

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 419

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft in januari 2017 een overheidsopdracht voor diensten voor de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen enkelvoudig onderhands aan X gegund.
- 1.2. In het Inkoopbeleid van beklagde van april 2014 is, onder meer, het volgende bepaald:

7. Procedurekeuze (...)

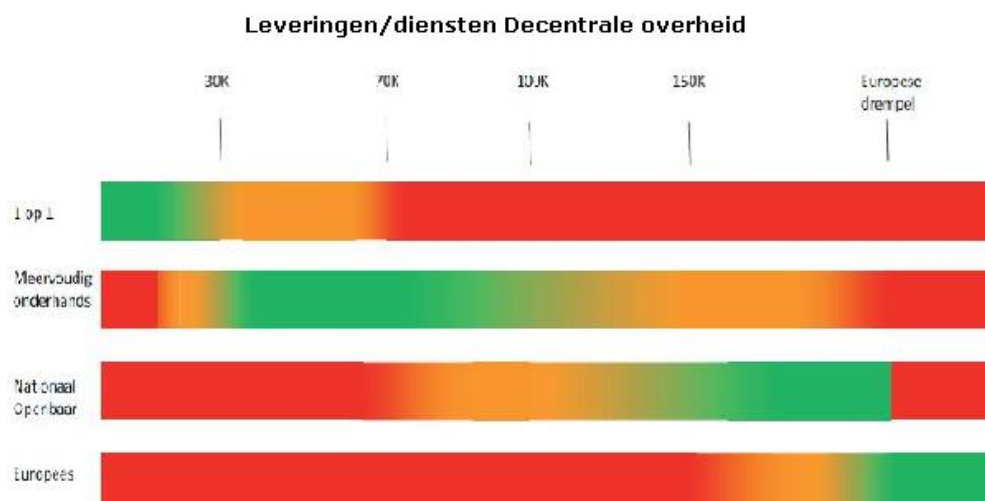
7.2 Procedurekeuzes

[Beklaagde] hanteert concernbreed dezelfde criteria bij het kiezen van de te volgen aanbestedingsprocedure. Welke aanbestedingsprocedure wordt gevolgd wordt voor een belangrijk deel bepaald door de waarde van de opdracht. De raming van deze waarde gebeurt op een objectieve en transparante manier. Kostencalculatie op grond van marktoriëntatie, historische gegevens, referentieopdrachten bij andere organisaties zijn voorbeelden van objectieve en transparante ramingsgrondslagen.

[Beklaagde] is verplicht om opdrachten bij vastgestelde drempelwaarden aan te besteden volgens een voorgeschreven procedure. Uitgangspunten en regels rondom het aanbesteden zijn opgenomen in de Gids Proportionaliteit.

7.2.1 Drempelbedragen

De aanbestedingsvormen met bijbehorende drempels worden getoond in onderstaande figuren (figuur 2 & 3). Men volgt de procedure waarbij de opdrachtwaarde in het groene bereik valt, tenzij inhoudelijk en zeer geground gemotiveerd kan worden waarom voor een procedure in het oranje of rode bereik wordt gekozen. Boven de Europese drempels bestaat die keuzevrijheid niet en moet er Europees worden aanbesteed. De bedragen zijn exclusief BTW.



Figuur 2 Leveringen en diensten'

- 1.3. Op 10 maart 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Hiermee bericht ik mede namens cliënte [Klager] als volgt. Cliënte is van oordeel dat de overheidsopdracht of concessie-overeenkomst voor de dienst van het organiseren van kermissen in uw gemeente niet is opengesteld voor mededinging door cliënte. In plaats daarvan wordt zonder vorm van mededinging een overeenkomst (en / of evenementenvergunning) jaarlijks of voor onbepaalde tijd onderhands gegund aan een derde. Een dergelijke handelwijze is naar oordeel van cliënte juridisch onhoudbaar / onrechtmatig.

Art. 1.4 Aanbestedingswet vereist dat uw gemeente de keuze voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht en de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure bepaalt op basis van objectieve criteria. Die criteria zijn o.m. uitgewerkt in voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit.

Ik verzoek uw gemeente dan ook haar handelwijze en beleid binnen een redelijke termijn van uiterlijk vier weken te motiveren conform art. 1.4 lid 3 Aanbestedingswet, mede in het licht van het hierna geschetste juridische kader.

Een dergelijke formele schriftelijke motivering zou echter achterwege kunnen blijven, waarmee tijd en formaliteiten bespaard zouden kunnen worden, als cliënte (eventueel in het kader van / in combinatie met) een marktconsultatie binnen een redelijke termijn van vier weken bij uw gemeente persoonlijk kan toelichten hoe zij (of de markt in het algemeen) uw gemeente meer kwaliteit, doelmatigheid (kosten / budget) en vernieuwing zou kunnen bieden bij het in concurrentie meedingen naar het organiseren van kermisevenementen in de toekomst. Mocht het eventueel nodig zijn, dan zou op basis van een dergelijke toelichting de gemeente alsnog een formeel standpunt (conform art. 1.4 Aanbestedingswet) kunnen formuleren.

2. Het juridische kader

a. aanbestedingsrecht

Bij het sluiten van alle overeenkomsten voor overheidsopdrachten of dienstenconcessies tussen gemeenten en marktpartijen moeten de nationale voorschriften en beginselen volgend uit de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit worden nageleefd. De soort overeenkomst, de looptijd en de waarde daarvan moeten worden bepaald op basis van objectieve criteria (zie o.m. par. 3.3. Gids Proportionaliteit) en de wijze van aanbesteding moet worden bepaald in het licht van voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit.

Een overeenkomst van feitelijk onbepaalde tijd (jaarlijks opnieuw enkelvoudig onderhands gegund of jaarlijks stilzwijgend verlengd) is onrechtmatig. Opknippen om aanbestedingsdrempels te omzeilen is ook onrechtmatig. Een gebruikelijke en proportionele looptijd voor diensten(concessies) is in beginsel vier tot zes jaar.

Op basis van het voorgaande inzake wetgeving en het proportionaliteitsbeginsel moeten raming, looptijd, drempels, soort aanbestedingsprocedure en soort overeenkomst worden bepaald. Gunning dient zelfs plaats te vinden op basis van kwalitatieve criteria, en gunning op laagste prijs is slechts toegestaan als dat gemotiveerd kan worden in de aanbestedingsstukken.

Nergens blijkt uit dat de organisatie van kermisevenementen zou zijn uitgezonderd van de regels en beginselen van het aanbestedingsrecht. Op basis van een analyse van het aantal potentiële inschrijvers en het type van de opdracht en het karakter van de markt (voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit) had [Klager] moeten zijn uitgenodigd voor mededinging in een rechtmatige en proportionele procedure.

b. bestuursrecht

Geheel afgezien van het aanbestedingsrecht is van belang dat de gemeente voor de uitvoering van de dienst een recht op het organiseren van het kermisevenement (een evenementenvergunning) moet verlenen. Dit betreft een schaars recht.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) geoordeeld dat het gelijkheidsbeginsel ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunning(en) mee te dingen. Om gelijke kansen te realiseren moet het bestuur volgens de Afdeling verder een passende mate van openbaarheid verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Nu een gemeente over het algemeen in de vergunning eist dat de kermis wordt georganiseerd en niet slechts het recht daartoe wil verlenen, ligt het voor de hand dat wordt aangesloten bij de regels en beginselen van het aanbestedingsrecht die van toepassing zijn op het gunnen van overeenkomsten voor dienstverlening.'

- 1.4. Beklaagde heeft op 12 april 2017 als volgt per brief gereageerd op de brief van klager:

'De Gemeente heeft in januari 2017 een dienstverleningsovereenkomst gesloten met [X] voor de begeleiding van de organisatie van [kermissen van Beklaagde], e.e.a. voor een periode van (maximaal) 4 jaar. Deze overeenkomst eindigt (uiterlijk) op 31 december 2020.

De dienstverlening zoals is aanbesteed kwalificeert als een 'specifieke dienst' in de zin van par. 2.2.1.8 Aanbestedingswet 2012 (CPV codes: 92331000-0 (Diensten voor kermisattracties en pretparken) en 92331100-1 (Diensten voor kermissen)).

Een formele schriftelijke motivering ex art. 1.4 lid 3 Aanbestedingswet 2012 met betrekking tot voornoemde onderhandse gunning van onderhavige opdracht laat de Gemeente thans, gelet op de door u bij brief van 10 maart 2017 geboden mogelijkheid daartoe, achterwege.

Namens de Gemeente kan ik u overigens op hoofdlijnen berichten dat de Gemeente bij haar afweging tot één-op-één gunning van voornoemde opdracht, onder meer de navolgende aspecten heeft betrokken: de geringe waarde van deze opdracht in relatie tot het vigerende drempelbedrag (excl. BTW) ad EUR 750.000,- (waarmee ik u bekend vertrouw), de transactiekosten van de Gemeente en marktpartijen in geval van een aanbestedingsprocedure met meerdere partijen, de goede ervaring die de Gemeente heeft met de (huidige) opdrachtnemer

en het feit dat de (huidige) opdrachtnemer niet op enigerlei wijze verbonden is met de exploitatie van kermisattracties ('onafhankelijkheidsaspect').

De Gemeente is van oordeel dat zij op rechtmatige gronden voornoemde opdracht heeft kunnen verstrekken en is gelet hierop dan ook niet voornemens gehoor te geven aan uw verzoek om tot ontbinding/opzegging van voornoemde overeenkomst, voor zover hiertoe al ruimte zou bestaan, over te gaan.'

- 1.5. Op 14 april 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Begrijp ik goed dat u van oordeel bent dat de zgn. "specifieke diensten" uitgezonderd zijn van de voorschriften van de Gids Proportionaliteit? En dan met name uitgezonderd zouden zijn van Voorschrift 3.4A met de nationale (comply or explain) drempel van € 30.000 waarboven een MVO moet worden gehouden? Ik ben benieuwd naar een wettelijke / rechtmatige grondslag van het slechts hantieren van EU drempels voor specifieke diensten terwijl de nationale drempels kennelijk wel gelden voor alle andere concessies en overheidsopdrachten. Het zal voor u ongetwijfeld geen probleem zijn om mij die grondslag per omgaande te verschaffen, nu u zich daar namens de gemeente op beroept.

Het is immers nogal wat als een aanbestedende dienst buiten het zicht van elke andere potentiële mededinger met één marktpartij in onderhandeling treedt op basis van subjectieve ervaringen uit het verleden. Er is geen enkele vorm van transparantie. De gemeente maakt dan onderhandse afspraken die de mededinging beperken. Daar moeten wel hele goede redenen voor zijn.

Op basis van de enkelvoudig onderhandse onderhandeling en de gesloten overeenkomst worden vervolgens vergunningen verstrekt. Ik vraag mij af waarom de gemeente nog in januari 2017 zonder mededinging of transparantie een overeenkomst sluit als basis voor het verstrekken van (een) schaarse vergunning(en) waarbij potentiële mededingers wederom (in navolging van de afgelopen tientallen jaren !) op voorhand langdurig / herhaaldelijk zullen worden uitgesloten van een vergunning. De Afdeling bestuursrechtspraak RvS oordeelt immers al op 2 november 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:2927) dat een dergelijke handelwijze onrechtmatig is. A-G Widdershoven concludeerde al op 25 mei 2016 dat dit niet zo maar kan, dus dit kwam niet zo maar uit de lucht vallen. Dit betekent dus dat een enkelvoudig onderhandse aanbesteding en gunning onrechtmatig is, geheel afgezien van enige EU of nationale aanbestedingsdrempel.

Op basis van deze beknopte samenvatting van het geldende recht (waarmee ik u bekend veronderstel) kunt u niet namens de gemeente verklaren dat de gemeente van oordeel is dat zij de opdracht op rechtmatige gronden heeft kunnen verstrekken. De gemeente sluit enerzijds zeer recent op voorhand de vergunningen voor de komende vier jaar wederom uit van mededinging, en stelt dat er geen ruimte is om die termijn te verkorten, en geeft ook geen enkele opening waaruit zou blijken dat de gemeente haar handelwijze wil heroverwegen. Anderzijds echter nodigt de gemeente cliënte uit voor een gesprek om inhoudelijk toe te lichten hoe zij (en de markt in het algemeen) desgewenst in staat zou kunnen zijn om veel meer kwaliteit, economisch voordeel en maatschappelijke waarde te kunnen leveren. Kunt u mij gezien de handelwijze en het standpunt van de gemeente uitleggen welk doel een dergelijk gesprek dan zou kunnen hebben?

Gelet hierop dient de gemeente de overeenkomst zo spoedig mogelijk op enigerlei wijze te beëindigen, behoudens voor zover de gemeente kan verantwoorden waarom de voorschriften van de Gids Proportionaliteit en het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak RvS niet zouden zijn geschonden.

In dat verband stelt u dat een overeenkomst is gesloten voor maximaal vier jaar tot en met uiterlijk 2020. Daarom zit er in de overeenkomst kennelijk ten minste een tussentijdse mogelijkheid tot verlenging tot maximaal vier jaar, althans een tussentijdse mogelijkheid tot niet-verlenging t/m uiterlijk 2020 (opzegging) besloten. Dienaangaande verzoek ik via u de gemeente (in het kader van de Wob) aan mij per omgaande te verstrekken de betreffende overeenkomst waarbij alle bedrijfsvertrouwelijke informatie zoals financiële informatie kan worden weggehaald zodat ik zelf kan beoordelen wat alle buitengerechtelijke mogelijkheden voor beëindiging/opzegging/ontbinding zijn.

Ten slotte verzoek ik u mij al dan niet op basis van de Wob in kennis te stellen van alle aanvragen voor vergunningen en / of besluiten inzake verleende vergunningen of de toekomstige verlening van vergunningen (dit alles gebaseerd op de in januari gesloten overeenkomst) zodat cliënte daartegen (alsnog) bezwaar kan maken.'

- 1.6. Beklaagde heeft op 9 mei 2017 als volgt gereageerd op de e-mail van klager van 14 april 2017:

'Dienstverleningsovereenkomst

Bij brief van 12 april 2017 heeft de Gemeente u al bericht dat er in januari 2017 een dienstverleningsovereenkomst is gesloten met [X] voor de begeleiding/ondersteuning van de organisatie door de Gemeente van [kermissen van Beklaagde]. Het betreft een overeenkomst voor een periode van twee jaar met de mogelijkheid tot verlenging van twee keer één jaar. Van enige vergunningverlening door de Gemeente aan [X] is anders dan u kennelijk (veronder-)stelt geen sprake, hetgeen in deze brief nader wordt toegelicht.

Zoals aan u reeds is bericht, kwalificeert de overeenkomst tussen de Gemeente en [X] als een opdracht voor specifieke diensten in de zin van bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU. De (geraamde) waarde van de opdracht is zeer ruim onder het vigerende drempelbedrag van EUR 750.000,- (excl. BTW), hetgeen onder meer betekent dat hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012 in casu niet van toepassing is. De Relevante CPV-codes met betrekking tot onderhavige opdracht betreffen onder meer:

- 79952000-2 – *diensten voor het organiseren van evenementen;*
- 79952100-3 – *diensten voor het organiseren van culturele evenementen;*
- 92331000-0 – *diensten voor kermisattracties en pretparken;*
- 92331100-1 – *diensten voor kermissen.*

De Gemeente stelt zich allereerst op het standpunt dat de Gids Proportionaliteit (1^e herziening, april 2016) niet integraal van toepassing is indien een onderhandse enkelvoudige aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd bij opdrachtverlening.

Anders dan u kennelijk (veronder-)stelt volgt uit de brief van 12 april 2017 van de Gemeente geenszins dat de Gemeente bij de (enkelvoudige) onderhandse opdrachtverlening aan [X] Voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit niet in acht zou hebben genomen. De in dit Voorschrift genoemde aspecten, zijn door de Gemeente wel degelijk in haar afweging betrokken bij de keuze voor een enkelvoudig onderhandse procedure, in welk verband ik ook verwijs naar de brief van de Gemeente van 12 april 2017.

De Gemeente deelt voorts niet uw standpunt dat met betrekking tot onderhavige dienstenovereenkomst uit Voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit zou volgen dat boven een drempelbedrag van EUR 30.000,- (excl. BTW) de Gemeente ter zake een meervoudig onderhandse procedure had moeten houden. De in de Gids Pro-

portionaliteit vermelde kleurenbalkjes, waaraan u kennelijk refereert, zien namelijk op 'reguliere' diensten (met een drempelbedrag van EUR 209.000,- (excl. BTW) in geval van de decentrale overheid) en zijn evident niet toegespitst op 'sociale en andere specifieke diensten' (drempelbedrag van EUR 750.000,- (excl. BTW)).

Overigens, ook indien sprake zou zijn van een 'reguliere' dienst, quod non, volgt uit Voorschrift 3.4A Gids Proportionaliteit geenszins dat reeds bij EUR 30.000,- (excl. BTW) in beginsel een meervoudig onderhandse procedure geïndiceerd zou zijn, nu dit bedrag substantieel hoger ligt (EUR 70.000,- (excl. BTW)).

Indien de kleurenbalkjes zoals vermeld in de Gids Proportionaliteit ('reguliere diensten'- decentrale overheid) 'naar rato' zouden worden toegepast op de (geëerde) waarde van onderhavige dienstenopdracht ('specifieke diensten') in relatie tot het vigerende drempelbedrag ad EUR 750.000,- (excl. BTW), zou gelet op deze kleurenbalkjes een enkelvoudige onderhandse procedure zonder meer geïndiceerd zijn.

Vergunningen

Zowel in uw brief van 10 maart 2017 (abusievelijk door u gedateerd op 10 maart 2016) als in uw email van 14 april 2017 stelt u dat schaarse vergunningen op basis van de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS (u verwijst expliciet naar de uitspraak van 2 november 2016 inzake gokactiviteiten) in mededinging moeten worden verleend en niet onderhands mogen worden verstrekt.

Het is de Gemeente echter onduidelijk naar welke vergunningen u verwijst. In uw brief van 10 maart 2017 schrijft u dat het voor het organiseren van een kermisactiviteit een evenementenvergunning is vereist en dat deze niet onderhands aan één partij kan worden verstrekt waarmee de Gemeente aanneemt dat u [X] bedoelt. De organisatie van [de kermissen in de Gemeente] vindt plaats door en onder verantwoordelijkheid van de Gemeente, in verband waarmee [X] onder verantwoordelijkheid van de gemeente begeleidende/ondersteunende organisatorische diensten verricht ten behoeve van de Gemeente. Er is, anders dan u kennelijk (veronder-)stelt, door de Gemeente dan ook geen vergunning aan [X] verleend.

Uit uw email van 14 april 2017 lijkt het er vervolgens op dat uw bezwaar in feite betrekking heeft op uw onjuiste veronderstelling dat er een overeenkomst is gesloten als basis voor het verstrekken van (een) schaarse vergunning(en) waarbij potentiële mededingers in uw visie wederom op voorhand herhaaldelijk en langdurig zullen worden uitgesloten van een vergunning. Ter onderbouwing verwijst u wederom naar de genoemde uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS. Het lijkt er veeleer dan ook op dat uw bezwaar ziet op de toewijzing door de Gemeente van de plaatsen voor de attracties. Anders dan u kennelijk (veronder-)stelt voldoet de door de Gemeente in dit verband gevolgde procedure aan vigerende wet- en regelgeving. Ter toelichting beknopt het navolgende.

Door de Gemeente wordt per jaar een open inschrijvingsprocedure gehanteerd voor exploitanten, waarbij voor de toewijzing getoetst wordt op de gunningsvoorwaarden zoals opgenomen in de 'Algemene Voorwaarden voor kermissen in [de Gemeente]', welke vooraf worden gepubliceerd op de website van de Gemeente. De Gemeente neemt hierbij de beslissingen over de toewijzing, waarbij weliswaar adviezen van [X] kunnen worden betrokken, maar deze geen doorslaggevende betekenis hebben. Er kan door de Gemeente van deze adviezen worden afgeweken en dit gebeurt in de praktijk ook regelmatig. De door de Gemeente gehanteerde procedure is objectief, non-discriminatoire en transparant. Voor de toewijzingen van de plaatsen van de attracties geldt dus dat door de

Gemeente geen exploitanten op voorhand langdurig of herhaaldelijk zullen worden uitgesloten. De door de Gemeente gehanteerde procedure voldoet daarmee aan de procedure voor de toewijzing van schaarse rechten.

Nu u niet meer concreet heeft gemaakt tegen welke 'vergunning(en)' uw bezwaar zich richt kan de Gemeente u op dit moment niet nader informeren.

Geen beëindiging overeenkomst Gemeente – [X]

De Gemeente gaat niet over tot beëindiging van de met [X] gesloten overeenkomst omdat de Gemeente gelet op het voorgaande van oordeel is dat, anders dan u stelt, geen sprake is van schending van de Gids Proportionaliteit en de door u aangehaalde uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS.

Gesprek met [Klager]

De Gemeente heeft uit uw brief van 10 maart 2017 begrepen, in het bijzonder uit de laatste alinea hiervan, dat [Klager] graag een vrijblijvend kennismakingsgesprek met de Gemeente wenst te voeren over haar activiteiten en de markt in het algemeen. Bij antwoordbrief van 12 april 2017 heeft de Gemeente aangegeven hier welwillend tegenover te staan, dit laatste niet alleen omdat een goed begrip bij de Gemeente van de onderhavige markt ten nutte kan zijn bij eventuele toekomstige besluiten van de Gemeente, maar ook omdat de Gemeente het belangrijk vindt om de verhoudingen met [Klager], ook met het oog op andere door de Gemeente geïnitieerde activiteiten, 'goed' te houden. Dit laatste geldt overigens niet alleen voor [Klager] maar voor alle marktpartijen.

(...)'

- 1.7. Op 11 mei 2017 heeft (de advocaat van) klager de volgende e-mail aan beklagde verzonden:

'Samengevat stelt u dat de Gids Proportionaliteit niet van toepassing zou zijn en dat ik verder zou uitgaan van allerlei onjuiste veronderstellingen.

Ik lees echter geen enkel steekhoudend argument waarom de relevante delen van de Gids hier opeens niet van toepassing zouden zijn. En op welke wettelijke regel of rechtsnorm een dergelijke uitzondering zou zijn gebaseerd.

De ratio voor de "lichte regeling" en de drempel van € 750.000 heeft te maken met het geringere grensoverschrijdend belang. Zie bijv. de overweging 115 en 116 van 2014/24/EU. Dit heeft te maken met het openen van de communautaire markt vanuit UE-rechtelijke context. Boven de € 750.000 moeten aanbesteders simpelweg EU aanbesteden. Het zegt niets over nationale overheidsopdrachten onder dat bedrag. Onder dat bedrag zijn lidstaten vrij om strengere regels te maken en zie hier de Gids Proportionaliteit.

Inzake de overheidsopdracht in kwestie en het proportionaliteitsbeginsel uit de Aanbestedingswet (en de Gids Proportionaliteit) zijn de overwegingen 115 en 116 nu juist niet aan de orde. De ratio achter het proportionaliteitsbeginsel in de Aanbestedingswet en de Gids is tegenovergesteld, en heeft voornamelijk te maken met niet-grensoverschrijdende overheidsopdrachten en de belangen van het MKB vanuit de nationale context. U kunt dus geen EU-argumenten inzake het geringe grensoverschrijdend belang er bij slepen om die, daar waar het de gemeente uitkomt, toe te passen om iets te verdedigen wat de nationale wetgever nu juist niet wil, en waarmee de nationale wetgeving en de belangen van het nationale MKB worden geschonden. Zelf vervolgens op eigen houtje het EU-drempelbedrag € 750.000 extrapoleren naar "eigen balkjes" resulteert ten slotte in een onhoudbaar amalgaam van strijdige overwegingen.

Daarnaast stelt u dat ik zou uitgaan van allerlei onjuiste veronderstellingen. Ik wijs u op de brief bijlage van 30 december 2015 van de gemeente aan [Klager]. [Klager] maakt daarmee haar interesse kenbaar voor de overheidsopdracht en vraagt om een kennismakingsgesprek. De betreffende ambtenaar wijst dit gesprek van de hand en zegt toe dat de opdracht in de markt zal worden gezet (hetgeen ten minste een rechtmatige procedure MVO impliceert), zodat op dat moment nog geen gesprekken kunnen worden gevoerd.

Mijn "onjuiste" veronderstellingen ontleen ik dus aan de gemeente zelf. Deze ambtenaar weet dus dat de overheidsopdracht in de markt moet worden gezet en er is op termijn gelegenheid voor gesprekken. De gemeente zegt echter het ene toe en doet vervolgens het andere. De gemeente sluit vervolgens achteloos enkelvoudig onderhands weer een overeenkomst met de opdrachtnemer die het al meer dan tien jaar doet. En dan schrijft u aan mij dat de gemeente nu opeens open staat voor een gesprek... omdat een goed begrip bij de gemeente van de onderhavige markt ten nutte kan zijn bij eventuele toekomstige besluiten van de gemeente. Mosterd na de maaltijd en strijdig met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Hierdoor ontstaat een situatie waarbij één marktpartij jarenlang op dezelfde sleutelpositie zit en werkt de gemeente er aan mee dat de markt verdeeld is. Dit staat in schril contrast met de argumenten die de gemeente aanvoert om deze situatie in stand te houden. Waaronder het "onafhankelijkheidsaspect". Er is inmiddels na al die jaren geen enkel zicht meer op onafhankelijkheid, noch valt dit op objectieve wijze te controleren. De huidige opdrachtnemer is ook in het geheel niet onafhankelijk. Ik citeer de website van opdrachtnemer:

Bij voorkeur kopen wij de kermisorganisatierechten niet aan. Wij werken liever in opdracht van u. Zo houdt u vinger aan de pols en blijft u 'baas in eigen huis'. Voor een betaalbare en aantrekkelijke kermis voor uw burgers. En een goede pachtopbrengst voor u. Nu én in de toekomst. Deelt u deze visie niet en wilt u de kermis toch in zijn geheel verkopen/aanbesteden dan zijn wij nog steeds uw betrouwbare partner.

[X] is al jaren lang monopolist in het verkopen van standplaatsen aan de hoogste bieder waardoor (als het er in de praktijk op aankomt) voornamelijk op prijs en niet op kwaliteit wordt gegund. Daarnaast is [X] gezien de eigen uitlatingen wel degelijk betrokken bij de zelfstandige exploitatie van evenementen. Eenvoudig marktonderzoek kan dit bevestigen. De objectiviteit en onafhankelijkheid kan daardoor niet worden gewaarborgd.

Het argument "goede ervaringen met de huidige opdrachtnemer" is gezien langjarige verhouding met die ene marktpartij en het vermijden van gesprekken met andere belangstellenden geen objectief aanbestedingsrechtelijk criterium om een enkelvoudig onderhandse gunning te kunnen rechtvaardigen. Het zou een bijkomende overweging kunnen zijn bij bijv. MVO als meer opdrachtnemers in de loop der jaren in beeld waren geweest. Maar het is als hoofdreden niet objectief en zeker niet onder de gegeven omstandigheden.

Onder de gegeven omstandigheden kan objectiviteit en onafhankelijkheid eenvoudig worden bevorderd door de opdracht transparant in de markt te zetten, hetgeen gebruikelijk en ook inkooptechnisch gezond is. [Klager] kan daarbij dezelfde producten waarschijnlijk tegen een lagere prijs en hogere kwaliteit aanbieden. Als de gemeente dus concurrenten geen enkele kans biedt om mee te dingen kan de gemeente hier dus ook geen goede ervaringen mee opdoen. Het argument "goede ervaringen met de huidige opdrachtnemer" is dus onzinnig.

Ten slotte: De overeenkomst ingaande op 1 januari 2017 geldt voor vier jaar en zes kermissen jaarlijks. Dus 24 kermissen. Daaruit leid ik af dat de omzetwaarde van de overheidsopdracht een waarde van € 30.000 ruimschoots moet overtreffen.

Uit het voorgaande leid ik af dat de opdracht niet op rechtmatige gronden zonder enige vorm van mededinging jarenlang in handen kan blijven van één ondernemer. Dit schaadt de belangen van het MKB in het algemeen en die van [Klager] in het bijzonder. En schaadt bovendien de belangen van de gemeente.

De gemeente is [Klager] een verklaring schuldig voor de gang van zaken. Gezien de argumentatie in uw laatste brief impliceert de gemeente dat zij gerechtigd om na ommekomst van de lopende overeenkomst wederom op dezelfde gronden een overeenkomst te sluiten met [X]. [Klager] is slechts bereid tot een gesprek op korte termijn om deze situatie te bespreken en uit de wereld te helpen.'

1.8. Op 15 mei 2017 heeft klager de volgende brief aan beklagde verzonden:

'Hiermee maakt [Klager] wederom interesse bekend voor het organiseren van kermis- en/of kerstevenementen. Met meer dan 25 jaar ervaring met hoofdzakelijk de organisatie van evenementen in binnen- en buitenland zijn wij één van de toonaangevende organisatoren binnen de evenementenbranche. Wij beheersen en begeleiden alle facetten van het proces evenementenorganisatie. Dit omvat de organisatie van de volledige exploitatie in nauwe samenwerking met u, al dan niet voor eigen rekening en risico. Wij leveren maatwerk totaalconcepten met totale ontzorging tot en met alle onafhankelijke (advies)diensten waarbij de gemeente het evenement in eigen beheer houdt. Vanwege onze inspanningen inzake kwaliteitsverbetering zijn wij sinds 2009 in het bezit van een ISO 9001 certificering evenementenorganisatie.

Vergunningen inzake evenementen zoals kermissen zijn "schaars" en gemeenten moeten proactief de mededinging initiëren inzake de verlening van vergunningen. Als daarnaast een overeenkomst wordt gesloten zijn de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit (GP) van toepassing, met als voorschrift een meervoudig onderhandse aanbesteding (MVO) op kwaliteit voor overheidsopdrachten voor diensten vanaf een omzetwaarde van € 30.000 en voor dienstenconcessies vanaf € 50.000. Voor de wettelijk verplichte voorafgaande transparante raming geldt een redelijke looptijd van ongeveer vier jaar per overeenkomst inclusief alle opties. Afwijkingen van de voorschriften moeten vooraf worden gemotiveerd.

(...).'

1.9. Op 22 mei 2017 heeft beklagde de volgende brief aan klager verzonden naar aanleiding van de e-mail van 11 mei 2017 (zie 1.7 hiervoor):

'(...)

Gids Proportionaliteit

Uw samenvattende opmerking dat door de Gemeente gesteld zou zijn dat de Gids Proportionaliteit niet van toepassing zou zijn is onjuist. Door de Gemeente is bij brief van 9 mei 2017 aan u bericht dat zij het standpunt inneemt dat de Gids Proportionaliteit niet *integraal* van toepassing is indien een onderhandse enkelvoudige aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd bij de opdrachtverlening. De relevante aspecten uit de Gids Proportionaliteit zijn door de Gemeente in acht genomen, hetgeen al bij brieven van 12 april en 9 mei 2017 aan u is bericht.

Brief d.d. 30 december 2015 van de Gemeente aan [Klager]

Bij voormelde brief heeft de Gemeente aan [Klager] bericht dat zij met betrekking tot de organisatie van kermissen gebruik maakt van [X] en dat deze contractuele verplichtingen in 2016 eindigen. Uit de mededeling dat 'deze aanbesteding weer op de markt wordt weggezet', kan niet uw conclusie worden getrokken dat door de Gemeente per definitie ter zake (tenminste) een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure zal worden georganiseerd. De Gemeente heeft voor de (nieuwe) opdracht voor de periode na 2016 een zorgvuldige afweging gemaakt met betrekking tot de wijze waarop deze (nieuwe) opdracht in de markt zal worden gezet en is daarbij tot de conclusie gekomen dat daartoe een enkelvoudige onderhandse aanbesteding de meest gerede procedure zou zijn, in welk verband ik u verwijs naar mijn brieven van 12 april en 9 mei 2017 aan u gericht. Dat de Gemeente toezeggingen in dit verband aan [Klager] zou hebben gedaan is onjuist.

Voor de periode na afloop van de huidige overeenkomst tussen de Gemeente en [X] zal de Gemeente wederom een nieuwe (zelfstandige) afweging maken met betrekking tot de wijze waarop deze opdracht zal worden verstrekt. De Gemeente acht het te prematuur om thans op deze (te zijner tijd) te maken afweging vooruit te lopen.

[X]

U stelt dat [X] al jaren lang monopolist is in 'het verkopen van standplaatsen aan de hoogste bidder', waardoor voornamelijk op prijs en niet op kwaliteit zou worden gegund. Of deze stelling juist is laat de Gemeente in het midden en is in onderhavige kwestie ook niet relevant nu de overeenkomst tussen [X] en de Gemeente hier niet op ziet.

Met betrekking tot het 'onafhankelijkheidsaspect' is bij brief van 12 april 2017 aan u bericht dat dit ziet op het feit dat de opdrachtnemer niet op enigerlei wijze (zelf) verbonden is met de exploitatie van kermisattracties, hetgeen niet gelijk is aan de (zelfstandige) exploitatie van evenementen waaraan u in uw bericht van 11 mei 2017 refereert, zodat daarmee ook geen afbreuk wordt gedaan aan het onafhankelijkheidsaspect zoals door de Gemeente is betrokken bij haar afweging tot gunning aan [X].

(...)'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de overheidsopdracht ten onrechte enkelvoudig onderhands gegund en niet in concurrentie aanbesteed.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager stelt dat de argumenten van beklagde om te kiezen voor een enkelvoudig onderhandse gunning niet valide zijn en voert hiertoe het volgende aan.
- 3.2. Klager stelt dat de ratio voor de drempel van € 750.000 voor specifieke diensten op basis van overwegingen 115 en 116 van Richtlijn 2014/24/EU gelegen is in een geringer grensoverschrijdend belang. Dit betreft volgens klager de opening van de communautaire markt vanuit EU-rechtelijke context. Boven de € 750.000 moeten aanbestedende diensten Europees aanbesteden en dit zegt volgens klager niets over opdrachten onder die drempelwaarde. Volgens klager kunnen lidstaten strengere regels hanteren zoals in de Gids Proportionaliteit. Klager is van

mening dat overwegingen 115 en 116 uit de richtlijn op basis van het proportionaliteitsbeginsel uit de Aanbestedingswet 2012 juist niet van toepassing zijn op de onderhavige overheidsopdracht.

- 3.3. Klager stelt dat de ratio van het proportionaliteitsbeginsel niet grensoverschrijdende belangen betreft, maar juist gelegen is in het (nationale) belang van het mkb. Volgens klager is het niet mogelijk EU-argumenten te gebruiken om iets te verdedigen dat de nationale wetgever nu juist niet wil: schending van de belangen van het nationale mkb.
- 3.4. Het extrapoleren van het EU-drempelbedrag van € 750.000 door beklagde naar 'eigen balkjes' resulteert volgens klager in een onhoudbaar amalgaam van strijdige overwegingen. Klager vraagt zich in dat kader af of beklagde het balkje voor diensten of het balkje voor werken als basis heeft genomen.
- 3.5. Volgens klager is de stelling van beklagde dat voor reguliere diensten een meervoudig onderhandse procedure gekozen dient te worden vanaf € 70.000 ook onjuist. Klager verwijst hiertoe naar het inkoopbeleid van beklagde, paragraaf 7.2.1 waarin is bepaald dat men de procedure volgt waarbij de opdrachtwaarde in het groene bereik valt, tenzij inhoudelijk zeer gegrond gemotiveerd kan worden waarom voor een procedure in het oranje of rode bereik wordt gekozen. Deze zeer gegronde motivering ontbreekt volgens klager. De genoemde hoge transactiekosten (in het licht van de vermoedelijke omzetwaarde van € 75.000) zijn volgens klager ongeloofwaardig.
- 3.6. Ook voert klager aan dat de huidige opdrachtnemer X evenementen exploiteert en daarmee indirect verbonden is met kermisattracties. De stelling van beklagde dat X niet op enigerlei wijze verbonden is met de exploitatie van kermisattracties is volgens klager dan ook onjuist.
- 3.7. Tenslotte is klager van mening dat goede ervaringen met langdurig zittende opdrachtnemers geen objectieve overweging oplevert in de zin van de Gids Proportionaliteit.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklagde merkt ten eerste op dat zij de grondslag van de klacht van klager aldus begrijpt dat beklagde in strijd zou hebben gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit door de opdracht enkelvoudig onderhands te gunnen. Dit standpunt wordt door beklagde betwist en als volgt toege-licht.
- 4.2. De overeenkomst die beklagde heeft gesloten betreft de begeleiding/ondersteuning door X van de organisatie van kermissen in de binnenstad van beklagde en enkele naburige gemeenten voor de periode van 1 januari 2017 tot 1 januari 2019 met de mogelijkheid tot verlenging van de overeenkomst met twee keer één jaar.
- 4.3. Beklagde stelt dat de gesloten overeenkomst kwalificeert als een opdracht voor 'sociale en andere specifieke diensten' in de zin van bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU. Beklagde verwijst hiertoe naar haar brief aan klager van 9 mei 2017 (zie 1.6 hiervoor). Hierbij merkt beklagde op dat de kwalificatie van de opdracht als 'specifieke dienst' tussen partijen niet ter discussie staat.
- 4.4. De geraamde waarde van de opdracht voor de periode van vier jaar (twee jaar, inclusief twee optiejaar) is volgens beklagde zeer ruim onder het vigerende Eu-

ropese drempelbedrag van € 750.000,- (excl. BTW) voor 'sociale en andere specifieke diensten' en overigens ook ruimschoots onder het niet van toepassing zijnde vigerende Europese drempelbedrag voor (reguliere) diensten van € 209.000,- (excl. BTW). Uit artikel 2.6a Aw 2012 leidt beklagde af dat hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is. Verder merkt beklagde op dat de exacte waarde van de opdracht bedrijfsvertrouwelijke informatie betreft en dat voor de afdoening van de klacht naar het oordeel van beklagde kan worden volstaan met de door klager (geschatte) waarde van de opdracht van € 75.000,-.

- 4.5. Voorts merkt beklagde op dat zij de relevante bepalingen uit de Aanbestedingswet 2012 en de relevante voorschriften uit de Gids Proportionaliteit in acht heeft genomen bij haar besluit om de opdracht enkelvoudig onderhands te gunnen aan X. Beklaagde stelt zich op het standpunt dat de Gids Proportionaliteit niet integraal [*onderstreping beklagde*] van toepassing is indien door beklagde een onderhandse enkelvoudige aanbestedingsprocedure wordt gehanteerd bij opdrachtverlening. Veel van de Voorschriften van de Gids Proportionaliteit zien volgens beklagde immers op andere aanbestedingsprocedures dan de door beklagde gekozen procedure.
- 4.6. Beklaagde stelt dat zij bij haar afweging om tot één-op-één gunning van de opdracht over te gaan in het bijzonder acht heeft geslagen op artikel 1.4 Aw 2012 en Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit en dat zij daarbij in het bijzonder de volgende aspecten heeft betrokken:
- De geringe waarde van de opdracht (en daarmee dus de grootte/omvang van de opdracht) in relatie tot het vigerende drempelbedrag à € 750.000,- (excl. BTW) voor specifieke diensten zoals vermeld in artikel 2.6a Aw 2012;
 - De transactiekosten van beklagde en marktpartijen in geval van een aanbestedingsprocedure met meerdere partijen ten opzichte van een enkelvoudig onderhandse procedure (baten/lasten-afweging), een en ander ook in relatie tot de geringe waarde van de opdracht zoals hierboven door beklagde is vermeld;
 - Het feit dat X niet op enigerlei wijze verbonden is met de *exploitatie van kermisattracties* ('onafhankelijkheidsaspect', beklagde verwijst hiertoe naar haar brieven van 12 april en 22 mei 2017 (zie 1.4 en 1.9 hiervoor)), dit in tegenstelling tot andere partijen, waaronder klager, waarmee beklagde ten tijde van de door haar te nemen beslissing bekend was. Beklaagde merkt op dat zij destijds na een verkennend marktonderzoek tot de conclusie was gekomen dat andere partijen, waaronder klager, wel op enigerlei wijze verbonden waren met de exploitatie van kermisattracties. Gelet op de aard van de dienstverlening vond beklagde het ongewenst dat er enigerlei (directe) verbondenheid van dienstverlener zou zijn met de exploitatie van kermisattracties, hetgeen naar het oordeel van beklagde bij X niet het geval was.;
 - De goede ervaring die beklagde heeft met X, op basis waarvan beklagde bekend was met onder meer de professionele vaardigheden, relevante kennis en ervaring van X, zodat gelet hierop en met inachtneming van de aard van de opdracht naar verwachting een goede uitvoering van de opdracht door X in het verschiet zou liggen.
- 4.7. Volgens beklagde geldt dat er geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zodat naar de mening van beklagde de Verdragsbeginselen niet van toepassing zijn.
- 4.8. Volgens beklagde zien de kleurenbalkjes zoals vermeld in paragraaf 3.4.2 van de Gids Proportionaliteit enkel op 'reguliere' diensten, met een drempelbedrag van € 209.000,- (excl. BTW) ingeval van een decentrale overheid. Deze balkjes geven naar het oordeel van beklagde aan, in samenhang met de toelichting in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit, op welke wijze Voorschrift 3.4 A in begin-

sel (dus in de zin van een 'richtinggevend kader') wordt uitgevoerd met betrekking tot 'reguliere diensten'. De kleurenbalkjes en begeleidende tekst in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit zien volgens beklagde niet op de categorie 'sociale en andere specifieke diensten'. Daarmee is beklagde in haar keuze voor een procedure, waaronder ook een enkelvoudig onderhandse procedure, naar haar mening volledig vrij. De kleurenbalkjes en begeleidende tekst in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit hoeven naar het oordeel van beklagde dan ook niet, althans niet onverkort en integraal te worden toegepast met betrekking tot 'sociale en andere specifieke diensten', waaronder dus onderhavige opdracht. Dit volgt volgens beklagde ook uit de voetnoot bij de kleurenbalkjes zoals vermeld in de Gids Proportionaliteit waar immers met betrekking tot concessieopdrachten en opdrachten voor speciale sectorbedrijven expliciet wordt aangegeven dat kan worden aangesloten bij de genoemde balkjes, hetgeen juist niet wordt vermeld met betrekking tot de categorie 'sociale en andere specifieke diensten'.

- 4.9. Nu naar de mening van beklagde in de Gids Proportionaliteit in paragraaf 3.4.2 geen duiding is gegeven voor 'sociale en andere specifieke diensten', heeft beklagde met betrekking tot de (geraamde) waarde van onderhavige opdracht het kleurenbalkje en het bepaalde in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit voor 'reguliere diensten' geheel onverplicht naar rato toegepast voor 'sociale en andere specifieke diensten'. Beklagde stelt daarmee in feite 'strenger' geweest te zijn dan zij behoefde te zijn. Zij licht dit als volgt nader toe.
- 4.10. Voor reguliere diensten met een Europese drempelwaarde van € 209.000,- geldt volgens beklagde bij de decentrale overheid conform het in de Gids Proportionaliteit opgenomen kleurenbalkje en de begeleidende tekst in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit, dat vanaf een opdrachtwaarde van circa € 40.000,-/ € 50.000,- in beginsel gezien moet worden of een meervoudig onderhandse procedure is geïndiceerd, daarbij overigens ook andere aspecten betreffende om tot een afgewogen keuze voor een meervoudig onderhandse of enkelvoudig onderhandse procedure te komen. Uit paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit volgt volgens beklagde in dit verband dat het goed is bij de keuze voor een aanbestedende dienst voor een procedure de (administratieve) lasten die deze keuze met zich brengt voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijver in ogenschouw te nemen. Beklagde citeert: "*Gelet op deze (administratieve) lasten lijkt de één op één gunning uit de hand voor 'kleine opdrachten' het meest geschikt. (...) In algemene zin kan voor de waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten gedacht worden aan opdrachten tot € 40.000,- à € 50.000,- (...)*". Of met andere woorden, gelet op de kleurenbalkjes en het bepaalde in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit is één op één gunning van een reguliere dienstenopdracht tot (in ieder geval) € 40.000,- (exclusief BTW) volgens beklagde in beginsel geïndiceerd, waarbij € 40.000,- circa 19,14% van € 209.000,- bedraagt.
- 4.11. Volgens beklagde is een enkelvoudig onderhandse procedure voor 'sociale en specifieke diensten' zonder meer geïndiceerd bij een geraamde opdrachtwaarde tot circa € 143.000,- (exclusief BTW dus 19,4% van € 750.000,-) wanneer er wordt uitgegaan van een Europees drempelbedrag van € 750.000,- (exclusief BTW) en bij een 'naar rato' toegepast 'kleurenbalk' zoals in de Gids Proportionaliteit in paragraaf 3.4.2 is opgenomen en is toegelicht voor reguliere diensten (decentrale overheid).
- 4.12. Beklagde concludeert dat zij op basis van bovengenoemde aspecten, zij wijst er daarbij op dat een en ander in samenhang beschouwd dient te worden en verwijst in het bijzonder naar 4.6 hiervoor, op rechtmatige gronden tot de keuze heeft kunnen komen om onderhavige opdracht enkelvoudig onderhands te gunnen aan X. Naar het oordeel van beklagde is de klacht van klager dan ook ongegrond en betekent het naar haar mening tevens dat zij gerechtigd is om de

opdracht, indien zij dat wenst, door X conform de overeenkomst uit te laten voeren tot (uiterlijk) 1 januari 2021.

- 4.13. Beklaagde stelt dat er geen sprake is van een met het Inkoopbeleid (opgesteld in april 2014) strijdige afwijking met de door haar gemaakte keuze voor X. Het Inkoopbeleid is volgens beklagde immers onmiskenbaar geënt op de uitgangspunten en regels die volgen uit de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit zoals geldend ten tijde van de vaststelling van het Inkoopbeleid, medio april 2014. Beklaagde verwijst hiertoe naar paragraaf 7.2 (zie 1.2 hiervoor) van haar Inkoopbeleid. Beklaagde stelt dat de in paragraaf 7.2.1 van het Inkoopbeleid opgenomen figuren daarmee dan ook niet zijn afgestemd op de na vaststelling van het Inkoopbeleid gewijzigde aanbestedingsregelgeving (waaronder ook de herziene versie van de Gids Proportionaliteit), en waarbij een bijzonder regime voor 'sociale en andere specifieke diensten' is vastgesteld. De in paragraaf 7.2.1 Inkoopbeleid opgenomen figuren zien volgens beklagde dan ook niet op specifieke diensten in de zin van onderhavige opdracht. Volgens beklagde zien de in paragraaf 3.4.2 van de Gids Proportionaliteit opgenomen figuren overigens ook niet op specifieke diensten in de zin van onderhavige opdracht.
- 4.14. In de hiervoor geschetste afwegingen van beklagde met betrekking tot de enkelvoudige gunning is naar haar mening de rechtmatigheid van de afwijking van de in paragraaf 7.2.1 genoemde procedures en drempelbedragen zoals vastgelegd in haar Inkoopbeleid voldoende gemotiveerd.

5. Aanvullende informatie

5.1. Klager

- 5.1.1. Klager heeft na de reactie van beklagde de Commissie op 6 juli 2017 een e-mailbericht gezonden met aanvullende informatie. In haar e-mail stelt klager dat, in tegenstelling tot hetgeen zij in het klachtenformulier had aangegeven, de omzetwaarde van de overeenkomst niet ongeveer € 75.000,- is maar minimaal € 7.500,- per organisatie van een kermis bedraagt.
- 5.1.2. Klager onderbouwt haar standpunt als volgt. Zij gaat uit van zes kermissen per jaar gedurende vier jaar, dus 24 kermissen. Vervolgens stelt klager dat 24 keer € 7.500,- uitkomt op € 180.000,- (minstens). Volgens klager is het daarom niet onwaarschijnlijk dat zelfs de EU-drempelwaarde wordt overschreden.
- 5.1.3. Tenslotte merkt klager op dat beklagde niet kan volstaan met de opmerking dat voor de afdoening van de klacht kan worden uitgegaan van de door klager (geschatte) waarde van de opdracht van € 75.000,-. Dit zou volgens klager voor beklagde duidelijk moeten zijn geweest aangezien alle veelomvattende organisatorische activiteiten en advisering, die verplicht zijn krachtens de overeenkomst, per kermis nooit € 75.000/24 = louter € 3.125,- zouden kunnen bedragen.

5.2. Beklaagde

- 5.2.1. In reactie op het e-mailbericht van klager van 6 juli 2017 (zie 5.1 hiervoor) stelt beklagde dat klager haar standpunt zonder enige deugdelijke onderbouwing en in tegenspraak met haar eerder ingenomen standpunt aanpast. Volgens beklagde heeft klager bijvoorbeeld in haar e-mail van 11 mei 2017 (zie 1.7 hiervoor) zelf immers het standpunt ingenomen dat de waarde van de opdracht een waarde van € 30.000,- overtreft.
- 5.2.2. Daarnaast merkt beklagde op dat zij vanaf het begin een duidelijk standpunt heeft ingenomen met betrekking tot de waarde van de opdracht.

- 5.2.3. De stelling van klager in haar e-mail van 6 juli 2017 waarin zij stelt dat de opdrachtwaarde tenminste € 180.000,- bedraagt, is volgens beklagde gedaan zonder enige deugdelijke onderbouwing. De daaraan toegevoegde mededeling van klager dat de opdracht waarschijnlijk de EU-drempelwaarde zou overschrijden, kan beklagde gelet op eerdere stellingen van klager dan ook niet plaatsen en is volgens beklagde ook overigens geheel onjuist.
- 5.2.4. Beklagde meent dat klager nu haar klacht op oneigenlijke en onjuiste gronden tracht te herzien.
- 5.2.5. Een andere mogelijkheid is volgens beklagde dat de door klager geponeerde onjuiste geschatte waarde van de opdracht haar grondslag vindt in een onjuist begrip van de aard van de opdracht. Beklagde merkt daarbij op dat klager in haar klacht uitgaat van de *organisatie* van een kermis. Volgens beklagde echter ziet de opdracht niet op de (integrale) organisatie van kermissen maar beperkt deze zich tot slechts de *ondersteuning en advisering bij* de organisatie van de kermissen door beklagde.
- 5.2.6. Voorts verwijst beklagde naar haar eerste reactie in overwegingen 4.4 en 4.11. Beklagde stelt dat hier samenvattend uit volgt dat de geraamde waarde van de opdracht (voor de periode van vier jaar, inclusief opties):
- zeer ruim onder het vigerende drempelbedrag van € 750.000,- (exclusief BTW) voor 'sociale en andere specifieke diensten' valt;
 - ruimschoots onder het niet van toepassing zijnde vigerende Europese drempelbedrag voor ('reguliere') diensten van € 209.000,- (exclusief BTW) ligt; en
 - zeer ruim onder het bedrag van € 143.000,- (exclusief BTW) valt (betreffende de geheel onverplicht 'naar rato' toegepaste 'kleurenbalk' Gids Proportionaliteit).
- 5.2.7. Beklagde stelt dat, gelet op haar standpunt zoals verwoord in 4.4 hiervoor, voor de afdoening van de klacht naar haar oordeel kan worden volstaan met de door klager (geschatte) waarde van de opdracht van € 75.000 (excl. BTW). In dat kader voert beklagde aan dat de door klager geschatte waarde, gelijk de destijds door beklagde geraamde en overigens ook gelijk de daadwerkelijke waarde van de opdracht (weggelakt in de overeenkomst van januari 2017 vanwege het bedrijfsvertrouwelijke karakter), voornoemde drie drempelbedragen (€ 750.000; € 209.000 en € 143.000 exclusief BTW) ruim onderschrijft.
- 5.2.8. Voor het overige betwist beklagde al hetgeen door klager in het kader van haar klacht is gesteld, voor zover dit door beklagde in haar reacties niet uitdrukkelijk is erkend.

6. Beoordeling

- 6.1. Beklagde heeft in januari 2017 een overheidsopdracht voor diensten voor de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen enkelvoudig onderhands aan X gegund. Op deze opdracht is de ten tijde van de opdrachtverlening geldende Aw 2012 van toepassing (zie hierna ook overweging 6.2.5).
- 6.2. Alvorens tot een beoordeling van de klacht over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toe te passen toetsingskader.
- 6.2.1. De Commissie stelt voorop dat zij beoordeelt of aanbestedende diensten handelen overeenkomstig de bepalingen van de Aw 2012.
- 6.2.2. De Commissie constateert dat deze overheidsopdracht 'specifieke diensten' betreft in de zin van artikel 2.6a Aw 2012 en Bijlage XIV van Richtlijn 2014/24/EU.

Klager heeft niet bestreden dat de onderhavige overheidsopdracht is onder te brengen onder de volgende diensten met daarbij behorende CPV-codes:

- 79952000-2 – diensten voor het organiseren van evenementen;
- 79952100-3 – diensten voor het organiseren van culturele evenementen;
- 92331000-0 – diensten voor kermisattracties en pretparken;
- 92331100-1 – diensten voor kermissen.

- 6.2.3. Op basis van artikel 2.6a Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel d, Richtlijn 2014/24/EU bedraagt de drempelwaarde voor 'specifieke diensten' € 750.000. Voor dergelijke diensten is een hogere drempelwaarde vastgesteld dan voor reguliere diensten vanwege de 'beperkte grensoverschrijdende dimensie' van deze diensten (vgl. overwegingen 114, 115 en 116 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU).
- 6.2.4. Klager heeft een berekening van de waarde van de aan X gegunde opdracht gemaakt die uitkomt op een bedrag van € 180.000 en heeft aangegeven het niet onwaarschijnlijk te achten dat de EU-drempelwaarde wordt overschreden (zie 5.1.2 hiervoor). In het licht van haar berekening acht de Commissie het aanneemelijk dat klager daarbij doelt op de EU-drempelwaarde voor reguliere diensten op basis van artikel 2.3 Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel c, Richtlijn 2014/24/EU, zoals gewijzigd door Verordening 2015/2170, ter hoogte van € 209.000. Indien klager meent dat ook de drempelwaarde van € 750.000 wordt overschreden, heeft zij dat onvoldoende onderbouwd. Volgens beklagde blijft de waarde van de opdracht ruim onder het bedrag van € 143.000 (zie 5.2.6 hiervoor). Daarmee is door klager onvoldoende gesteld en is in ieder geval niet gebleken dat de drempelwaarde van € 750.000 wordt overschreden. De Commissie neemt voorspands aan dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze opdracht van toepassing is.
- 6.2.5. In het geval dat deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is, zijn de bepalingen van Afdeling 1.2.2 Aw 2012 desalniettemin van toepassing wanneer de onderhavige opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (artikel 1.7, aanhef en onder b, Aw 2012). Aangezien klager echter niet heeft aangevoerd dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang en beklagde heeft gesteld dat daarvan geen sprake is (zie 4.7 hiervoor), neemt de Commissie tot uitgangspunt dat van een dergelijk belang geen sprake is.
- 6.2.6. Dat betekent dat op deze opdracht de volgende bepalingen van toepassing zijn: afdeling 1.2.1 van deel 1 van de ten tijde van de opdrachtverlening geldende Aw 2012.
- 6.2.7. Dit brengt met zich mee dat beklagde ten tijde van de gunning van de onderhavige opdracht aan X de bepalingen van afdeling 1.2.2 en deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 weliswaar niet in acht behoefde te nemen, maar wel het bepaalde in art. 1.4, lid 1, onder a en b, jo. art. 1.4, lid 3, Aw. Deze bepalingen houden allereerst in dat beklagde de keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning en de keuze van de gunning van de opdracht aan X, op basis van objectieve criteria diende te bepalen. In de tweede plaats houden deze bepalingen in dat beklagde die keuze op verzoek van klager diende te motiveren (Advies 27, overweging 6.5 en Advies 319, overweging 5.3.13).
- 6.2.8. Bij de keuze van de aanbestedingsprocedure dient beklagde tevens rekening te houden met artikel 1.6 Aw 2012 op grond waarvan zij voor een zo groot mogelijke beperking van de met de totstandkoming van de overeenkomst en daaruit voortvloeiende administratieve lasten dient zorg te dragen.
- 6.2.9. De Gids Proportionaliteit is op grond van de Aanbestedingswet 2012 alleen van toepassing bij opdrachten met een waarde boven de Europese drempelwaarden

(artikel 1.7, aanhef en sub a jo. 1.10, vierde lid, Aw 2012), bij opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdende belang (artikel 1.7, aanhef en sub b jo. 1.10, vierde lid, Aw 2012) of indien een aanbestedende dienst vrijwillig voor de nationale (artikel 1.11 jo. 1.13, vierde lid, Aw 2012) of meervoudig onderhandse procedure (artikel 1.14 jo. 1.16, vierde lid, Aw 2012) heeft gekozen. In alle overige gevallen is een aanbestedende dienst niet gebonden aan de Gids Proportionaliteit, althans niet op grond van de Aanbestedingswet 2012. In een dergelijk geval kan een aanbestedende dienst zich overigens alsnog verbinden tot naleving van de Gids Proportionaliteit via de aanbestedingsdocumenten en/of via zijn inkoop- en aanbestedingsbeleid.

6.2.10. De Commissie laat in het midden of beklagde dat laatste heeft gedaan. Ook in het geval waarin dat namelijk niet is gebeurd en de vraag moet worden beantwoord of artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 is nageleefd, komt naar het oordeel van de Commissie bij de beantwoording van de vraag wat als objectieve criteria in de zin van artikel 1.4, lid 1, sub a, Aw 2012 kunnen worden aangemerkt wel reflexwerking toe aan de inhoud van de Gids Proportionaliteit. Daarvoor pleit dat de Gids aanwijzingen geeft voor de beantwoording van de vraag welke aanbestedingsprocedure in welke situatie geschikt en proportioneel is en de Gids zich daarbij niet beperkt tot opdrachten met een waarde boven de Europese drempelbedragen.

6.2.11. Zo valt in paragraaf 3.4.2 Gids Proportionaliteit bijvoorbeeld te lezen:

‘Zowel boven als onder de drempel is het van belang dat een procedure wordt gekozen, die aansluit bij het onderwerp van de betreffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin potentiële inschrijvers opereren (zie §3.4.1). Dat is niet te kwantificeren in een vast bedrag: bedragen kunnen echter wel nuttig zijn om te bepalen in welke richting kan worden gedacht.’

6.2.12. In het verlengde hiervan bepaalt Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit:

‘De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, daarbij slaat hij in ieder geval acht op de volgende aspecten:

- omvang van de opdracht;
- transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers;
- aantal potentiële inschrijvers;
- gewenst eindresultaat;
- complexiteit van de opdracht;
- type van de opdracht en het karakter van de markt.’

6.2.13. In de toelichting op Voorschrift 3.4 A Gids Proportionaliteit is met betrekking tot de omvang van de opdracht een balkenschema opgenomen, waarbij de omvang van de opdracht wordt gekoppeld aan een bepaalde wijze van aanbesteden. De omvang van de opdracht is echter slechts één van de aspecten die een rol spelen bij de keuze voor een geschikte procedure.

6.3. De Commissie zal nu beoordelen of beklagde in strijd heeft gehandeld met artikel 1.4, lid 1, sub a en b of 3, Aw 2012.

6.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft beklagde met de brief van 12 april 2017 (zie 1.4 hiervoor) haar keuzes voor de aanbestedingsprocedure en de ondernemer overeenkomstig artikel 1.4, lid 3, Aw 2012 gemotiveerd.

- 6.5. Vervolgvraag is of de gegeven motivering op basis van artikel 1.4, lid 1, sub a en b, Aw 2012 de gemaakte keuze voor de enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan X kan dragen.
- 6.5.1. In haar brief van 12 april 2017 (zie 1.4 hiervoor) geeft beklagde aan dat zij onder meer de volgende aspecten heeft betrokken bij haar afweging om de opdracht enkelvoudig onderhands aan X te gunnen:
- a. het betreft een 'specifieke dienst' in de zin van artikel 2.6a Aw 2012;
 - b. de geringe waarde van deze opdracht (ruim onder het bedrag van € 143.000, zie 5.2.6 hiervoor) in relatie tot het vigerende drempelbedrag (exclusief BTW) van € 750.000;
 - c. de transactiekosten van beklagde en marktpartijen in geval van een aanbestedingsprocedure met meerdere partijen;
 - d. de goede ervaring die beklagde heeft met de (huidige) opdrachtnemer X en
 - e. het feit dat X niet op enige wijze verbonden is met de exploitatie van kermisattracties ('onafhankelijkheidsaspect').
- 6.5.2. Deze aspecten heeft beklagde in haar reactie op de klacht nog nader toegelicht (zie 4.6 hiervoor). In dat kader heeft beklagde nog aangevoerd dat zij destijds, na een verkennend marktonderzoek, tot de conclusie was gekomen dat andere partijen, waaronder klager, wel op enige wijze verbonden waren met de exploitatie van kermisattracties.
- 6.5.3. Met klager (zie onder meer de e-mail van 14 april 2017, in 1.5 hiervoor) is de Commissie van oordeel dat de goede ervaring die beklagde heeft met X niet als objectief criterium kan worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor het argument dat X niet op enige wijze is verbonden met de exploitatie van kermisattracties ('onafhankelijkheidsaspect'). Beklagde heeft niet gesteld dat X de enige is voor wie dat geldt.
- 6.5.4. Dan blijft over dat beklagde als aspecten aanvoert dat sprake is van 'specifieke diensten' in de zin van artikel 6a Aw 2012, de geringe waarde van de opdracht en de hogere transactiekosten bij concurrentiestelling.
- 6.5.5. Naast het 'onafhankelijkheidsaspect' heeft beklagde echter geen aspecten genoemd die verband houden met de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht en die zij om die reden heeft betrokken in haar afweging die heeft geleid tot een enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht aan X. Daarmee heeft beklagde onvoldoende onderbouwd dat concurrentiestelling tot 'hogere transactiekosten' zou leiden en dat deze niet in verhouding zouden staan tot de geringe waarde van de opdracht.
- 6.5.6. Evenmin heeft beklagde toegelicht waarom de aard van de onderhavige 'specifieke diensten' in de zin van artikel 2.6a Aw 2012, de begeleiding en ondersteuning van de organisatie van kermissen, en de eventuele bijzondere belangen die daarbij een rol spelen tot een enkelvoudig onderhandse gunning aan X zouden nopen.
- 6.5.7. Alles afwegende is de Commissie van oordeel dat de motivering van beklagde haar beslissing om de opdracht enkelvoudig onderhands aan X te gunnen niet kan dragen.
- 6.5.8. Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat zij niet uitsluit dat de onderhavige enkelvoudig onderhandse gunning aan X zou kunnen worden gerechtvaardigd. Dat kan het geval zijn indien de kosten van het hanteren van door beklagde vereiste of gewenste kwaliteitsaspecten zodanig zijn dat de transactiekosten niet

meer in verhouding staan tot de waarde van de opdracht. Ook de aard van de opdracht en daarmee gemoeide bijzondere belangen kunnen in dat kader een rol spelen.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

8. Aanbeveling

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

Den Haag, 3 november 2017

W.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid