziging van een overheidsopdracht is in ieder geval wezenlijk indien:
 - a. de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden of de gunning van de overheidsopdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken,
 - b. de wijziging het economische evenwicht van de overheidsopdracht ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht,
 - c. de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht, of

(...)'

5.2.3. Het uitgangspunt is dus dat een overheidsopdracht bij wijziging opnieuw moet worden aanbesteed. Hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 bevat vervolgens echter meerdere, zelfstandige uitzonderingsgronden op die aanbestedingsplicht. Indien op één van deze uitzonderingsgronden met succes een beroep kan worden gedaan, is de desbetreffende gewijzigde overheidsopdracht niet aanbestedingsplichtig.

5.2.4. De Concessierichtlijn, Richtlijn 2014/23/EU, is per 1 juli 2016 in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd. In Deel 2a Aw 2012 dat ziet op concessieopdrachten, is in artikel 2a.53 Aw 2012 bepaald:

'1. Hoofdstuk 2.5 is van overeenkomstige toepassing op concessieopdrachten, met dien verstande dat:

- a. waar in dit hoofdstuk naar deel 2 van deze wet wordt verwezen daarvoor telkens deel 2a dient te worden gelezen;
- b. in artikel 2.163b, onderdeel a, voor «de artikelen 2.1 tot en met 2.6a» wordt gelezen: artikel 2a.2;
- c. in artikel 2.163b, onderdeel a, 2^o wordt gelezen: 10% van de waarde van de concessieopdrachten.'

5.2.5. In paragraaf 2a.1.3.2 Aw 2012 ("De raming van concessieopdrachten") is in de artikelen 2a.10 en 2a.11 bepaald:

'Artikel 2a10

1. (...)
2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf baseert de berekening van de geraamde waarde van een concessieopdracht op de tijdens de looptijd van de overeenkomst te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief omzetbelasting, als tegenprestatie voor de werken of diensten die het voorwerp uitmaken van de opdracht met inbegrip van de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten worden verricht.

Artikel 2a11

1. (...)
2. Bij de berekening van de geraamde waarde van de concessieopdracht houdt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in voorkomend geval met name rekening met:
 - a. de waarde van elke vorm van optie en eventuele verlenging van de looptijd van de concessieopdracht;
 - b. de inkomsten uit de betaling van andere honoraria en boeten door de gebruikers van de werken of diensten dan die welke worden geïnd namens de aanbestedende dienst (...);
 - c. de betalingen of financiële voordelen, in welke vorm dan ook, die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf of een andere overheidsinstantie worden verstrekt aan de concessiehouder, met inbegrip van compensatie voor de nakoming van een openbare dienstverplichting en door de overheid verstrekte investeringssubsidies;
 - d. (...)

5.2.6. Ten slotte is in artikel 2a.27 Aw 2012 omtrent de looptijd van de concessieopdracht bepaald:

- '1. De looptijd van een concessieopdracht wordt door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf geraamd op basis van de gevraagde werken of diensten.
2. Voor concessieopdrachten die langer duren dan vijf jaar, wordt de maximale looptijd beperkt tot de periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij de investeringen die hij heeft gedaan voor de exploitatie van de werken of diensten, samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen, kan terug verdienen, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de contractuele doelstellingen te halen.
3. Voor de berekening, bedoeld in het tweede lid, worden zowel de initiële investeringen als de investeringen tijdens de looptijd van de opdracht in aanmerking genomen.'

5.3. De Commissie zal hierna overgaan tot behandeling van de klacht.

5.4. Ondanks het feit dat de onderhavige concessie in 2012 is geplaatst, is op de wijziging daarvan die het voorwerp van deze klacht vormt, naar het oordeel van de Commissie, artikel 2a.53 *jo.* hoofdstuk 2.5 van de per 1 juli 2016 gewijzigde Aw 2012 van toepassing. Indien zich geen uitzonderingsgrond uit hoofdstuk 2.5 Aw 2012 voordoet, dient de gewijzigde opdracht door middel van een aanbestedingsprocedure overeenkomstig hoofdstuk 2a.2 Aw 2012 ("Procedures voor het plaatsen van concessieopdrachten") of Deel 2 Aw 2012 ("Overheidsopdrachten (...)") te worden geplaatst. Vergelijk in dit verband het arrest Presetext waarin het ging om de wijziging van een overeenkomst die werd gesloten toen Oostenrijk nog geen lid was van de Europese Unie (HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, r.o. 28).

5.5. De Commissie zal allereerst onderzoeken of beklagden een beroep kunnen doen op de uitzonderingsgrond van artikel 2a.53 *jo.* 2.163b Aw 2012.

5.5.1. In artikel 2.163b, lid 1, sub a, onder 1^o, Aw 2012 is de eerste voorwaarde van deze uitzonderingsgrond opgenomen. Deze voorwaarde luidt dat het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan het drempelbedrag voor concessies van € 5.225.000 op basis van artikel 2a.2 Aw 2012 *jo.* artikel 8 Richtlijn concessieopdrachten 2014/23/EU *jo.* artikel 1 van Verordening 2015/2172/EU.

- 5.5.2. De oorspronkelijk overeengekomen exploitatiebijdrage bedraagt € 10.000 per jaar. Dit bedrag wordt elk jaar geïndexeerd. Beklaagden hebben de exploitatiebijdrage verhoogd tot € 110.000 per jaar gedurende een periode van drie jaar. Daarmee verhogen beklagden de exploitatiebijdrage in totaal met ongeveer € 300.000, gelet op de indexering. De Commissie neemt tot uitgangspunt dat dit de enige wijziging is.
- 5.5.3. De advocaat van beklagden heeft in de brief van 27 december 2016 aangegeven dat de jaarlijkse omzet circa 1 miljoen euro bedraagt (zie 1.9 hiervoor). In de reactie op de klacht spreken beklagden over meer dan 1 miljoen jaarlijkse omzet (zie 4.18 hiervoor).
- 5.5.4. Met een wijziging van ongeveer € 300.000 wordt naar het oordeel van de Commissie dan ook voldaan aan de eerste voorwaarde van artikel 2a.53 *jo.* 2.163b, lid 1, sub a, onder 1°, Aw 2012.
- 5.5.5. In artikel 2.163b, lid 1, sub a, onder 2°, Aw 2012 is de tweede voorwaarde opgenomen. Deze voorwaarde luidt dat het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan 10% van de waarde van de oorspronkelijke concessieopdracht voor diensten. Deze waarde wordt op basis van artikelen 2a.10 en 2a.11 Aw 2012 bepaald door de totale omzet over de gehele looptijd inclusief verlenging te berekenen.
- 5.5.6. Aangezien de looptijd van de concessieopdracht 10 jaar is met de mogelijkheid van verlenging van telkens 5 jaar, terwijl de jaaromzet volgens beklagden in ieder geval 1 miljoen euro bedraagt, wordt naar het oordeel van de Commissie ook aan deze voorwaarde van artikel 2a.53 *jo.* 2.163b, lid 1, sub a, onder 2°, Aw 2012 voldaan.
- 5.6. In artikel 2.163b, lid 1, sub b, Aw 2012 is de derde en laatste voorwaarde opgenomen. Deze voorwaarde luidt dat de wijziging de algemene aard van de concessieopdracht niet mag wijzigingen.
- 5.6.1. Naar het oordeel van de Commissie kwalificeert de oorspronkelijke opdracht als een concessieopdracht voor diensten. De winnaar van de aanbestedingsprocedure diende het zwembad immers risicodragend te exploiteren. De exploitatiebijdrage van beklagden ter hoogte van € 10.000 bedroeg slechts een fractie van de jaaromzet. De winnaar van de aanbestedingsprocedure droeg op basis van de oorspronkelijke opdracht in beginsel de gevolgen van fluctuaties in de bezoekersaantallen. De Commissie gaat er dan ook vanuit dat er voor de winnaar van de aanbestedingsprocedure een daadwerkelijk en reëel risico bestond. Dat de concessie, en daarmee de mogelijkheden om daarmee geld te verdienen, sterk gereguleerd was, doet hieraan niet af.
- 5.6.2. Ook na wijziging blijft de opdracht naar het oordeel van de Commissie kwalificeren als een concessieopdracht voor diensten. Dat beklagden gedurende drie jaar financieel bijspringen, laat onverlet dat de concessiehouder gedurende de resterende looptijd van de opdracht (in ieder geval vijf jaar) zelf het exploitatierisico zal moeten dragen. De Commissie neemt aan dat er ook na wijziging gedurende de resterende looptijd van de opdracht een substantieel risico voor de concessiehouder blijft bestaan.
- 5.6.3. Hoewel de exploitatiebijdrage van beklagden gedurende drie jaren aanzienlijk wordt verhoogd, doen beklagden naar het oordeel van de Commissie met recht een beroep op de uitzonderingsgrond van artikel 2a.53 *jo.* 2.163b Aw 2012. Dit komt doordat de waarde van de wijziging gerelateerd wordt aan de totale omzet van de concessie. Aan klager kan worden toegegeven dat het op het eerste ge-

zicht een vreemde indruk wekt dat de oorspronkelijke exploitatiebijdrage gedurende drie jaar wordt verhoogd van € 10.000 tot € 110.000, wat op zich een significante verhoging lijkt. Niettemin blijven beklaagden met die verhoging ruimschoots binnen de wettelijke kaders voor toelaatbare wijzigingen.

- 5.7. Daarmee is de klacht ongegrond.
- 5.8. Bij het slagen van het beroep op artikel 2a.53 *jo.* 2.163b Aw 2012, behoeven de overige uitzonderingsgronden van hoofdstuk 2.5 Aw 2012 geen bespreking meer.
- 5.9. Ten overvloede merkt de Commissie op dat de mogelijkheid om de concessieopdracht telkens met vijf jaar te verlengen in strijd is met het bepaalde in artikel 2a.27, tweede lid, Aw 2012. Nu daarover niet wordt geklaagd, laat de Commissie het bij deze vaststelling.
- 5.10. Verder vraagt de Commissie zich af of beklaagden gedurende de looptijd van de concessieopdracht nogmaals financieel zouden kunnen bijspringen. Indien beklaagden de gaten in de begroting van de concessiehouder blijven dichten, ligt het risico van de exploitatie van het zwembad niet meer bij de concessiehouder en is er geen sprake meer van een concessieopdracht. Daarmee zou de algemene aard van de opdracht worden gewijzigd, zodat niet meer wordt voldaan aan de voorwaarde van artikel 2.163b, lid 1, sub b, Aw 2012.

6. **Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegron**d.

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 mr. P.F.C. Heemskerk die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 18 mei 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid